

XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO

XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022

TOMO II



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



FACULTAD DE
DERECHO



UNC

Universidad
Nacional
de Córdoba



Editorial
Económicas



BANCOR

colección

INVESTIGACIONES

XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO

XI IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022

TOMO II

COMPILADORES:

María Cristina Mercado de Sala, Jorge Fernando Fushimi,
María Fernanda Cocco, Isabel Luisa Alem de Muttoni,
Ricardo Javier Belmaña, María Laura Juárez



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



FACULTAD DE
DERECHO



UNC

Universidad
Nacional
de Córdoba



Editorial
Económicas



BANCOR

colección

INVESTIGACIONES

XV Congreso Argentino de Derecho Societario : XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa / Efraín Hugo Richard ... [et al.] ; compilación de María Cristina Mercado De Sala ... [et al.]. - 1a ed. - Córdoba : Editorial de la Facultad de Ciencias Económicas, 2022.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-48857-2-2 – Obra Completa
ISBN 978-987-48857-4-6 – Tomo II

1. Derecho Comercial . 2. Derechos Societarios . I. Richard, Efraín Hugo. II. Mercado De Sala, María Cristina, comp.
CDD 346.0682

**Copyright Facultad de Ciencias Económicas
Universidad Nacional de Córdoba**

Bv. Enrique Barros s/n, Ciudad Universitaria X5000HRV
Córdoba, Argentina



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



Editorial
Económicas



UNC
Universidad
Nacional
de Córdoba

Licencia Creative Commons 4.0 internacional No Comercial.



El proceso de revisión de calidad, originalidad y pertinencia disciplinar de los textos contenidos en el presente material ha sido desarrollado por referentes académicos/as que no pertenecen a la Editorial.

Los trabajos publicados en este libro han sido transcritos literalmente de los originales enviados por sus autores/as, siendo de ellos/as la responsabilidad de sus contenidos y redacción.

ISBN 978-987-48857-4-6



9 789874 885746

AUTORIDADES



Universidad
Nacional
de Córdoba

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Mgter. Jhon Boretto

VICERRECTORA

Mgter. Mariela Marchisio



FACULTAD DE
DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Dr. Guillermo Barrera Buteler

VICEDECANO

Dr. Edgardo García Chiple

SECRETARIA ACADÉMICA

Dra. Giselle Javurek

DIRECTOR DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

Dr. Efraín Hugo Richard

COORDINADORA ACADÉMICA DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

Prof. Soledad Pesqueira Nozikovsky



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

DECANA

Dra. Catalina Lucía Alberto

VICEDECANO

Dr. Ricardo Luis Descalzi

SECRETARIA DE ASUNTOS ACADÉMICOS

Dra. Rosa Argento

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE
CONTABILIDAD Y CIENCIAS JURÍDICAS

Mgter. Luis Ernesto Paiva

TITULAR CÁTEDRAS DE DERECHO PRIVADO II,
SOCIEDADES Y DERECHO EMPRESARIO

Prof. Jorge Fernando Fushimi



ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE CÓRDOBA

PRESIDENTE

Dr. Armando S. Andruet (h)

VICEPRESIDENTA

Dra. Marcela Aspell

SECRETARIO

Dr. Juan Manuel Aparicio

TESORERO

Dr. Manuel Cornet

DIRECTOR DE PUBLICACIONES

Dr. Juan Carlos Palmero

REVISOR DE CUENTAS

Dr. Efraín H. Richard

PRESIDENTES HONORARIOS

Dr. Juan Carlos Palmero

Dr. Julio I. Altamira Gigena

INSTITUTO DE LA EMPRESA

DIRECTOR

Dr. Efraín H. Richard

VICEDIRECTOR

Dr. José Fernando Márquez

SECRETARIA ACADÉMICA

Prof. Luisa Isabel Borgarello

PROSECRETARIA ACADÉMICA

Prof. María Fernanda Cocco

EDITORIAL FCE

SECRETARIO GENERAL

Dr. Facundo Quiroga Martínez

SUBSECRETARIA GENERAL

Cra. Mariana Guardiola

DIRECTORA EDITORIAL

Dra. Mariana Funes

EQUIPO EDITORIAL

César Céliz

Carla Fernandez

Santiago Guerrero

Nicolás Ladydo

Paula Quiñones

CONSEJO EDITOR

Esp. Liliana Salerno

Dra. Claudia B. Peretto

Dra. Carina M. Borrastero

Bibl. Lucas S. Yrusta

Dra. Carola Jones

Lic. Pablo Calizaya

CONSEJO ASESOR ACADÉMICO

Dra. Leticia E. Tolosa

Lic. Sergio V. Barone

Dr. Juan M. Bruno

Esp. Norma Bertoldi

MAQUETACIÓN

Santiago Guerrero

ÍNDICE

COMISIÓN I: DERECHO SOCIETARIO ACTUAL
Y LEGISLACIÓN VINCULADA

**Tema 5: DERECHO SOCIETARIO FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.
PLATAFORMAS DIGITALES. DIGITALIZACIÓN DE INSCRIPCIÓN Y
REGISTROS SOCIETARIOS, CONTABILIDAD E INVERSIONES.**

17

LA REGISTRACIÓN MERCANTIL EN LA ERA DIGITAL

María Isabel Balmaceda

19

LAS NORMAS JURÍDICO CONTABLES COMO UN SISTEMA DE ORDEN
PÚBLICO CON TRASCENDENCIA ECONÓMICA, POLÍTICA Y SOCIAL.
PROPUESTAS PARA INTENTAR UN CAMBIO

Guillermo Carreira González

25

EL DOCUMENTO AUTÉNTICO EN EL MARCO DE LA REGISTRACIÓN
SOCIETARIA A TRAVÉS DE MEDIOS DIGITALES

María Cesaretti y Martín Leandro Russo

31

DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL REGISTRO PÚBLICO
DE COMERCIO (SOBRE LA NECESIDAD DE ABOLIR LOS CONTROLES
REGISTRALES SUSTANCIALES CONTRARIOS AL NUEVO ESPÍRITU
SOCIETARIO DE LA ÉPOCA)

Ricardo Cony Etchart

37

LA LEX CRIPTOGRAPHICAE I - LAS NUEVAS ORGANIZACIONES
DE EMPRESAS. LOS MODELOS DESCENTRALIZADOS

Ariel Gustavo Dasso

43

LEX CRIPTOGRAPHICAE II - ORGANIZACIONES DESCENTRALIZADAS

Ariel Gustavo Dasso

49

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA
INSURRECCIÓN DIGITAL

Ariel Gustavo Dasso

57

TRATAMIENTO CONCURSAL DE LOS CRIPTO ACTIVOS

Ariel Gustavo Dasso

63

MODERNIZAR NO IMPLICA DESREGULAR

Franco Javier De Grandis

67

METAVERSO Y DERECHO SOCIETARIO Diego A. Duprat	73
EL MANEJO DE DATOS: LA NECESARIA INCORPORACIÓN DE DATA MANAGEMENT, DATA COMPLIANCE Y DATA PROTECTION Sebastián Farina	75
LA IMPORTANCIA DE PENSAR DISTINTO (PENSAR EN BLOCKCHAIN) Carolina Ferro	81
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO ES COMO EN LAS PELÍCULAS Carolina Ferro	83
LA CONFLICTOLOGÍA COMO APORTE DEL ABOGADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD Ayelén María Gaitán	87
INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿EL NUEVO DESAFÍO DEL DERECHO SOCIETARIO? Julia Clara Galván y Agostina Ailín Migliorati	91
INSCRIPCIÓN DE INMUEBLES A NOMBRE DE LA SOCIEDAD: NECESIDAD DE ESTUDIO DE TÍTULO Cristian Ariel García Li Muli y María Valeria Sala Mercado	97
URGENTE NECESIDAD DE LA REFORMA INTEGRAL DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES - INNOVACIONES TECNOLÓGICAS. TIPOS SOCIALES VIGENTES Y A SUPRIMIR. REFINACIÓN DE NORMAS María Cristina Giuntoli	99
LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN LOS PROCESOS SOCIETARIOS. EL BLOCKCHAIN COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA DEL FUTURO Ricardo Mariano Lucarelli Moffo, Pamela Cecilia Almirón (colaboración)	105
TOKENIZACIÓN DE ACCIONES: LA TITULACIÓN DEL FUTURO Rocío María Inés Niño	109
LA NECESIDAD DE REGULAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Esteban Ortiz Mena	115
LA TENDENCIA A SIMPLIFICAR EL DERECHO SOCIETARIO Esteban Ortiz Mena	121
EL ASESORAMIENTO PROFESIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD Patricia Noemí Pomares	127

REGISTRO ÚNICO DE SOCIEDADES, MEDIANTE LA APLICACIÓN DE TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN Micaela Preinl	131
EL REGISTRO PÚBLICO EN LA ERA DIGITAL Guillermo Enrique Ragazzi	137
VIRTUALIDAD JURÍDICA DE LAS CRIPTOMONEDAS COMO APORTES SOCIETARIOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Virginia Ramello	143
LA UTILIZACIÓN DE ENTORNOS VIRTUALES EN RELACIÓN A LA REGISTRACIÓN SOCIETARIA EN LA PROVINCIA DE SALTA Elizabeth Safar	149
REGISTROS INFORMATIVOS Y DERECHO SOCIETARIO. UNA GARANTÍA TECH QUE REVITALIZA LA EFICIENCIA José Pablo Sala Mercado y Efraín Hugo Richard	155
LAS TECNOLOGÍAS APLICADAS A LAS SOCIEDADES COMERCIALES Fernando Salazar Gettini	159
APORTE DE CRIPTOACTIVOS A SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS. EL CASO DE LOS NFT Tomás Augusto Sánchez Saccone	165
TECNOLOGIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES Lorena R. Schneider	169
TOKENIZACIÓN DE LA SAS. LA OPORTUNIDAD Manuel Tanoira	177
TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y COMPLIANCE TECNOLÓGICO Silvia Susana Toscano	181
COMISIÓN I: DERECHO SOCIETARIO ACTUAL Y LEGISLACIÓN VINCULADA	
Tema 6: REALIDADES SOCIETARIAS Y/O EMPRESARIAS: SOCIEDAD SIMPLE, UNIPERSONALES, EMPRESA DE FAMILIA, SOCIEDADES DE PROFESIONALES, DE CONOCIMIENTO, SAS, FINTECH, COOPERATIVAS, RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA Y EMPRESAS B Y BICS.	185

¿SOCIEDADES DE PROFESIONALES, SOCIEDADES DE MEDIO, O SOCIEDAD PROFESIONAL? RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Liliana Araldi, Mariana Baigorria	187
LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA S.A.S. José María Araya	191
CONFORME LA COYUNTURA ACTUAL DE NUESTRO PAÍS. ¿EXISTE RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD COMERCIAL Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA? Juan José Armando	193
CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO SOCIETARIO SOBRE LA CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES María Eugenia Basualdo	197
REFLEXIONES SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY DE LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO María Eugenia Basualdo	205
LA HABILIDAD DE LAS PERSONAS UNIDAS EN MATRIMONIO PARA INTEGRAR SOCIEDADES. DESAFÍOS Y PROPUESTAS Ricardo Javier Belmaña, Gabriela Lorena Eslava	213
RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA: NECESIDAD DE LEGISLACIÓN Y OPORTUNIDADES Jesica Gabriela Beltrame	219
LA PROMOCIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO: UN DEBER QUE NOS INTERPELA Virna Bergoglio y Gabriela Fernanda Boquin	225
LA SOCIEDAD DE FAMILIA NECESITA UNA LEGISLACION ESPECIAL: LA MEDIANA Y LA GRAN EMPRESA Marcelo Camerini y Lidia Vaiser	231
FINTECH Y REGULACIÓN Marcelo Camerini	235
DAO´S: LAS SOCIEDADES SIN ADMINISTRADORES María Gisele Cano	243
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SMARTS CONTRACTS Nélida Leonor Carrasco	251

ACCIÓN DE EXCLUSIÓN DE SOCIOS EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS María Soledad Casal	259
DE LA SUPREMACÍA DEL ACCIONISTA A LA EMERGENCIA DE LOS STAKEHOLDERS. UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO Dante Cracogna	265
LA ECONOMÍA SOCIAL, LAS EMPRESAS SOCIALES Y LAS SOCIEDADES BIC Dante Cracogna	269
UNA DISCUSIÓN PENDIENTE: LOS INTERROGANTES DEL IMPACTO POSITIVO PARA LAS SOCIEDADES BIC Agostina Coniglio y Constanza Connolly	273
LA INSUFICIENCIA DE LA LEY 19550 PARA VEHICULIZAR EL EJERCICIO EN FORMA ASOCIADA DE LAS PROFESIONES LIBERALES REGLADAS POR EL ESTADO Gustavo Alejandro Roque Cultraro	281
DE LA RSE A LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS COMO HERRAMIENTA PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS EMPRESARIALES Pedro Dacunda	287
LAS SOCIEDADES ATÍPICAS DE LA SECCIÓN IV Ariel Ángel Dasso	295
LA EMPRESA, LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES Sebastián Farina	299
APORTES DE INDUSTRIA EN LA SAS Andrés Garín y Lucas Maderna	303
LAS S.A.S.: ¿UN ARMANI PARA LOS CHICOS DEL GARAJE? María Cristina Giuntoli	311
PLANIFICACIÓN FISCAL PARA LAS EMPRESAS MÉDICAS EN BRASIL Marco Aurelio Gumieri Valerio	315
SAS 2025. NECESARIAS REFORMAS A LA LEY 27.349 Lisandro Hadad	323
SAS Y UNIPERSONALIDAD: ATAQUES, REGLAMENTACIONES Y EXCESOS. EL CASO SANJUANINO Bruno Lanciani	327

DIVORCIO VINCULAR PARA LAS SOCIEDADES DE FAMILIA Manuel Bernardo López Sanabria	333
COOPERATIVAS Y NECESIDAD DE ACCESO A HERRAMIENTAS DE FINANCIACIÓN Mauricio Mantelli y Federico Ariel Ruiz	339
MODERNAS HERRAMIENTAS DE FINANCIACIÓN PARA COOPERATIVAS Mauricio Mantelli y Federico Ariel Ruiz	343
MUERTE DEL SOCIO EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV Guillermo Andrés Marcos	347
EL EJERCICIO PROFESIONAL ORGANIZADO, UNIPERSONAL, EN EQUIPO, EN COMÚN, CONTRATO ASOCIATIVO, SOCIEDAD CON OBJETO PROFESIONAL Y/O SOCIEDAD DE PROFESIONALES María Cristina Mercado de Sala	351
LA SOCIEDAD DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO EN EL DERECHO URUGUAYO Alejandro Miller	357
EL DILEMA DE LAS S.A.S., CUANDO LA LIBERTAD ENCUBRE EL ILÍCITO Matías Oscar Muñoz y Valeria Martha Paradiso	363
LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA SAS Y UNA NUEVA EXCLUSIÓN DE VOTO DEL ACUERDO CONCURSAL Santiago Peri	367
LÍMITES A LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO María Estela Piña	371
LA IRRESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA C/ AKAGI NYUGYO COMPANY LIMITED S/ CAMBIO DE PARADIGMA Germán Alberto Pizzano	377
NOVEDADES SOCIETARIAS EN ESPAÑA PARA LA CREACIÓN DE EMPRESAS Jesús Quijano González	381
CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS) Hernán Juan Francisco Racciatti	387
LIBERTAD EN LOS SISTEMAS DE REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS) Hernán Juan Francisco Racciatti	391

ALCANCE DE LA SUPLETORIEDAD DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS) Alejandro Horacio Ramírez	395
¿PUEDEN FUSIONARSE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES? Diego Alberto Rapoport	399
PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL Y SUCESORIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA Eugenio Ángel Rositto	403
LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV, UN ÓMNIBUS DE LARGO ALCANCE José Pablo Sala Mercado	411
CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV. SU CAPACIDAD PARA SER SOCIA DE OTRAS SOCIEDADES Y PARA REALIZAR DIVERSOS NEGOCIOS JURÍDICOS. Enrique M. Skierski y Sergio Pablo Suárez	413
IMPLICANCIAS DEL FALLECIMIENTO DEL EMPRESARIO UNIPERSONAL. ¿ESTADO DE INDIVISIÓN HEREDITARIA O SOCIEDAD DE HECHO? Enrique M. Skierski	419
REPENSAR A LA SAS Gustavo Adrián Somoza López	425
CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV PARA LLEVAR CONTABILIDAD REGULAR, RUBRICAR SUS LIBROS E INSCRIBIRSE VOLUNTARIAMENTE EN EL REGISTRO PÚBLICO Sergio Pablo Suárez	431
LA SOCIEDAD POR ACCIONES SPA CHILENA Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA SAS ARGENTINA Oscar Andrés Torres Zagal	437
LA SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL: UNA CUESTIÓN PENDIENTE' Alejandro Agustín Vergara	443

***Por un nuevo Derecho Societario:
Libertad bajo responsabilidad***

*Generar nuevas visiones sobre
normas vigentes, cambio de ideas y
paradigmas que permitan ajustar
las organizaciones actuales a los
requerimientos de desarrollo del país.*

COMISIÓN I:
DERECHO SOCIETARIO
ACTUAL Y LEGISLACIÓN
VINCULADA

Tema 5:
**DERECHO SOCIETARIO FRENTE
A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.
PLATAFORMAS DIGITALES.
DIGITALIZACIÓN DE INSCRIPCIÓN
Y REGISTROS SOCIETARIOS,
CONTABILIDAD E INVERSIONES.**

LA REGISTRACIÓN MERCANTIL EN LA ERA DIGITAL

María Isabel Balmaceda¹

SUMARIO

La falta de una norma que regule la organización y funcionamiento de la Registración Mercantil en la Argentina, que ordene en un solo cuerpo los actos, hechos, sujetos, objeto, principios y efectos que producen las inscripciones y concentre en una sola base de datos la información para su libre consulta por el público interesado es la cuestión que se analiza en la presente ponencia.

El punto de análisis, es el Registro Público frente a la situación creada, con la sanción de la Ley N° 26.994 que derogo el Código de Comercio, sin establecer la organización y funcionamiento del Registro Público incorporado en el Código Civil y Comercial de la Nación y dejar vigentes las leyes que fijan las pautas respecto de la organización de los Registros existentes en las jurisdicciones provinciales.

Se analizan los sistemas vigentes en el derecho comparado y en base a las distintas soluciones, se propone las bases para una nueva organización registral con la sanción de una Ley de Creación de una Dirección General de Registros, a cuyo cargo estará la formulación de la nueva Ley de Registro Público, respetando el sistema descentralizado e integrar los Registros Nacionales en un Registro Central, absolutamente digitalizado.

I- Introducción

En nuestro país, la organización registral mercantil se asienta sobre una cantidad importante de normas dispersas que en la mayoría de los casos establecen la obligación de cumplir con alguna medida de publicidad, pero no existe una reglamentación general y completa que se asiente sobre los principios registrales y regule toda la actividad registral mercantil. Esta situación, se tornó más compleja con la sanción de la Ley N° 26.994 que derogo el Código de Comercio y con ello lo dispuesto en los Art. 34 a 42, sin sustituirlo por norma alguna, que establezca la organización y funcionamiento del Registro Público de Comercio, devenido en Registro Público. Y al mismo tiempo, dejar vigentes las Leyes 21.768 y 22.280 que fijan las pautas respecto de la organización de los Registros existentes en cada una de las jurisdicciones provinciales.

A ello debemos sumar los Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, Sociedades No Accionarias, Sociedades Extranjeras, Registro de Asociaciones Civiles y Fundaciones y Registro de Concursos y Quiebras regulados por Ley N° 26.047 modificada por Decreto N° 27/2018 del Poder Ejecutivo Nacional que no se han puesto en funcionamiento ante la ausencia de una regulación completa y acabada que contemple el proceso de la información a fin de garantizar la seguridad y la certeza a cargo de los mismos.

La presente ponencia, se genera por una parte en la aspiración largamente anhelada por los estudiosos y especialistas en la materia expresada en congresos, foros, reuniones cien-

¹ Abogada, Especialista en Asesoramiento de Empresas, Magister en Derecho Empresario, profesora titular de las materias Derecho Comercial y empresario y Personas Jurídicas Civiles y Comerciales de la Universidad de la Cuenca del Plata. Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCP

tíficas y de organismos de control y de registro de todo el país que vienen reclamando una norma que concentre todas las normas dispersas en un solo cuerpo normativo y sobre esa base se organice el Registro Público Central que ciertamente constituye un instrumento necesario e imprescindible.

Este medio de publicidad que se origina como necesidad de los mercaderes de la edad media en orden a una *Lex Mercatoria*, es el mismo que plantea el desafío de su reformulación para adecuarse a las exigencias que debe asumir en el marco de la globalización, la transformación acelerada de las tecnologías de la información y la comunicación en virtud de lo cual se imponen nuevas reglas.

Esta nueva *Lex Mercatoria*, que responde a nuevos paradigmas, tales como el nacimiento de nuevos sujetos, donde el comerciante mayorista y minorista se transformó en emprendedor y empresario donde la información constituye el bien máspreciado, demanda una organización registral acorde a tales requerimientos.

En la Registración Mercantil, la necesidad de la incorporación de las nuevas tecnologías a la actividad registral determinó que a partir de la última década del siglo pasado las legislaciones tanto de los países de Europa como de América modificaran su legislación en materia registral no solo mercantil, para adecuarla a las nuevas necesidades del tráfico.

II- La digitalización y automatización en el derecho comparado

El desarrollo tecnológico, que se advierte como característica principal del siglo que atravesamos determina un vuelco fundamental en los procesos de desarrollo de los países.

Ejemplo de ello, es lo que podemos advertir, en la Registración Mercantil, con la incorporación de la informática y los medios tecnológicos que se generó a partir de la mitad del siglo pasado, por lo cual, las legislaciones tanto de los países de Europa como de América modificaron de manera sustancial la organización registral, para llevarla a la completa automatización.

Son los ejemplos, los casos de Perú, Costa Rica, México, Paraguay y Uruguay en América y el Registro Español en Europa.

En estos países, se advierte, la tendencia hacia la concentración y la uniformidad, ya que en todos los casos se concentra en un sistema único a todos los Registros Públicos, con una regulación única que fija criterios y esquemas de registración uniformes.

En este sentido, en Perú, mediante Ley N° 26366, crea el Sistema de Nacional de Registros Públicos, y la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP- Sistema Nacional de Registros Públicos-, y por Resolución Suprema N°135-2002-JUS, se aprueba el estatuto de la SUNARP, como organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos.

La ley de creación establece que los sistemas tienen por finalidad mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de los órganos que la integran.

En Costa Rica se expresa desde las autoridades gubernamentales que la importancia de contar con un sistema registral de bienes muebles, inmuebles y personas jurídicas, determinaron la creación del Registro Nacional, mediante la Ley N° 4384 del 25 de agosto de 1969.

El propósito fundamental de su creación fue el de integrar en un mismo organismo, todas las dependencias relacionadas con las labores de registro y catastro para unificar criterios en materia registral, coordinar funciones, facilitar los trámites a los usuarios y modernizar

los sistemas tradicionales de inscripción.

Además, custodiar y suministrar a la colectividad la información correspondiente a bienes y derechos inscriptos o en proceso de inscripción, mediante el uso eficiente y efectivo de tecnología y de personal idóneo con el fin facilitar el tráfico jurídico de bienes y así contribuir a fomentar el desarrollo social y económico del país.

En Uruguay, por Ley N° 16.871 del 26 de septiembre de 1997 se crea la Dirección General de Registros, como una Unidad Ejecutora del Ministerio de Educación y Cultura, dependiente de la Administración Central del Estado.

La función de los Registros es la publicidad de los actos y negocios jurídicos que la ley determina como trascendentes, lo cual se concreta en dos aspectos fundamentales: la inscripción de esos actos y la información de los mismos a quien lo solicita, ya que se trata de un servicio público, que constituye uno de los cometidos del Estado, para el logro de la pacífica, plena y sana convivencia social

En México, se determinó en el Plan de Desarrollo trazado que para que el Registro Público de Comercio pueda contribuir a mejorar el ambiente de negocios, debe contar con información actualizada, oportuna, confiable y de fácil acceso, tanto para la inscripción como para la consulta. Por ello, desde 2013, se inició con un proceso de modernización registral y actualmente todo el país se encuentra operando en una sola plataforma nacional denominada Sistema Integral de Gestión Registral (SIGER 2.0).

El SIGER es el programa informático a través del cual se realiza la captura, almacenamiento, custodia, seguridad, consulta, reproducción, verificación, administración y transmisión de la información del Registro.

En Paraguay, el Código de Organización Judicial, crea la Dirección General de los Registros Públicos como una dependencia administrativa de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial, con autonomía normativa para regular y reglamentar las distintas y específicas situaciones que pueden presentarse dentro su ámbito. -

La Dirección General de los Registros Públicos reconoce como autoridad máxima al Director, además de un Vice-Director designados por la Corte Suprema de Justicia, que estableció sus funciones por acordada.

En todos los casos hay un Reglamento General de Registros Públicos y un Reglamento para cada uno de los Registros que integran el sistema entre los cuales está el correspondiente al Registro Público y al Registro de Personas Jurídicas, ya que la tendencia es que todas las personas jurídicas se registran y se controlan a través de los mecanismos que los propios reglamentos en forma rigurosa establecen.

Los sistemas son de carácter administrativo, no obstante, como en Paraguay ser una Dirección Administrativa que depende de la Corte Suprema de Justicia o que la inscripción de las sociedades la ordene un juez, en el caso del Registro Público de Comercio.

Otra particularidad que muestran los sistemas es que, aunque sea central con delegaciones o con entidades autónomas, siempre se crea un Registro Central que concentra los datos y suministra la información a todos, a cualquier persona que lo requiera, sin acreditar interés, salvo en Paraguay que si se requiere acreditar para poder solicitar información.

En cuanto a la función en el caso del Registro Público de Comercio o del Registro de Personas Jurídicas o Registro de Sociedades es de registración y control y de publicidad mediante la cual se pueden obtener, certificaciones e informes.

La función de registro y control se funda en el principio de legalidad y el alcance del control de legalidad va desde un atenuado a un exhaustivo control con facultades para observar y rechazar.

El Registro Mercantil Español, constituye, tal como surge del análisis de los antecedentes y regulación referida en el título I del presente trabajo, a lo cual se remite, constituye la primera importante y completa organización de un Registro Mercantil realizada en el Código de Comercio de 1829, reformulada en el Código de Comercio de 1885 que es el vigente y se completa con el Reglamento General de Registro Mercantil adecuado a su actividad actual.

III- Propuesta

Se propone:

- 1./La creación de un Organismo Supra, que puede ser una Dirección Nacional de Registros Públicos, dependiente de la Subsecretaría de Asuntos Registrales en la órbita del Ministerio de Justicia de la Nación.
- 2./Este organismo va tener como órgano ejecutivo un Directorio integrado por representantes de los colegios profesionales y de los registradores provinciales elegidos por regiones.
- 3./ Un cuerpo de Asesores y un Consejo Consultivo integrado por los especialistas con trayectoria y experiencia en la materia, cuyas funciones va establecer la Ley de Creación.
- 4./ Su misión fundamental en primer lugar es formular el proyecto de Ley de Registro Público, la que deberá mantener la organización descentralizada en virtud de la regla constitucional y lo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley General de Sociedades y demás normas leyes que integran el sistema de derecho privado.
- 5./ El Registro Público, deberá concentrar la inscripción de todas las personas jurídicas de todos los actos de las mismas y todos los sujetos, actos y funciones que el Código Civil y Comercial y las leyes que integran el sistema de derecho privado le asignan a todas las personas jurídicas.
- 6./ Deberá establecer toda la organización y funcionamiento de los registros con principios, bases y condiciones uniformes sustentadas en el Derecho Registral.
- 7./ La regulación deberá formularse en base a un sistema informático diseñado especialmente para los Registros que contemple los actos, documentos y sujetos que se registran en base a un Folio o Matrícula individual para cada sujeto, asociado a los actos e inscripciones de ese sujeto inspirado en el Folio Real del Registro Inmobiliario.
- 8./ Los Registros Nacionales creados por la Ley 27047 deben funcionar como un Registro Central, que tendrá su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como concentración de datos y determinar claramente sus funciones, entre las que debe estar el control de homonimia y el registro de concursos, la extensión de sus facultades y un sitio en el cual se realizaran todas las publicaciones a las que estén obligadas los sujetos registrados.
- 9./ Deberá establecer, el plazo y los datos que deberán remitir a la base datos una vez practicada la inscripción de parte de cada uno de los registros.
- 10./ La Dirección General de Registros tendrá facultades para dictar el Reglamento General de Registro con las reglas generales y precisas para formalizar los tramites, tales como el repertorio de actos, los mecanismos de registración, los plazos, etc.
- 11./ La Ley de Creación de la Dirección General de Registros Públicos debe establecer la forma de financiamiento de los registros la que tendrá a su cargo la administración a fin de garantizar iguales condiciones de servicio para todos los usuarios, a fin de no crear desigualdades.

Bibliografía

- 1/ Código Civil del Paraguay, en www.biblioteca.jus.gov.ar.
- 2/ Código de Comercio de México, www.ordenjuridico.gob.mx
- 3/ Código de Comercio de Costa Rica en www.prentanacional.go.cr
- 4/ Código de España, en www.boe.es
- 5./ Reglamento de Registro Mercantil de España, en www.boe.es
- 6./ Código de Comercio de Uruguay en <https://parlamento.gub.uy>
- 7./ Código de Comercio de Perú en www.historico.pj.gob.pe

LEYES NACIONALES

- 1./ Ley 26994
- 2./ Ley General de Sociedades N° 19550
- 3./ Ley 27349
- 4./ Ley 26047
- 5./ Ley N° 21768
- 6./ Ley N° 22280
- 7./ Ley 22315
- 8./ Ley 22316
- 9./ Ley N° 26366 de Perú
- 10./ Ley N° 4384 de Costa Rica
- 11./ Ley N° 5965 de Costa Rica
- 12./ Ley N° 388 de Paraguay
- 13./ Ley N° 16871 de Uruguay

Sitios oficiales web consultados

- 1./ www.pj.gov.py Dirección General de Registros, Corte Suprema de Justicia del Paraguay.
- 2./ www.sunarp.bob.pe Superintendencia Nacional de Registros Públicos de Perú
- 3./ www.registronacional.go.cr Registro Nacional Republica de Costa Rica
- 4./ <https://rpc.economia.gob.mx> Registro Público de Comercio de Mexico-Siger-
- 5./ www.justicia.gob.es Registro Mercantil Español
- 6./ www.mc.es Registro Mercantil Central
- 7./ www.dgr.gob.uy Dirección General de Registros del Uruguay

LAS NORMAS JURÍDICO CONTABLES COMO UN SISTEMA DE ORDEN PÚBLICO CON TRASCENDENCIA ECONÓMICA, POLÍTICA Y SOCIAL. PROPUESTAS PARA UN CAMBIO

Guillermo Carreira González

SUMARIO

En el presente trabajo se analiza y muestra al sistema jurídico que estructura la contabilidad como de orden público y a la obligación de llevar dicho sistema como una “obligación en el sentido jurídico de la palabra”. Se propone una modificación que coloque a la responsabilidad de estructurar la contabilidad y conservar la documentación de respaldo en el lugar que debe tener: responsabilidad para evitar daños.

“El argentino, a diferencia de los americanos del norte y de casi todos los europeos, no se identifica con el Estado. Ello puede atribuirse a la circunstancia que, en este país, los gobernantes suelen ser pésimos o al hecho general de que el estado es una inconcebible abstracción; lo cierto que el argentino es un individuo, no un ciudadano”. “El mundo, para el europeo, es un cosmos, en el que cada cual íntimamente corresponde a la función que ejerce; para el argentino, es un caos. El europeo y el americano del Norte juzgan que ha de ser bueno un libro que ha merecido un premio cualquiera, el argentino admite la posibilidad que no sea malo, a pesar del premio. En general el argentino descrea de las circunstancias”. “...su héroe popular es el hombre solo que pelea con la partida ya en acto (Fierro, Moreira, Hormiga Negra), ya en potencia o en el pasado (Segundo Sombra). Otras literaturas no registran hechos análogos...”

**Jorge Luis Borges
(Nuestro pobre individualismo)**

1. Introducción: inspirado en la convocatoria “Por un nuevo derecho societario: libertad bajo responsabilidad” propongo la lectura previa del epígrafe elegido en el cual el maestro Jorge Luis Borges nos muestra a los argentinos en un ensayo titulado *Nuestro pobre individualismo*, en el que, con la profundidad que lo caracteriza, sintetiza algunos rasgos de nuestra sociedad. *Libertad para crear y gestionar, y responsabilidad para evitar dañar* nos inspira a buscar una mayor libertad en las formas societarias impuestas, pero tiene que existir una contrapartida: *responsabilidad para evitar dañar*: por lo cual debemos activar los mecanismos para incrementar transparencia y, de esta manera, prevenir daños y, eventualmente, producido determinar responsabilidades para que exista una efectiva reparación. Establecer mecanismos eficientes de información podría ser el camino hacia un cambio de actitud que nos permita el tránsito hacia una mayor libertad para crear. La herramienta más eficiente para brindar información de calidad son los sistemas contables. Ahora bien, delimitemos conceptualmente la contabilidad y el orden público para luego

analizar si los pilares jurídicos de la contabilidad conforman un sistema de orden público con trascendencia social. Como bien sabemos, la Norma Internacional Financiera establece el marco sobre el que se desarrollan las NIF particulares.¹ En ella se establece que la contabilidad es *“una técnica que se utiliza para el registro de las operaciones que afectan económicamente a una entidad y que produce sistemática y estructuralmente información financiera. Las operaciones que afectan económicamente una entidad incluyen las transacciones, transformaciones internas y otros eventos”*. La American Accounting Association (AAA, 1966 p.1) en el documento conocido como ASOBAT define a la misma como *“el proceso de identificar, medir y comunicar la información económica que permite formular juicios basados en información y toma de decisiones, por aquellos que sirven de la información”*². La propia AAA sigue el paradigma de la utilidad de la información contable para la toma de decisiones y por ello se habla del surgimiento del paradigma utilitarista, que es el paradigma en el que actualmente se encuentra la disciplina contable, pero que comienza a abandonarse atento la trascendencia social que se le viene reconociendo a la contabilidad. Sin negar la importancia que tuvo el criterio utilitarista para la construcción jurídica de la información contable, hoy se abren otras puertas que permiten considerar a estas normas como un sistema de orden público por su trascendencia social, ligada de manera indisoluble a la importancia económica del comercio y del rol estratégico que cumplen las empresas en el desarrollo de la sociedad.

Delimitar el concepto de orden público tiene algunas dificultades y son conocidos los diferentes criterios que ha expuesto la doctrina para conceptualizarlo, los que se pueden reducir por razones de extensión a dos concepciones que son actualmente las que acaparan las preferencias de los autores. Por un lado, tenemos el criterio mayoritario, que concibe al orden público como un conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida³. Por otro lado, una corriente minoritaria considera que una cuestión es de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a la cuestión de orden privado, en la cual sólo juega un interés particular⁴. Considero acertada la teoría que identifica al orden público con el interés general porque cubre todos los supuestos de orden público (imperatividad de la norma, irrenunciabilidad de los derechos, nulidad de los actos infractores, etc.). Construir una idea de interés público en el sistema societario y en especial en ese sistema de rendición de cuentas financiera que se llama contabilidad es comenzar a abandonar la idea de sociedad argentina que esboza Jorge Luis Borges en *“Nuestro pobre individualismo”*, ya que podríamos transitar un camino similar al colombiano: libertad con responsabilidad. El sistema contable no está establecido simplemente en favor del emisor de la información, en efecto son múltiples los destinatarios de la misma que toman decisiones económicas sobre la base de estos sistemas y, muchas veces, esas decisiones pueden traer serias consecuencias. Las Normas Internacionales Financieras para las PYMES en la Sección 2 *“Conceptos y principios fundamentales”* establece que el objetivo de los estados financieros de una pequeña y mediana entidad es proporcionar

¹ Aprobada por unanimidad para su emisión por el Consejo Emisor del CINIF en septiembre del 2005 con entrada en vigor para los ejercicios que se inicien a partir del 1 de enero del 2006.

² Documento titulado *“A Statement of Basic Accounting Theory”*, conocido Como ASOBAT.

³ Llambias, Jorge, Parte General citado por: De la Fuente Horacio H, *Los Jueces y las Leyes de orden público* LaLeyAR/DOC/2187/2004.

⁴ Borda, Guillermo, *“Concepto de ley de orden Público”* La Ley 58-999 citado por De la Fuente Horacio H, *Los Jueces y las Leyes de orden público* LaLeyAR/DOC/2187/2004.

información de calidad sobre la situación financiera, el rendimiento y los flujos de efectivo de la entidad, que sea útil para la toma de decisiones económicas de una amplia gama de usuarios de los estados financieros que no están en condiciones de exigir informes a la medida de sus necesidades específicas de información. Los estados financieros también muestran los resultados de la administración llevada a cabo por la gerencia: dan cuenta de la responsabilidad en la gestión de los recursos confiados a la misma. Aquí comienza a visualizarse al criterio utilitarista como una sola cara de la misma moneda: la utilidad de la contabilidad para el emisor, pero con trascendencia a terceros y con una innegable repercusión social. Ese control trasciende al propio ente y tiene efectos sociales como, por ejemplo, en el caso de la insolvencia, crisis financiera o directamente la quiebra de la empresa, con consecuencias que van más allá de sus propios intereses.

Sentadas estas consideraciones expuestas recordemos que “Lo público” tiene su origen semántico en el pueblo, en aquello que le es propio a la comunidad, a “todos”, lo que implica construir un sistema social que nos permita salir de la barbarie, lo cual no se opone a la idea de libertad y desarrollo individual: simplemente es el individuo quien reconoce la importancia del desarrollo de su comunidad para concretar sus objetivos. En este sentido lo público aparecería como un acuerdo general de voluntades. Por eso es que lo público no es una idea opuesta a lo individual; por el contrario el individuo sabe que necesita a la comunidad para desarrollarse. Asimismo, el vocablo interés está integrado por el prefijo “inter”, que significa “entre o en medio de”; y “es”, que significa “ser, estar o existir”, por lo que “interés” implica estar en medio de diversos intereses sociales. Esto indica que lo público está relacionado con lo que le es propio a la comunidad, a “todos” y a la posibilidad de construir un orden social que genere confianza y nos permita salir del atraso. La forma de construir confianza es a través del sistema contable que une de manera insoluble la información financiera de calidad con la transparencia, tal como lo prescribe el art. 321 del CCyC y la RT. 16. Por lo pronto, el bien común no se opone a la autonomía de la voluntad. Como bien sostiene Casagne,⁵ el concepto propende a la plena realización de la dignidad y libertad de todos y cada uno de los miembros de una sociedad.

2. Las normas jurídicas que sostienen a la contabilidad como un sistema de orden público: Delimitados estos conceptos, correspondería analizar los fundamentos utilizados para sostener que las normas estructurales de la contabilidad conforman un sistema de orden público con trascendencia social. Las normas internacionales de contabilidad reconocen la vinculación de la contabilidad con el orden público dado su trascendencia social⁶. Y en este sentido es interesante tomar la experiencia colombiana que forma parte de Hispanoamérica y la misma ecúmene jurídica. La mencionada República tomó la decisión de avanzar notablemente en la flexibilización de las formas societarias y abrir un interesante debate a partir del dictado de la Ley 1314 del 2009, denominada de *Convergencia hacia las mejores prácticas contables internacionales*, donde se cuestionó si la adopción de las normas internacionales afectaba o no el orden público interno. Esta sola hipótesis demuestra la importancia social de la contabilidad. En la mencionada ley (art. 1 objetivo de la ley) reconoce la trascendencia social de la contabilidad y su importancia en el desarrollo económico.

⁵ Revista El Derecho, 4 de Noviembre del 2021, N° 15.191 AÑO LIX • ED 294.

⁶ En el Código de Conducta Profesional ACIPA (2004) SECCION 53 art. 11, en la IFAC n° 3 (2011) con la creación incluso de la Junta de Supervisión del Interés Público (sigla en inglés PIOB), por otro lado la IFAC N° 5 define el interés público.

Asimismo, en el art. 15 de la Constitución Colombiana se pone de relieve la información contable y su contribución a la generación de confianza. Textualmente establece: “... para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley...”. Así es cómo la Constitución colombiana no sólo coloca en el lugar de trascendencia política, social y económica a la contabilidad, sino que deja en claro la importancia de brindar información financiera, y cómo esta información trasciende el criterio utilitarista también sostenido por nuestra doctrina bajo la forma de “Obligación-carga”, que en términos literarios resulta ser un verdadero oxímoron: una contradicción. Debe destacarse a la contabilidad como un sistema que contribuye a la generación de confianza pública como postulado básico inicial. Los empresarios deben llevar su contabilidad no solo bajo la mirada utilitarista de ser una carga, sino que deben llevar este orden uniforme de contabilidad en aras del beneficio particular y general: esa es la contrapartida por el uso del sistema societario para limitar responsabilidad. Pero debemos asumir que en muchas ocasiones se asocia la idea de orden público e interés social como ideas ligadas al interés del Estado y se identifica al interés del Estado como el interés del sector político gobernante, lo cual no es aceptable tolerarlo. Esta idea o práctica política nos destruye como comunidad, socavando las instituciones y la confianza con un directo impacto en la economía. La idea de la contabilidad como carga y no como una obligación puede provocar serios daños e indirectamente promover la irresponsabilidad de los inescrupulosos.

Si por vía de hipótesis negamos la trascendencia social de la contabilidad y el carácter de orden público de sus normas estructurales, deberíamos preguntarnos: cuál es el sentido del art. 69 de la LGS que establece: “El derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, es irrenunciable y cualquier convención en contrario es nula”, cuyo postulado nos traslada al art. 12 del Código Civil y Comercial, vinculando la imperatividad con el orden público. La respuesta es sencilla y se encuentra en línea con la interpretación que nos exige el art. 2 del ordenamiento citado, que impone un análisis de las leyes, teniendo en cuenta sus palabras (método exegético) pero también su finalidad: las leyes análogas, los tratados que protegen los derechos humanos⁷ y los principios y valores jurídicos. Esta norma no solo se encuentra dirigida a los jueces que deben interpretar el derecho, sino también a los ciudadanos y a los funcionarios de todos los niveles del Estado que deben ejecutar y reglamentar las leyes con una visión integradora que impone nuestro Código y nos lleva a concluir que esta norma es *imperativa y de orden público*, que tiene como finalidad preservar los pilares jurídicos de la contabilidad contemplados en el art. 321 del CCyC y en la RT. 16 de la FACPCE⁸ elaborados en concordancia con las *Normas Internacionales Financieras*. Claramente el art. 69 de la ley 19.550 no es en beneficio del derecho patrimonial del socio, ya que si fuera así podría ser renunciado libremente. La norma en cuestión se vincula con el modo de llevar la contabilidad (cualidades intrínsecas y extrínsecas) y con la trascendencia social de la misma. Es por ello que esta norma tiende a preservar los estándares de calidad exigidos por el art. 321 del Código Civil y Comercial de la Nación, que recordemos impone que “la contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las

⁷ Ver José María Cura, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T° I pág. 17/8 Ed. La Ley 2016.
Aprobadas por el CPCECF Por Resolución C. N° 93/2005.

actividades y de los actos que deben registrarse...” y con la Resolución Técnica 16, que fija el “marco conceptual de las normas contables profesionales”, elevado por el Centro de Estudios Científicos y Técnicos (CECyT). La norma bajo análisis es de orden público, porque pretende evitar que mediante un concilio fraudulento entre los socios se aprueben estados contables que no cumplan con los estándares de calidad exigidos. Pero sigamos avanzando con otras preguntas ligadas al sistema societario: ¿Cuál es el objeto de la norma que prohíbe distribuir dividendos sino de un balance aprobado? (art. 68 ley 19.550) Pueden existir diversas soluciones, pero es innegable que el sistema jurídico tiene interés en que los balances sean tratados en la asamblea y aprobados para evitar la existencia de balances falsos (art. 300 inc. 2 del Código Penal de la Nación) y teniendo en miras la trascendencia social de la contabilidad y los daños hacia terceros y siguiendo este razonamiento, podemos introducir otra pregunta vinculada a los motivos por los que ata el honorario del director al dividendo (art. 261 ley 19.550). Evidentemente la ley construye un sistema con la finalidad de proteger la veracidad de los estados contables.

Un claro ejemplo de la trascendencia e importancia de la contabilidad que se une al valor de la empresa, resulta ser, y solo lo cito a título de ejemplo, el caso “Vicentin SA.”, que más allá que se concursó sin tener aprobado el balance cerrado en el 2019, el Banco de la Nación Argentina denunció penalmente que existen serias contradicciones entre este balance y el presentado para tomar créditos nacionales y extranjeros con una diferencia patrimonial de aproximadamente U\$S 1.800 millones de dólares y que para el esclarecimiento y castigo de los responsables inició una demanda ante la Fiscalía de Delitos Complejos de la Ciudad de Santa Fe. Asimismo, un *pool de bancos* internacionales que reclamaba una deuda de unos \$ 33.137 millones de pesos logró que la justicia de Estados Unidos (Nueva York) autorice un proceso de descubrimiento (*Discovery*) de activos, con la finalidad de recabar detalles sobre los movimientos financieros de la firma. Sin intención de ingresar en polémicas y al solo efecto de tomarlo como caso testigo, resulta innegable la trascendencia social de la insolvencia de estos grupos económicos que puede verse transparentada en los *Decretos 522/2020 y 636/2020*.

Estos hechos demuestran que el derecho debe ir de la mano de la transparencia en el Gobierno Corporativo de las Sociedades, dando libertad para crear y gestionar, pero exigiendo con firmeza información y transparencia. De lo contrario seremos responsables de crear un sistema en el cual los que buscan justicia sufran un calvario motivado en la inexistencia de mecanismos idóneos para *prevenir, identificar, desactivar, castigar y reparar* integralmente el daño ocasionado. El derecho y la interpretación de las normas debe hacerse de la forma impuesta por el *art. 2 del Código Civil y Comercial*, preservando la Buena Fe como principio general del derecho (*art. 9*) y midiendo las consecuencias y finalidades de la ley. De esta forma no podrían salir beneficiados los inescrupulosos que utilizan al sistema en su beneficio, destruyendo la confianza de una comunidad en su sistema jurídico y económico, imponiendo la conocida tragedia de Sísifo a todos aquellos que queremos construir una comunidad mejor. Recordemos que el mito de Sísifo cobra popularidad en un ensayo filosófico de *Albert Camus*: en el mito, Sísifo desafió a los Dioses, y como castigo le dieron la tarea de cargar una roca hasta lo más alto de una montaña, donde la roca caía y así debía volver a cargarla hasta lo más alto, repitiendo este trabajo por toda la eternidad. *Camus* muestra la tragedia de la vida cuando el héroe se da cuenta de su condición miserable. Triste sería que nosotros, sin quererlo, colaboremos en que nuestras comunidades vivan esta tragedia como propias.

3. Conclusión y propuestas: Al mantener a la contabilidad con un criterio *utilitarista* y sostener que se trata de **una carga** en abierta violación de nuestro sistema que impone la “*obligación de llevarla*” conforme lo prescribe el art. 320 del Código Civil y Comercial, fomentamos la irresponsabilidad, el egoísmo y la desconfianza. Es por eso que esta ponencia tiene como objetivo llamarnos la atención sobre la importancia de la contabilidad, determinar que la obligación de llevarla **no es una carga, sino que es una obligación** en sentido jurídico con específicas consecuencias. Se propone que las *personas jurídicas incluidas en el art. 320 del CCyC* lleven sus registros contables en soportes digitales con registro anual encriptado con efectivas sanciones ante su incumplimiento. En caso de incumplimiento, propongo incorporar la falta de registración como causal de disolución de la sociedad. En efecto, quienes están obligados a llevar un sistema contable conforme el art. 320 del CcyC tienen que estar obligados a inscribirla y frente al incumplimiento se proponen sanciones efectivas: para el caso de las sociedades, la disolución de la misma, proponiendo la modificación del art. 320 del CcyC y el art. 91 de la LGS, incorporando como causal de disolución la omisión de la inscripción anual de la contabilidad. Asimismo, frente al pedido de un juez se dará acceso a la misma sin restricciones y con obligatoria confidencialidad para todos los que acceden a ella. Asimismo frente al concursamiento la omisión de presentar el sistema contable determinará el rechazo de la presentación y, en caso de quiebra, el encargado del registro deberá suministrar la información completa al juez. Como contrapartida de ello propongo avanzar sobre la flexibilización de las formas societarias, con la finalidad de beneficiar a aquellos que apuestan a crecer en una Argentina que quiere vivir y desarrollarse con la libertad bajo el paradigma de la responsabilidad para dañar que nos merecemos. A modo de conclusión propongo volver al epígrafe de esta ponencia: Debemos abandonar esa caracterización que hizo nuestro gran maestro Jorge Luis Borges en el ensayo del epígrafe “*Nuestro pobre individualismo*” y dejar de considerar al Estado como una abstracción inconcebible: el Estado somos todos, es nuestra comunidad.

EL DOCUMENTO AUTÉNTICO EN EL MARCO DE LA REGISTRACIÓN SOCIETARIA A TRAVÉS DE MEDIOS DIGITALES

María Cesaretti y Martín Leandro Russo

Debe tenderse a la digitalización de los registros, sin poner en riesgo la seguridad jurídica y los principios del derecho registral. Para ello se requiere que el documento registrable revista el carácter de auténtico.

Los arts. 286, 288, 301 y 308 del CCyCN reconocen la existencia del documento público notarial digital, contándose asimismo con las herramientas tecnológicas seguras para su para instrumentación.

El documento notarial digital es documento auténtico por la intervención del escribano, en ejercicio de una función pública delegada por el Estado, lo que garantiza tanto el control de legalidad del acto como la autoría, la libre voluntad y capacidad de los requirentes, dotando las transacciones de seguridad jurídica.

No debe confundirse, seguridad informática o tecnológica con seguridad jurídica.

La firma digital es solo indicativa de la voluntad del sujeto, en tanto la misma es un sello que puede ser utilizado por cualquier persona, sin consentimiento ni conocimiento de su titular, nunca podrá cumplir la función declarativa en la medida de su escendibilidad.

Las presunciones de autoría e integridad de la LFD, no otorgan plena fe, ni aseguran el contenido del documento, solo permiten la reconocibilidad del autor. La prueba de la autoría de la declaración de voluntad expresada, requerirá reconocimiento de la firma por cualquiera de los medios del art. 314 CCyC.

Conforme el art. 288, la plena admisión del instrumento informático queda subordinada a la obtención del grado de certeza que el texto exige. El documento notarial, conjuga la necesaria vinculación entre la seguridad jurídica y la seguridad tecnológica, por las calidades propias del sujeto del que emana.

La forma notarial no es la que da la eficacia probatoria y fuerza ejecutiva, sino el alcance de la intervención personal del escribano en el límite legítimo de su competencia.

El documento notarial digital tiene plena eficacia ejecutoria y ejecutiva. De este modo, el instrumento público con firma digital aplicada del notario equivale al expedido en soporte papel, con los efectos probatorios del art. 296 CCyCN; mientras que el instrumento firmado digitalmente que cuenta con la firma digital notarialmente certificada, equivale a un instrumento privado con firma ológrafa certificada (art. 314 CCyCN).

I.- Introducción

Las llamadas tecnologías de la información y comunicación han transformado la sociedad en que vivimos modificando su estructura en los más diversos ámbitos de las relaciones humanas, generando así nuevas y complejas formas de vinculación entre individuos, a lo

que se suma un escenario normativo que trata de adaptarse a estas nuevas necesidades¹, en pos de sentar las bases de nuevos entornos digitales².

Estos cambios tecnológicos y disruptivos no son ajenos al derecho societario, que con la sanción de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante LACE) incorpora la Sociedad por Accione Simplificada (en adelante SAS) como nuevo tipo societario y con un régimen propio por fuera de la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), pero con remisiones importantes a ésta³.

Que en este proceso de modernización y a los fines de admitir la inscripción registral por medios electrónicos de los instrumentos constitutivos de distintos tipos societarios o de personas jurídicas no societarias y sus modificaciones, contratos asociativos o la anotación de medidas cautelares, inscripciones de declaratorias de herederos, entre otros; los instrumentos ingresados para su registración, deben revestir calidad de auténticos (documentos notariales o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda).

Un ejemplo viene dado por el derecho comparado, por cuanto la Directiva (UE) 1151/2019 se apoya en la intervención notarial planteando que, serán los Estados Miembros los facultados para requerir su participación en cualquier fase de los procedimientos en línea, en aras a: (i) combatir el fraude y el pirateo empresarial; (ii) llevar a cabo los controles de la identidad y la capacidad jurídica de las personas que deseen constituir una sociedad; así como, (iii) garantizar la seguridad jurídica del proceso de constitución y efectuar un control de legalidad, entre otros. En este sentido, cabe destacar que el documento notarial, garantiza primero en cuanto a los sujetos, que el acto sea otorgado por sujetos capaces y legitimados (arts. 301 y 306 Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCyCN) y en segundo término, con relación al acto que pretenden instrumentar, que el consentimiento fue prestado libremente, que no hubo coacción, que las partes ejercieron libremente un derecho de raigambre constitucional como lo es el de la libertad de contratar consagrado en el art. 19 CN, que contempla una doble faceta: el derecho de las partes para celebrar contratos y su contrapunto que es el derecho a no celebrarlos o que no se les imponga un contrato no querido, siendo los juicios y controles que formula el notario de su exclusiva competencia, y no pueden ser suplidos por valoraciones de otros sujetos.

II.- Documento electrónico con firma digital aplicada

Los artículos 288 del CCyCN y 3 de la LFD consagran el principio de equivalencia funcional, en virtud del cual el documento electrónico firmado digitalmente se rige por los mismos

¹ Así encontramos: la La Ley 27.349 del año 2017 de Apoyo al capital emprendedor; el Decreto 892/2017 que crea la plataforma de firma digital para ser administrada por el Ministerio de Modernización; la Ley 27.444 del año 2018 de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación, que ha avanzado hacia la aceleración de despapelización y digitalización de expedientes en diferentes reparticiones del Estado y el Decreto 733/2018 por el que se estableció la obligación de instrumentar los documentos, comunicaciones, expedientes, actos administrativos y procedimientos en general mediante el sistema de Gestión Documental Electrónica - GDE, permitiéndose así su acceso y tramitación digital, salvo cuando ello no fuere técnicamente posible, en determinados casos de excepción.- En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires tenemos la ley 14.828 del año 2016 por la que se crea el PLAN ESTRATÉGICO DE MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.-

² Al respecto, en sus considerandos la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades establece que se debe "asegurar que exista un entorno jurídico y administrativo a la altura de los nuevos desafíos económicos y sociales de la globalización y la digitalización, por un lado, para ofrecer las garantías necesarias frente al abuso y el fraude y, por otro, para perseguir objetivos como fomentar el crecimiento económico, la creación de empleo y atraer inversiones a la Unión, lo que aportaría beneficios económicos y sociales para la sociedad en su conjunto"

³ Art. 49 LACE.- Organización jurídica interna. Los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. Los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades (...)

principios que el documento en soporte papel⁴, mientras que la última parte del artículo 6 de la LFD⁵, establece que el documento digital satisface el requerimiento de escritura.

En consecuencia, la LFD concibe una conceptualización residual o por exclusión de la firma electrónica, que debe reunir determinadas características técnicas para lograr conexidad con el emisor, pero que no reúne los requisitos exigidos para la firma digital.

El documento digital con firma electrónica, ante el repudio del firmante, requiere reconocimiento judicial, no pudiendo tenerse por presunta su autoría e integridad, requiriendo del reconocimiento judicial para su equiparación al documento que cuente con firma ológrafa o digital. Por otro lado, cuando de firma digital se trata, los artículos 7 y 8 de la LFD establecen la presunción de autoría del titular del certificado digital y de la integridad del documento electrónico cuando sea aplicada esta firma, debiendo verificarse asimismo que el certificado de quien suscriba digitalmente el documento se encuentre vigente (dado que su emisión es por período de tiempo) y que el mismo no haya sido revocado conforme los procesos de validación automática⁶.

Tanto la LFD como el CCyCN, al señalar que la firma digital satisface el requisito de firma, están limitando únicamente la equivalencia entre ambas, no siendo extensible esta equivalencia a la firma electrónica, dado que esta última tiene un régimen completamente diferente en cuanto a su valor probatorio⁷ y siempre necesitará una acreditación (prueba por quien la invoca)⁸.

La Resolución General 17/2020 de la Inspección General de Justicia, formula una adecuada distinción entre firma electrónica y digital en tanto la misma deroga la opción que permitía que los documentos constitutivos de sociedades por acciones simplificadas contengan firma electrónica de sus otorgantes, con la posibilidad de que el último de los socios sea el único en utilizar firma digital y cerrar el documento con todas las propiedades y seguridades que brinda la misma⁹. Asimismo, en la resolución citada, se prevé un procedimiento de subsanación por instrumento privado, que debe ser publicado en el Boletín Oficial, al que deberán someterse todas las sociedades por acciones simplificadas que se hayan registrado bajo esta modalidad.

⁴ FALBO Santiago.- "Protocolo Digital.- Nuevas Tecnologías y función notarial".- RN nro 979.- Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, enero/abril 2015.-

⁵ Art. 6º LFD. Documento digital. *Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura*".

⁶ En autos López, Sergio Alejandro c/Medina, Telma y otros s/prescripción adquisitiva breve se ha sostenido que: "Al estar por lo dispuesto por el artículo 288 del CCyCo., solo la firma digital satisface el requisito de firma en un documento electrónico, y por ello, considero que las presentaciones y notificaciones electrónicas en el sistema generado en su momento por la Suprema Corte de Buenos Aires carecen de firma"

⁷ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial, nro. 23, autos: "Wenance SA c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo", 14/2/2020. Cita online: AR/JUR/135/2020 . 1. Cuando el acto jurídico fue concertado en el "mundo digital", solo podrá reconocerse una expresión de voluntad de similar contenido obligacional al que surgiría en el caso de una firma ológrafa, si puede identificarse una firma de acuerdo a lo establecido por el art. 288 del Cód. Civ. y Com., que asegure la autoría e integridad del documento así creado. 2. La firma digital y la firma electrónica son nociones que legalmente deben distinguirse, pues solo en el primer caso recaerá sobre la firma así concebida la presunción iuris tantum de autoría e integridad (arts. 7º y 8º de la ley 25.506) que, a su vez y de conformidad con el art. 288 del Cód. Civ. y Com., habilitaría a tener por satisfecho el requisito de la firma y por lo tanto ponernos ante un instrumento privado (art. 287, primer párrafo, Cód. Civ. y Com.).- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 10: Afluenta S.A. c/ Martin, Sergio Andrés s/ejecutivo", 23/04/2021, elDial.com - AAC50E, Publicado el 29/06/2021.- Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III: CCBA c. Organización Médica S.A. s/ Ejecución fiscal - Agentes de retención, La Ley Online; LALEY AR/JUR/74502/2020.

⁸ LAMBER, Néstor Daniel, Una adecuada distinción entre la firma electrónica y digital y el rol funcional de la forma en sus aspectos probatorio y de titularización, Revista del Notariado - <http://www.revista-notariado.org.ar> - n° 937 jul-sep 2019

⁹ 41 Jornadas Notariales Bonaerenses celebradas en Tandil en el año 2019, despacho Tema 1: Consideramos que la forma contemplada para la constitución de las sociedades por acciones simplificadas en el subinciso 3 del inciso a del artículo 7 del Anexo A de la resolución 6/2017 de la Inspección General de Justicia (modificada por la resolución 8/2017), así como en el inciso 3 del artículo 7 del Anexo 1 de la disposición 131/2017 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, atenta contra la seguridad jurídica por cuanto se admite la constitución con firma digital de los socios, sin requerir la certificación de las mismas.

III.- El documento notarial digital

Conforme el principio de equivalencia funcional, pueden equipararse soporte analógico y digital y firma ológrafa y digital, por lo tanto, podemos hablar de documentos notariales digitales, pues la labor documental del escribano es fruto de la ciencia jurídica y no de las herramientas meramente informáticas o tecnológicas.

Hay expresión escrita, independientemente del soporte, siempre que su contenido pueda ser interpretado por texto inteligible (artículo 286 CCyCN), ello es, poder garantizar la identificación del emisor de la declaración que contiene el documento electrónico.

La identificación que precisan los arts. 1 y 7 de la LFD en cuanto al emisor de la declaración contenida en el documento digital es al solo efecto indicativo de la voluntad y no declarativo de la misma. La intervención notarial garantiza indubitadamente la autoría e integridad del instrumento (artículo 288 del CCyCN), ya que no es la forma notarial la que dota un documento de eficacia en todos sus niveles (legitimadora de derechos, probatoria, ejecutiva, ejecutoria), sino el alcance de la intervención personal del escribano en el límite legítimo de su competencia (artículo 290 CCyCN), es decir su actividad (lo contrario es confundir al escribano con el documento). Recordemos que, seguridad tecnológica o informática y seguridad jurídica constituyen términos bien diferenciados¹⁰.

En consecuencia, conforme lo dispuesto por los artículos 286, 287, 288, 289, 290 CCyCN y 51 LFD¹¹ y el principio de equivalencia funcional, puede decirse que: a) el documento electrónico se rige por los mismos principios que el documentos en soporte papel, en tanto cuente con firma digital aplicada¹² b) son instrumentos públicos generados en soporte papel las escrituras públicas y sus copias o testimonios y otros instrumentos que extienden los escribanos públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) asimismo, revisten el carácter de instrumentos públicos, las copias o testimonios e instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos en soporte electrónico con firma digital aplicada muñidos de los requisitos que establecen las leyes de fondo y las leyes orgánicas notariales de cada demarcación, en tanto supongan la intervención del funcionario en el límite de su competencia; d) el documento electrónico privado que cuenta con intervención notarial en los términos ya mencionados, despliega los efectos regulares de la certificación de firmas ológrafas en instrumentos en soporte papel¹³; e) en cuanto a los casos señalados anteriormente, el documento contará con la eficacia ejecutoria y probatoria en virtud de lo normado por el artículo 296 del

¹⁰ COSOLA, Sebastián J., SCHMIDT, Walter C., Coexistencia de dos mundos. El impacto del mundo digital en el ordenamiento jurídico, RN 986, 2018. Trabajo presentado en la 33 Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 20 al 22 de septiembre de 2018)

¹¹ Art 287 CCyCN.- Instrumentos privados y particulares no firmados. *Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.*

Art. 289 CCyCN.- Enunciación. *Son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes (...)*

Art. 290 CCyCN.- Requisitos del instrumento público. *Son requisitos de validez del instrumento público: a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella; b) las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.*

Art. 51 LFD que modifica el art. 78 bis del Código Penal y establece que: "(...)Los términos firma y suscripción comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente. Los términos documento, instrumento privado y certificado comprenden el documento digital firmado digitalmente".-

¹² FALBO Santiago.- "Protocolo Digital.- Nuevas Tecnologías y función notarial".- RN nro 979.- Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, enero/abril 2015.-

¹³ ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco, El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada LA LEY 05/08/2020, 05/08/2020

CCyCN¹⁴ y f) los instrumentos generados en soporte papel no firmado y en soporte electrónico con firma electrónica no reconocida judicialmente (artículo 314 del CCyCN), contarán con el valor probatorio previsto en el artículo 319 CCyCN, del mismo modo que los instrumentos suscriptos con firma ológrafa o mediante firma digital aplicada, según el soporte documental elegido para exteriorizar la declaración de voluntad¹⁵.

En lo que refiere a las copias o testimonios, el artículo 308 del CCyCN establece que *“El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales(...)”*, permitiendo que se lo extienda en cualquier *“medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble”* delegando en la reglamentación local su forma y modo de expedición¹⁶.

Debe advertirse que, tal como sucede con el testimonio que se expide en soporte papel, cuando se expida un testimonio en soporte digital el mismo debe garantizar: a) la confidencialidad, en cuanto al acceso a los datos portantes del documento; b) la integridad, en tanto los datos deben ser completos y c) la disponibilidad, mediante su acceso en el momento que los terceros interesados u organismos de orden público lo requieran.

En virtud de lo expresado, el documento digital como soporte documental de los testimonios de las escrituras matrices y de documentos notariales extraprotocolares (certificación de firmas y/o de reproducciones) posee: i) eficacia legitimadora; ii) valor probatorio¹⁷ y iii) eficacia ejecutiva, por reunir los requisitos que prevén los artículos 520 y 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁸.

IV.- La registración societaria y el documento auténtico

No debe olvidarse que el registro público, antes de comercio, es ante todo, un registro. Por lo que, con sus particularidades, debe regirse con los principios que guían al derecho registral. Uno de estos principios rectores del derecho registral, es el de la autenticidad. El registro público es un registro de documentos. Como enseña Abella¹⁹, al referirse, al registro inmobiliario, pero que resulta de plena aplicación, no se trata de un sistema de registro de derechos, sino de documentos o instrumentos. Los actos jurídicos deben exteriorizarse en

¹⁴ Art. 7 LFD “Presunción de autría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”. Art. 8° LFD “Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma.”

¹⁵ XXXIII Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 2018): “El documento digital firmado digitalmente por un particular es un instrumento privado, mientras que el firmado electrónicamente es un instrumento particular no firmado.”

¹⁶ La temática es abordada también por el artículo 59 de la LACE indicando que aquellas normativas provinciales que no tengan prevista la posibilidad de la expedición de copias o testimonios en soporte digital la incorporen.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires véase los artículos 166 a 169 del Decreto Ley 9020/78. El Reglamento de Actuación Notarial en Soporte digital del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires aprobado por Consejo Directivo en su sesión del 16 de febrero de 2018, modificado en la sesión del 13 de septiembre de 2019, texto ordenado aprobado por Consejo Directivo en su sesión del 26 de febrero de 2021, establece en su artículo 2 que se considerarán “(...)actuaciones notariales en soportes digitales toda intervención realizada en el ejercicio de las funciones notariales de conformidad a la Ley 9020 de la provincia de Buenos Aires, aplicada a un documento en soporte digital”.- Asimismo, el artículo 5 del citado reglamento determina que son tipos de actuaciones notariales en soportes digitales: a) Las certificaciones de reproducciones digitales previstas en el inciso 1° del art. 171 de la Ley 9020, sea que se trate de documentos nativos digitales, o de documentos originarios en soporte papel digitalizados; b) Las copias o testimonios digitales de las escrituras matrices; c) Las copias simples digitales; d) Las certificaciones de firmas digitales; e) Notas y atestaciones marginales en documentos notariales digitales; y f) Las certificaciones de firmas ológrafas y reproducciones digitales.

¹⁷ La función notarial no tiene solo tinte probatorio, sino también sustantivo, y se traduce en una gama variadísima de operaciones.- ETCHEGARAY, Natalio P., Escrituras y Actas Notariales – Examen exegético de una escritura tipo, Buenos Aires, Astrea, 7° edición, 2019, pág. 37.-

¹⁸ Juzgado Nacional en lo Comercial N°24, Secretaría N° 20, “Wenance. S.A. c/ Melgarejo, Sandra Isabel s/ Ejecutivo” COM 034927/2019, sent. 13/02/2020 WENACE S.A. c/ MELGAREJO, Sandra s/ ejecutivo

¹⁹ ABELLA, A. “Derecho inmobiliario registral” Zavalía. 2008, pág. 37.

la forma legal, en documentos o instrumentos para ser recibidos por el registro.

Al registro deben llegar documentos auténticos, la combinación de documento público y registro público es la piedra angular de la seguridad jurídica del sistema registral²⁰.

Tal como dice Favier Dubois²¹, el registro público, antes de comercio, al igual que otros registros, inscribe únicamente instrumentos auténticos.

V.- Conclusiones

Debe tenderse a la digitalización de los procesos registrales, sin poner en riesgo la seguridad jurídica y los principios que rigen el derecho registral. Se cuenta, en la actualidad, con la base legal y con las herramientas tecnológicas para la instrumentación de documentos registrables, que cumplen con los requisitos aquí analizados: documentos digitales, y además documentos auténticos, con intervención notarial, y que brindan seguridad sobre la autoría de los mismos, brindando seguridad jurídica en un mundo digital.

No debe confundirse, porque no son iguales, la seguridad informática o tecnológica con la seguridad jurídica. Por ello la firma digital es solo indicativa de la voluntad del sujeto, en tanto la misma es un sello que puede ser utilizado por cualquier persona, sin consentimiento ni conocimiento de su titular, por lo que nunca podrá cumplir la función declarativa en la medida de su escendibilidad.

La equivalencia funcional implica aplicar a la firma y el documento digital un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido que, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración

Las presunciones de autoría e integridad (arts. 7 y 8 LFD) no otorgan plena fe, ni aseguran el contenido del documento, solo permiten la reconocibilidad del autor. Lo indubitable del art. 288 remite al proceso de verificación de la firma digital aplicada al documento (art. 9 LFD). La prueba de la autoría de la declaración de voluntad expresada, va a requerir el reconocimiento de la firma por cualquiera de los medios del art. 314 CCyC

Conforme el art. 288, la plena admisión del instrumento informático queda subordinada a la obtención del grado de certeza que el texto exige. En este sentido, el documento notarial, capaz de adaptarse a las nuevas necesidades de los individuos en este mundo globalizado sin apartarse de los valores estructurales de la función del escribano, conjuga la necesaria vinculación entre la seguridad jurídica y la seguridad tecnológica, por las calidades propias del sujeto del que emana.

La forma notarial no es la que da la eficacia probatoria y fuerza ejecutiva, sino el alcance de la intervención personal del escribano en el límite legítimo de su competencia (art. 290 CCyCN) Hoy por hoy, se pueden crear documentos públicos digitales con plena validez jurídica y que tienen eficacia completa, fuerza ejecutoria y fuerza ejecutiva. De este modo, el instrumento público con firma digital aplicada del notario (testimonio en soporte digital) equivale al expedido en soporte papel, con los efectos probatorios del art. 296 CCyCN; mientras que el instrumento firmado digitalmente que cuenta con la firma digital notarialmente certificada, equivale a un instrumento privado con firma ológrafa certificada (art. 314 CCyCN).

²⁰ ABELLA, A. ob cit.

²¹ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. "El Registro público de comercio y las inscripciones societarias. Teoría y práctica". AD Hoc. 1998, pág. 84.

DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO (SOBRE LA NECESIDAD DE ABOLIR LOS CONTROLES REGISTRALES SUSTANCIALES CONTRARIOS AL NUEVO ESPÍRITU SOCIETARIO DE LA ÉPOCA)

Ricardo Cony Etchart

1.- La llamada revolución digital, que en esencia es un nuevo marco tecnológico al servicio de la relaciones sociales y económicas, está suponiendo un nuevo paradigma que trasciende de manera general el entorno social y, por ende, al jurídico, de modo que su significación supone la afectación concreta de los institutos jurídicos de toda laya, a lo largo de los diversos ordenamientos particulares.

2.- Entre otros, son elementos definidores de este nuevo entorno socio-digital, (i) la globalización de las llamadas redes sociales creadas sobre soporte digital, (ii) la capacidad de acumular/segmentar/transmitir/instrumentalizar/registrar la información, (iii) la autonomía e interconexión de los sistemas y con ello de las redes digitales etc. En definitiva, la tecnología que está transformando las relaciones sociales a través de sistemas de comunicación, así como de integración, registro, difusión y uso de la información, todo lo cual redefine el hábitat, las capacidades y los comportamientos del individuo en su vertiente profesional, económica, política y social, planteándonos la revisión de determinados axiomas de nuestro modus vivendi.

3.- La conciencia histórica de que supuso para el derecho de sociedades pivotar sobre el «mundo industrial» genera la inquietud sobre lo que supone «el mundo digital». La singularidad deriva de que en estos casos la herramienta tecnológica conforma el producto, servicio o actividad económica, siendo por ello determinante para entender la actividad misma. Solo a partir de la aprehensión y entendimiento de lo tecnológico cabrá dar respuestas adecuadas desde el punto de vista de política y de técnica jurídica. En algunos casos creando conceptos jurídicos específicos (sello digital, firma digital, sistemas de registro desintermediado), en otros dando lugar a nuevas formas negociales en cuanto a la forma de determinación de su contenido y ejecución (los smart contracts, sociedades digitales descentralizadas (DAO)) o reservando ciertas formas de empresa para el desarrollo de actividades económicas con soporte digital.

4.- La tecnología digital se inserta, además, en las tradicionales construcciones de Derecho Privado como es el caso de la parte general de obligaciones y contratos, afectando a la identificación de las partes negociales, a las formas de expresión/comunicación/recepción

de las voluntades/consentimiento, generando a su vez nuevas vías de integración del contenido negocial y de prueba de este, transformando incluso el tratamiento de los incumplimientos y sus efectos. (Una manifestación de este contexto negocial digitalizado son los referidos smart contracts que, por ejemplo, posibilitan transacciones sobre la base de la representación digital de un activo real (token), definiéndose además digitalmente tanto los compromisos de las partes como el cumplimiento de los mismos, de modo que los acuerdos no puedan ser modificados y se autoejecuten sobre la base de protocolos informáticos).

5.- En el ámbito societario, los nuevos mecanismos técnicos informatizados de comunicación y traslado de información están transformando el marco de las relaciones internas o intrasocietarias. Más allá del ejercicio de los derechos básicos del accionista (información, representación, voto), los medios de comunicación a distancia de carácter electrónico, la participación misma en la junta general por estas nuevas vías o la representación de la posición de socio en registros contables informatizados, se plantea ahora una profundización en la transparencia de la relación sociedad-socio, obligaciones de identificación de los mismos, de transmisión de información desde la sociedad a los accionistas y de estos a la sociedad, así como de facilitación del ejercicio de determinados derechos del socio, todo lo cual solo es posible desde la utilización de estas nuevas tecnologías. Basten como ejemplos las redes de Blockchain para registrar y computar el voto o para registrar el envío de las instrucciones de voto que los inversores finales remitan a los custodios globales (titulares registrales en España) a través de plataformas electrónicas.

6. El derecho continental desde hace más de una década en su proyecto “Europa 2020” viene planteando lo que se dio en llamar “la unión para la innovación”, cuyo objetivo fue contribuir a la consolidación de un círculo virtuoso de interrelación provechosa entre la innovación y el espíritu empresarial, con el ánimo de potenciar un mercado europeo de inversión en empresas innovadoras en expansión.

7.- En ese marco, resulta señera la Propuesta de Directiva que fue elaborada por la Comisión Europea del año 2019, denominada Propuesta de Digitalización, la que, en forma sintética propone a los estados miembros de la unión europea lo siguiente:

(a) La constitución de las sociedades “on line”: Este procedimiento incorporado por la Propuesta se caracteriza por un elemento muy distinto al que define nuestra actual constitución online: impide o prohíbe a los Estados miembros exigir la comparecencia física del fundador (o de su representante) ante ninguna autoridad nacional o notarial.

(b) El ciclo vital de la sociedad íntegramente “on line”: El segundo elemento caracterizador de la Propuesta es el de que procede a extender el procedimiento íntegramente en línea a todo el denominado ciclo vital y se prevé soluciones íntegramente electrónicas para presentar la documentación y la información necesaria en el Registro a lo largo de la vida de la sociedad”

(c) Apertura de sucursales “on line”: El tercer elemento caracterizador es la extensión, mutatis mutandis, del procedimiento puramente en línea a las sucursales, tanto a su registro como a la documentación y a las informaciones que deban presentar aquellas. Se prevé también que sea posible abrir y registrar una sucursal en otro Estado miembro de manera enteramente telemática a través del Sistema de Interconexión de los Registros Mercantiles (“SIRM”).

(f) Publicidad registral y coste de estos actos: Como cuarto elemento caracterizador, cabe destacar que la Propuesta consiste en que la publicidad de todos los documentos y de

todas las informaciones de la vida social se puedan presentar a través de una plataforma electrónica central donde la publicidad podrá tener efectos jurídicos (“oponibilidad”) sin necesidad de su publicación en ningún Boletín nacional. Dicha posibilidad reduce los costos de tramitación societaria a guarismos accesibles

(g) Imperatividad y neutralidad tecnológica y jurídica de la Propuesta: El principio de “imperatividad” supone que la digitalización o, más correctamente, los procedimientos puramente en línea, son de carácter imperativo; suponiendo un mandato del legislador europeo hacia los legisladores nacionales de prever las reformas y las incorporaciones necesarias en sus respectivos regímenes para permitir a las sociedades de capital el acceso a esos procedimientos digitalizados. El principio de “neutralidad tecnológica” supone que no se impone ningún medio de identificación electrónica específico); y el principio neutralidad jurídica”), supone el expreso reconocimiento a los sistemas de “control de legalidad” vigentes en determinados países de Europa.

8.- Como es dable apreciar los principios rectores de la digitalización societaria, apuntan a la remodelación de derecho mercantil de las sociedades cerradas para potenciar el espíritu emprendedor en un mundo globalizado y tecnificado procurando ser un derecho societario facilitador de la iniciativa empresarial. Un derecho facilitador, no paralizador, no obstaculizador, no restrictivo. Facilitador, por ser potenciador o incentivador de la actividad empresarial privada. Para facilitar habrá que transitar hacia la simplificación, discurriendo hacia un derecho de sociedades reformado y orientado derechamente a la creación y el crecimiento empresarial. Para potenciar la creación y el crecimiento de las empresas con forma jurídico-societaria hace falta que el derecho de sociedades sea simplificado, pero también flexible e innovador y carente de regulaciones registrales e intervención de funcionarios que “empasten o ralenticen el sistema” con requerimientos distorsivos y carentes de justificación esencial y solo anclados en la concepción de un estado controlador de la actividad de los particulares (la “cosa privada”), como rector de la vida social.

9.- No puede negarse que el nuevo “Tsunami digital” en materia de derecho societario tiene un impacto central en el papel que deben desempeñar los Registros Públicos de Comercio. En efecto, la digitalización, con los fines apuntados, impone la necesidad de repensar la forma de actuación de dicho organismo y rever, ante esta nueva realidad, cual debe ser su función para poder coadyuvar a acompañar la marcha de un derecho proactivo para la creación y la consolidación empresarial que ayude a eliminar las trabas jurídicas que entorpecen la creación de empresas. Se impone entonces identificar cuáles son los obstáculos innecesarios que plantea el funcionamiento del organismo registral, para eliminarlos. La clave para el avance sería un derecho privado societario potenciador, combinado con un derecho público sin lentitud en el control administrativo impropio de la actividad y del ejercicio empresarial

10.- La idea precedente se asienta en el axioma anglosajón en la materia que predica una “smart-regulation” para una “smart-industry” que remite, a su vez, al concepto de “legislación inteligente”. Mas que nunca en materia societaria, por la implicación económico social que tiene la actuación de las sociedades comerciales, requiere de una normativa con la mayor calidad posible, que sanee una maraña normativa, a la que desafortunadamente estamos habituados y que obstan a los mejores resultado y maximización de beneficios del actuar empresarial.

11.- Bajo el marco que antecede, propugnamos que el Registro Público de Comercio sea repensado en su actuación y limitado a funciones acorde con la celeridad requerida por el nuevo derecho societario digital, el que abroga toda posibilidad de otorgar a dicha repartición un control de legalidad sustancial.

12.- En efecto, la simplificación que inspira a la solución digital, devuelve a los organismos de registración societaria a su objetivo originario: ser una institución de derecho mercantil en funcionamiento, bajo una plataforma digital, (i) que controle la legalidad formal de los actos o hechos jurídicos societarios, (ii) que los registre y (iii) que los publicite con la finalidad de que tales actos puedan surtir efectos contra terceros. Bajo tales términos, en forma concreta, la función del Registro Público de Comercio debe limitarse a:

(1) Publicidad de actos societarios

Este postulado convierte al organismo en una instancia pública para proporcionar la información pertinente al solicitante que la requiera

La publicidad referida es de dos tipos: (a) Formal: Esto significa que a través de este fundamento se garantiza que los asientos que se estampan en el registro son públicos, y que están disponibles para ser consultados por cualquier persona y (b) material: Esta se manifiesta bifurcadamente, en forma positiva o negativa. La positiva supone que todo derecho inscrito existe y es conocido por los terceros y, la negativa supone que la publicidad registral induce a pensar que los derechos no inscritos en el organismo no existen y, consecuentemente no afectan a terceros.

(2) Control de legalidad

Este postulado señala que sólo se inscribirán en el registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos por la ley. Como desenlace de ello, el registrador determina si un documento se registra o no, o sencillamente si la inscripción se suspende o se deniega.

(3) Función de legitimación

Éste consiste en que los asientos del registro se presumen exactos y veraces, y por ende, al titular registral que aparece en ellos se le considera legitimado para actuar en el tráfico jurídico y en el proceso como tal titular.

La legitimación es el reconocimiento hecho por la norma jurídica del poder de realizar un acto jurídico con eficacia. Así que, la legitimación surge por asiento o anotación en el registro, de modo que, si no se comprueba la incompatibilidad de lo inscrito frente a lo real, prevalece lo registrado. De aquí que lo inscrito sea eficaz y genere una presunción *juris tantum* de que el titular aparente deviene real; más si atañe a actos en los que se afecte el interés de un tercero, la presunción se convierte en *juris et de jure*, en beneficio de los adquirentes de buena fe, infiriéndose que el derecho inscrito existe y compete al titular registral.

13.- Las potestades descriptas precedentemente, otorga una *“función sustancial”* y de importancia vital al registro de comercio, pero ello en modo alguno significa que el registrador ejerza un *“control de legalidad sustancial”* que le permita determinar la procedencia o no de la registración los actos e instrumentos societarios (y/o de su validez administrativa) por no coincidir, dicho organismo, con la justicia de la composición de intereses que dicho acto documentado refleja o bien, por erigirse en un tutor del tráfico comercial y de los terceros, más allá de los que el ordenamiento societario, esencialmente, quiere y prevé.

14. El control de legalidad formal por parte del Registro Público de Comercio, es decir la verificación si el acto sujeto a registración cumple los requisitos formales y sustanciales que exigen la ley, es el único que satisface acabadamente el principio rector de toda entidad

registral: el Principio de especialidad. Este predica la necesidad de tener establecido sobre bases objetivas y claramente verificables, los bienes, actos o hechos objeto de inscripción, sus titulares, sus efectos y sus formas. Contrariamente a ello, el pretendido control de legalidad sustancial, viola dicho principio de especialidad, en cuanto nos coloca en el campo de la discrecionalidad administrativa, brumosa y proclive a reafirmar el poder del propio organismo, lo que los registradores cimientan erigiéndose en árbitros de situaciones no tasadas, que contribuyen a ralentizar los procesos registrales, perturbar intereses particulares, afectando el tráfico general en una magnitud que los funcionarios actuantes no llegan a comprender o, simplemente, no les importa.

15.- Bajo la inteligencia apuntada, transportando dicho concepto general a los hechos, concretamente propugnamos eliminar, de las funciones registrales que en general se les atribuye a los órganos de control y registración societaria, principalmente las siguientes:

(i) La realización indiscriminada de investigaciones e inspecciones a cuyo efecto podrá examinar los libros y documentos de las sociedades, pedir informes a sus autoridades, responsables, personal y a terceros. Esta facultad, que puede ser limitada a cuestiones de orden puro registral, en general supone una posibilidad abierta y discrecional que, en los hechos, y se utiliza como un medio para requerir información a los investigados, que los expone y les vulnera el derecho de defensa en juicio, ya que importa que deban anticipar argumentos y defensas que perderán toda virtualidad y los expondrá a perjuicios en caso de continuar la cuestión en sede judicial.

(ii) Declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o a los reglamentos. Esta facultad resulta el epitome de la arbitrariedad e inseguridad jurídica. La oscuridad de la norma no ha permitido a la doctrina saber a qué refiere tal facultad, cuáles son sus alcances y efectos. En los hechos supone una declaración de inoponibilidad del acto frente al registro el cual, salvo frente a dicho organismo, se mantiene válido frente a todo otro tercero. (un balance declarado irregular por el registro de comercio se mantiene válido frente a la autoridad impositiva, los bancos, los socios, los proveedores, pero increíblemente no ante el registro (¿?)). Además, la falta de claridad de los extremos de tal potestad ha llevado al hecho del que el registro – como se verifica en varios casos en la capital federal - haya declarado irregulares asambleas y estados contables de 3, 4 ,5 y hasta 7 años de antigüedad, que ya estaban inscritas en el propio registro y que no había sido impugnados por el organismo en el plazo de los previstos por el art 251 de LGS. Ello quita estabilidad registral a todo el mundo societario, cuyos miembros pueden sufrir impugnaciones de actos registrados hace años, resultado ello en daños y perjuicios incalculables derivado de esa situación.

(iii) Determinar la razonabilidad del capital social de las sociedades en función del objeto de cualquier otro parámetro ni realizar ello mismo con relación a los aumentos de capital. Esa facultad refiere al objetivo del registro de evitar la “infracapitalización” de inicio de los entes societarios, en caso de considerar, dicho organismo, que el capital fundacional resulta exiguo con relación a actividad prevista en el objeto social. Esa facultad resulta insostenible por los siguientes motivos: (a) La doctrina societaria reconoce cinco definiciones diferentes de lo que debe entenderse por infracapitalización. Ello, permite concluir que si a esta altura no se tiene claro en que consiste dicho instituto mal se puede, entonces, pretender su aplicación sobre bases objetivas. (b) Es un principio universal, en materia de estructura financiera de la empresa, el hecho de que no existe posibilidad d determinar qué tipo estructura corresponde a cada sociedad ya que depende de innumerables factores que

no resultan mensurables al momento del acto fundacional y (iii) Los estudios empíricos en la materia demuestran que las estructuras empresarias mayoritariamente actúan apalancadas con recursos de terceros. Ello, por un lado, por cuanto el capital propio es el más caro para el negocio por que la tasa de retorno que exigen los socios es mayor que la que consiguen en una inversión alternativa existente en el mercado y, por otro, la posibilidad de deducir los intereses del impuesto a las ganancias permite obtener mejores rindes bajo esa estructura financiera apalancada.

(iv) Establecer normas sobre contabilidad, valuación, inversiones, confección de estados contables y memorias y recaudos formales para el funcionamiento de los órganos de los sujetos fiscalizados Las normas contables ya han sido sancionados por los consejos de ciencia económicas, con validez general y por ella se rigen los auditores de las sociedades al elaborar los estados contables de ente y registrar las operaciones del mismo. Bajo es el marco, la facultad referida supone un superposición engorrosa e injustificada, con normativa rectora ya existente y de mayor jerarquía.

(vi) Registración de estados contables como requisito de regularidad y/u oponibilidad de los mismos. Debe quedar claro que los estados contables no se registran en el ente de control, por cuanto el balance no es un acto jurídico sino un hecho jurídico representado documentalmente. El Registro solo puede tomar razón de este a los fines de la publicidad a terceros.

14.- Cada una de las facultades referidas, son obstativas al desarrollo del mundo empresarial, y solo importan una expresión de intervencionismo estatal desmedido y ajeno a la comprensión de la realidad societaria existente.

15. La transformación digital supone la existencia de un registro mercantil adaptado al operador digital, de manera de evitar una situación que es recurrente en épocas de cambios sustanciales en la realidad socioeconómica: inadecuación de las normas existentes, gran número de lagunas, proliferación de relaciones atípicas frente a los tipos normativos y todo ello con los consiguientes problemas de aplicación normativa.

16. Así las cosas, este nuevo contexto tecnológico exige un registro de comercio, puntual y profesional en el ejercicio de facultades registrales determinadas en forma precisa, sólo limitadas al control de legalidad formal de los actos registrables y a su publicidad. Bajo es marco, se debe evitar otorgar a dicho ente facultades de amplia discrecionalidad ancladas en criterios políticos, ideológicos y que, erróneamente, se encuentren por encima de las capacidades de las estructuras y funcionarios del ente de control quienes, las veces, con su intervención, distorsionan la marcha del mundo societario en desmedro de la capitalización de la economía nacional.

17. El registrador no puede, en modo alguno, erigirse en el centinela que abre o cierra, sobre la base de parámetros abiertos e indeterminados, el acceso al mercado de las sociedades comerciales.

LA LEX CRIPTOGRAPHICAE I - LAS NUEVAS ORGANIZACIONES DE EMPRESAS. LOS MODELOS DESCENTRALIZADOS

Ariel G. Dasso

I. La insurrección digital.

La Declaración de independencia del Ciberespacio: “Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla¹. Así se dirigió al mundo John Perry Barlow, poeta, político empresario y activista norteamericano en la reunión del foro de Davos, Suiza en 1996.

¹ Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos. No hemos elegido ningún gobierno, ni pretendemos tenerlo, así que me dirijo a vosotros sin más autoridad que aquella con la que la libertad siempre habla. Declaró el espacio social global que estamos construyendo independientemente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos. No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos tener verdaderamente. Los gobiernos derivan sus justos poderes del consentimiento de los que son gobernados. No habéis pedido ni recibido el nuestro. No os hemos invitado. No nos conocéis, ni conocéis nuestro mundo. El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis. Es un acto natural que crece de vuestras acciones colectivas. No os habéis unido a nuestra gran conversación colectiva, ni creasteis la riqueza de nuestros mercados. No conocéis nuestra cultura, nuestra ética, o los códigos no escritos que ya proporcionan a nuestra sociedad más orden que el que podría obtenerse por cualquiera de vuestras imposiciones. Proclamáis que hay problemas entre nosotros que necesitáis resolver. Usáis esto como una excusa para invadir nuestros límites. Muchos de estos problemas no existen. Donde haya verdaderos conflictos, donde haya errores, los identificaremos y resolveremos por nuestros propios medios. Estamos creando nuestro propio Contrato Social. Esta autoridad se creará según las condiciones de nuestro mundo, no del vuestro. Nuestro mundo es diferente. El Ciberespacio está formado por transacciones, relaciones, y pensamiento en sí mismo, que se extiende como una quieta ola en la telaraña de nuestras comunicaciones. Nuestro mundo está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos. Estamos creando un mundo en el que todos pueden entrar, sin privilegios o prejuicios debidos a la raza, el poder económico, la fuerza militar, o el lugar de nacimiento. Estamos creando un mundo donde cualquiera, en cualquier sitio, puede expresar sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o al conformismo. Vuestros conceptos legales sobre propiedad, expresión, identidad, movimiento y contexto no se aplican a nosotros. Se basan en la materia. Aquí no hay materia. Nuestras identidades no tienen cuerpo, así que, a diferencia de vosotros, no podemos obtener orden por coacción física. Creemos que nuestra autoridad emanará de la moral, de un progresista interés propio, y del bien común. Nuestras identidades pueden distribuirse a través de muchas jurisdicciones. La única ley que todas nuestras culturas reconocerían es la Regla Dorada. Esperamos poder construir nuestras soluciones particulares sobre esa base. Pero no podemos aceptar las soluciones que estáis tratando de imponer. En Estados Unidos hoy habéis creado una ley, el Acta de Reforma de las Telecomunicaciones, que repudia vuestra propia Constitución e insulta los sueños de Jefferson, Washington, Mill, Madison, DeToqueville y Brandeis. Estos sueños deben renacer ahora en nosotros. Os atemorizan vuestros propios hijos, ya que ellos son nativos en un mundo donde vosotros siempre seréis inmigrantes. Como los teméis, encomendáis a vuestra burocracia las responsabilidades paternales a las que cobardemente no podéis enfrentaros. En nuestro mundo, todos los sentimientos y expresiones de humanidad, de las más viles a las más angelicales, son parte de un todo único, la conversación global de bits. No podemos separar el aire que asfixia de aquel sobre el que las alas batan. En China, Alemania, Francia, Rusia, Singapur, Italia y los Estados Unidos estáis intentando rechazar el virus de la libertad erigiendo puestos de guardia en las fronteras del Ciberespacio. Puede que impidan el contagio durante un pequeño tiempo, pero no funcionarán en un mundo que pronto será cubierto por los medios que transmiten bits. Vuestras cada vez más obsoletas industrias de la información se perpetuarán a sí mismas proponiendo leyes, en América y en cualquier parte, que reclamen su posesión de la palabra por todo el mundo. Estas leyes declararían que las ideas son otro producto industrial, menos noble que el hierro oxidado. En nuestro mundo, sea lo que sea lo que la mente humana pueda crear puede ser reproducido y distribuido infinitamente sin ningún coste. El trasvase global de pensamiento ya no necesita ser realizado por vuestras fábricas. Estas medidas cada vez más hostiles y colonialistas nos colocan en la misma situación en la que estuvieron aquellos amantes de la libertad y la autodeterminación que tuvieron que luchar contra la autoridad de un poder lejano e ignorante. Debemos declarar nuestros “yo” virtuales inmunes a vuestra soberanía, aunque continuemos consintiendo vuestro poder sobre nuestros cuerpos. Nos extenderemos a través del planeta para que nadie pueda encarcelar nuestros pensamientos. Crearemos una civilización de la Mente en el Ciberespacio. Que sea más humana y hermosa que el mundo que vuestros gobiernos han creado antes. Davos, Suiza a 8 de febrero de 1996 Autor: John Perry Barlow

Muchas cosas han pasado desde entonces.

II. "The Game" una mirada sociocultural de Alessandro Baricco .

El intelectual italiano hace en su último ensayo, un análisis muy profundo, desde lo humano del fenómeno Web 3.

He aquí algunas de sus ideas fuerza básicas:

ha sido un movimiento casi instintivo.

No tenía ideología.

se trata de una suma de soluciones prácticas,

Se trata de no repetir la tragedia del s XX. Tres guerras, dos holocaustos raciales. Millones de muertos

Castiga fundamentalmente dos objetivos: la inmovilidad y el predominio de las élites

Descomposición del poder, distribuyéndolo.

No asaltan el poder, sino que construyeron túneles alrededor de su castillo, sabiendo que tarde o temprano colapsarían

YA están colapsando

NO tiene una Constitución escrita

Contraindicaciones: es difícil: abierto, multiforme, nunca se apaga, se aprende jugando

Buscando distribuir poder ha logrado igual concentrarlo, en muchos casos.

A pesar de su potencia, aún ha dejado intacto el esqueleto del mundo: Estado, Escuela, Iglesias.

Reconociendo ser parte del problema.

En los últimos años nos hemos estancado en cuanto al progreso de las instituciones societarias.

Hemos pasado muchos años discutiendo acerca de cuestiones "fundacionales", en dispendio inútil que después de 20 años terminó incorporando la unipersonalidad societaria, en forma tardía y además fallida. No hemos comprendido la necesidad de adaptar nuestra figuras societarias

a nuestra realidad económica, en la cual el pulmón y el corazón de la actividad se instala en la pequeña y mediana empresa, y dentro de ellas, como un vector fundamental, la empresa familiar, por su anclaje en la comunidad y en la sociedad. El tema "candente" hoy es si las SAS son ángeles o demonios. Al punto tal que tenemos hoy desde lo práctico, dos países. Un país que rechaza la inscripción de la SAS y otro país que las abraza calurosamente. Un verdadero despropósito.

Discutimos todavía hoy en la Argentina la necesidad del capital mínimo, de objetos preciosos o amplios. Éstos son síntomas de la verdadera enfermedad que es que nuestros legisladores, representantes y reguladores tienen una agenda de trabajo completamente divorciada de la realidad. En parte estamos siendo corresponsables de este atraso. Porque durante muchos años, solamente hemos discutido entre nosotros. No nos sentamos a conversar en estos ámbitos con los usuarios. Con los empresarios. Con los que realmente inventan, generan los negocios, producen la riqueza, aportan valor agregado, generan trabajo, arriesgan su tiempo sus ideas y su patrimonio.

Pero lo que ocurre es que, al costado, por encima, por debajo, la gente, el mercado, los emprendedores, los que compran, los que venden, los que diseñan, los que dibujan, los que cantan, los que escriben, no nos esperaron más. Y de la mano de la tecnología, en una impronta que no es jurídica sino de evolución social y cultural, se dieron cuenta que podían ir eliminando a estos intermediarios que bloquean su progreso.

La desaparición de los intermediarios.

Por vía de esta revolución cultural que es el Internet de las cosas (IoT), los individuos han

logrado internalizar que tienen derecho, pero sobre todo tienen el poder, la capacidad y (ahora) las herramientas de lograr sus objetivos, organizarse, decidir, y ejecutar negocios sin la necesidad de intermediarios tales como el Estado, la moneda, los abogados, los jueces. Como los llama Alessandro Baricco, los “sumos sacerdotes” del saber.

Es decir, toda la infraestructura de administración que se interpone teóricamente como una herramienta para lograr los objetivos individuales y comunes de una sociedad o una comunidad dada, y que en realidad no lo logran.

Lo que se produce entonces es una reacción contra la llamada “*underperformance*”.

El Underperform

Es la constatación por parte de los ciudadanos de que esa infraestructura o superestructura, así plantada sobre la sociedad, no satisface las necesidades que pretende cumplir. La desilusión causada por la incapacidad de estos esquemas para producir el resultado buscado hace que el interesado vaya por otro lado y, como el mar, como el agua va encontrando los intersticios a través de los cuales rodear estos obstáculos, pasarlos por encima. Ya ni siquiera se ocupa de enfrentarlos y destruirlos a la manera de una revolución, violenta. No. Lo que está haciendo está marea humana es imitar nada más y nada menos que la naturaleza.

¿Quiénes son los “Under Performers” que han desilusionado a la sociedad en su búsqueda y anhelo de vivir en un mundo mejor? La insurrección apunta a los estados, los gobiernos, los bancos, los organismos de recaudación, las grandes empresas. Cada uno ha traicionado los más altos intereses de la colectividad moderna. Llenándonos con impuestos que no se traducen en mejoras para la sociedad, generando castas de dirección política que no se relacionan con la necesidad las personas, instituciones de crédito que no dan dinero a quien lo necesita sino a quien le sobra, y, además, particularmente en Latinoamérica, han sido, en los últimos veinte años, son las son las únicas Empresas rentables en un escenario económicamente denigrado.

El resultado es entonces un modelo de hacer negocios que va a intentar prescindir de todos estos intermediarios del Estado, de sus organismos de control en lo posible, del fisco, de la burocracia sindical, de una moneda que se deprecia instantáneamente desde hace 70 años en este país, de los bancos, de las entidades financieras tradicionales.

La base tecnológica de este salto es la “cadena de bloques” (*Blochchain*) que es una serie de bloques de datos, cada uno de ellos contiene información acerca de eventos que han ocurrido recientemente y que pueden ser de la más variada índole, desde una compraventa de productos pasando por transferencia de la propiedad, registros, cobros de regalías por cualquier concepto. Cada bloque está criptográficamente vinculado al bloque anterior y además está encriptado lo que garantiza su inalterabilidad y trazabilidad. Nadie lo puede cambiar y por otra parte sabemos de dónde viene y adónde va. Y es una prueba criptográfica que garantiza que esa información es veraz. Los bloques se transmiten a todas las computadoras de la Red y entonces los *nodos* de la Red (o sea los centros computacionales de la Red) comprueban, a través de otro procedimiento que ya está pre pactado, la validez de cada bloque. Una vez validado, lo incorporan a la cadena de la cual ya no puede ser removidos.

El resultado es una base de datos que le da anonimidad a los usuarios, dentro de la cadena de bloques, toda la lista transacciones está disponible y es pública y cualquier persona con Internet puede ver todo el historial de transacciones. Por un lado, se garantiza la confidencialidad de la operación y por otro, la precisión confiable en cuanto a la corrección del registro. Es un sistema abierto, por ello cualquier persona puede participar editando una parte de la cadena de bloques y es autónomo porque no depende de ninguna autoridad central

que mantenga su integridad. Este es uno de los atributos: la descentralización, que busca ser resaltado para algunos de los sectores que sostienen esta manera de hacer negocios.

Esa tecnología tenido tres estadios: el primer capítulo que podríamos llamar "Blockchain 1.0" en el que el sistema está exclusivamente vinculado a las criptomonedas, al minado, a la transferencia de monedas como Bitcoin, a nuevas formas de envío de dinero y como sistema digital de pagos.

El capítulo dos o "Blockchain 2.0", es donde empieza utilizarse como variante de los contratos en relación con variados objetos: acciones, bonos, préstamos, contratos de futuros, hipotecas y en general toda clase de *Smartcontracts* y *Smart property*.

En primera instancia aparecen los contratos tipo DO (Decentralized Organizations), luego aparecen las DAO (Decentralized Autonomous organizations) que ya cuentan con especie constitución que codifica sus reglas para que todos los interesados puedan verlas y aceptarlas, incluyendo la DAS que son DO bajo una forma particular de estructura legal y en tercera última instancia aparecen las DACs que combinan todas las anteriores.

El tercer capítulo "Blockchain 3.0" es la evolución en la que el sistema exporta sus bondades a otros sectores no tan vinculados a los servicios financieros, a saber, el gobierno, la cultura y el arte, la salud, la ciencia y la literatura.

Los estadios de la Web

Esta tecnología tenido tres estadios :

1.- el primer capítulo que podríamos llamar Blockchain 1.0 en donde el sistema está exclusivamente vinculado a las Criptomonedas, al minado, a la transferencia de Bitcoin a nuevas formas de envío de dinero y como sistema digital de pagos.

2.- El capítulo dos o Blockchain 2.0 allí es donde empieza utilizarse como una variante de los contratos en relación con variados objetos: acciones, bonos, préstamos, contratos de futuros, hipotecas y en general toda clase de *Smartcontracts* y *Smart Property* en primera instancia aparecen los contratos tipo DO.

Luego aparecen las DAOS que ya cuentan con especie constitución que codifican sus reglas para que todos los interesados puedan verlas y aceptar. Incluyendo la DAC que sean bajo una forma particular de estructura legal y en tercera última instancia aparecen las DACS que combinan todas las anteriores.

3.- El tercer capítulo Blockchain 3.0 es la evolución en donde el sistema exporta sus bondades a otros sectores no tan vinculados a los servicios financieros: el gobierno, la cultura y el arte, la salud, la ciencia y la literatura.

Y qué pasó con el financiamiento.

Siguiendo a Sebastián Heredia Querro, en su manual de Smart contracts, la encuesta anual de Aaron Wright se señaló que en el 2019 el 53% de los ejecutivos encuestados confirmó que Blockchain se había convertido una prioridad en sus organizaciones.

Los países pioneros en la materia o que lleva la delantera son China, Singapur, Israel.

De estos productos el 75% de estas nuevas sociedades o startups se enfoca en el sector de las finanzas y los seguros, información y comunicación. Y de estas, la mayoría ofreció un servicio de Exchange, Trading, procesamiento de pagos, pagos y Crowdfunding.

¿Se puede hablar de la naturaleza jurídica de los contratos inteligentes?

Existen varias posturas señaladas por el profesor Heredia Querro:

Un Fideicomiso

Para algunos es un fideicomiso (Samuel Burque y Sara Fumilmsu) en el cual el Smartcontract sería el fiduciario y las partes que los programan serían los fiduciantes y beneficiarios o fideicomisarios.

El código programado sería la manda y el activo fiduciaros serán los bienes que el Smart contract controla. En nuestro derecho destacamos que para admitir un fideicomiso estas características el fiduciario tiene que ser una persona humana o jurídica. Fíjense que violento cambio de paradigma tendríamos en este sentido.

Un mandato

Para otros el contrato inteligente es un representante de las partes. Esta es la postura que considera que el contrato podría ser programado para celebrar otros contratos y por lo tanto considerarlo un representante convencional o de las partes, por cual volvemos a caer el mismo problema anterior: que para nuestra legislación un representante tiene que ser una persona humana o una persona jurídica.

Beneficios

Sin embargo hay autores citados por Heredia que dicen que los consumidores y los prosumidores con más razón podrían beneficiarse de contratos inteligentes que los representen, porque podrían ayudar estos agentes automáticos en restaurar el poder de negociación que tienen los consumidores a través de la búsqueda y conclusión de contratos en línea a favor de ellos sin tener que descansar en intermediarios de *e-commerce*; que tienen sus propios términos estandarizados o revelar la identidad del consumidor más allá de su capacidad para pagar por la transacción. Incluso la American Bar Association ha expresado que la tecnología de los contratos inteligentes tiene el potencial de ser utilizado en la creación de Trusts o sea fideicomisos de administración de patrimonios.

Polifuncionalidad. NO es sólo “moneda”.

Es parte de la naturaleza de la Web 3 que su capacidad no sea solo crear dinero digital por fuera de un Banco Central, sino también crear organizaciones digitales, en la cuales se toman decisiones. Con votaciones, sujetas a cualquier formato o tipo de regla... no hay muchas democracias, el protocolo “*Proof of Humanity*”, es la excepción.²

Es el modo en que las comunidades deciden gobernarse a si misma e incluso administrar fondos públicos.

Que pueden ser cripto moneda u otro tipo de activos como canales de chat. O diferentes recursos en los cuales se comunica o publica la creación.

Hay, igualmente, liderazgos en las DAOS.

Animarse a entender cómo se transforma la comunidad y esas son los desafíos de la web 3 que es animarse a soñar una nueva forma de institución que viva por fuera de todas las fronteras nacionales, accesible para cualquiera que tenga una conexión a Internet, resistente a todo tipo de censura y que a la larga debería ser más representativo y legítimo de las necesidades de la humanidad que los poderes de turno.

² <https://www.prooffhumanity.id>

LEX CRIPTOGRAPHICAE II - ORGANIZACIONES DESCENTRALIZADAS

Ariel G. Dasso

SUMARIO

La insurrección digital se ha alzado frente al concepto clásico de organización empresaria, ya hay sociedades sin estatutos, ya hay sociedades sin capital, que hay sociedades sin órganos, que hay sociedad sin directorio y sin presidente y sobre todo que hay sociedades sin domicilio ni jurisdicción.

Del estancamiento a la reacción

En los últimos años nos hemos estancado en cuanto al progreso de las instituciones societarias. No hemos comprendido la necesidad de adaptar el sistema societario a la realidad económica nacional e internacional.

En ella, el pulmón y el corazón de la columna productiva del país se instala en la pequeña y mediana empresa, y dentro de ellas, como un vector fundamental, la empresa familiar, por su anclaje en la comunidad y en la sociedad.

Detrás nuestro, al costado, por encima o por debajo, la gente, el mercado, los emprendedores, los que compran, los que venden, los que diseñan, los que dibujan, los que cantan, los que escriben, no esperaron más. Y de la mano de la tecnología, en una impronta que no es jurídica sino de evolución social y cultural, se dieron cuenta que podían ir eliminando a todo intermediario que bloquee su progreso. Y ya no reclaman nuevas reglas. Las están creando.

Y, sin embargo, a pesar de esto, el impulso que se inició no cesa: Alessandro Baricco, un intelectual italiano contemporáneo,¹ ha ido retratando este movimiento sociocultural que describe esta nueva manera de relación.

Por vía de esta revolución cultural que es el Internet de las cosas, los individuos han asumido que tienen derecho, pero, sobre todo, que tienen el poder, la capacidad y ahora, las herramientas suficientes para lograr sus objetivos: organizarse, decidir, y ejecutar negocios sin la necesidad de intermediarios tales como el Estado, la moneda, los bancos, los abogados, los jueces, los sumos sacerdotes del saber. Es una reacción contra la llamada “*Underperformance*” de los tótems sagrados de la civilización que vio nacer a esta generación: el capitalismo, el socialismo y el marxismo del S. XX, por partidos políticos, los sindicatos, las iglesias, las religiones establecidas, las grandes líneas de pensamiento “analógicas”. Pero se trata de un movimiento que no confronta de manera violenta. Como el mar, como el agua va encontrando los intersticios a través de los cuales rodear estos obstáculos, pasando por el costado de sus muros socavándolos. Sabe que se desmoronarán: ya se están desmoronando². Lo que está haciendo está marea humana es imitar nada más y nada menos que la naturaleza.

Los nuevos fenómenos de organización empresarial.

Organizaciones sin estatutos, tal como los conocíamos, sin directorios y sin presidente, sin

¹ “Los Barbaros”, “Lo que veníamos buscando”, “The Game”, “una cierta idea del mundo”.

² Baricco, Alessandro: The Game, 2021.

domicilio ni jurisdicción.

Organizaciones en las que los socios no se conocen entre sí, que nunca se han visto, y probablemente nunca se vean en persona y que, sin embargo, gestionan directamente sus decisiones sociales e individuales sin intermediación ninguna. En las cuales podríamos cuestionar si existe o no personalidad jurídica y si ésta "ficción" legal les es aplicable, o directamente si resultase de alguna utilidad.

Estos nuevos objetos de deseo tienen por ahora objetivos limitados que van de la mano con la necesidad de una prolija y quizás progresiva educación del público, para lograr los niveles de adopción que una escala mundial requiera.

Pero la progresión de adaptabilidad de estos sistemas crece geométricamente a pesar de que alguna de sus variables, (más por una cuestión de percepción de la opinión pública, que por otra parte no es por ahora sujeto de estas organizaciones, sino en forma muy marginal) sean extremadamente volátiles.³

Porque esto también es algo sobre lo cual hay que llamarla atención. No se trata de un negocio puramente monetario, sino que es en realidad una herramienta que atraviesa toda la vida económica social y cultural de la sociedad moderna. Una industria con un nivel de valor agregado fenomenal, particularmente, en capital intelectual, con una capacidad de desarrollo multiplicador infinito.

Las Aplicaciones Descentralizadas como Organización.

Las Aplicaciones descentralizadas (Dapp), tal como las enseña Buterin, son similares a un contrato inteligente, pero diferentes en dos sentidos: en primer lugar, una App descentralizadas (Dapp) tiene un número limitado de participantes, en ambos lados de la operación. En otro sentido, además, una Dapp no tiene por qué ser necesariamente una aplicación dedicada a la actividad financiera.

A su vez, las Dapp se dividen en dos clases, aunque admiten una zona intermedia o de transición entre ambas: la primera es una Dapp totalmente anónima: en ella no tiene relevancia quienes son los nodos (es decir quiénes son los dueños o los operadores de los centros computacionales que integran la red). Cada participante es esencialmente anónimo y el sistema se compone de una serie de interacciones instantáneas.

La otra clase de Dapp, son aquéllas que se dicen están basadas en la reputación. En éstas el sistema realiza un seguimiento de los nodos, los cuales se mantienen en la red con un mecanismo que se mantiene solamente con el propósito de generar confianza.

Estas empresas así organizadas pueden llegar a constituir una persona jurídica digital, con fines de lucro, a diferencia de las Organizaciones descentralizadas (DO) que son empresas sin fines de lucro. Su creador Vitaly Buterin señala que el énfasis en los dividendos puede complicar definir situaciones en las que los partícipes reciben Tokens (fichas) como dividendos y esos tokens a su vez pueden ser permisos de uso de ciertos activos digitales que integran el activo de la DO o de la DAC (Decentralized Autonomous corporations), o pueden ser monedas propias emitidas por la DO o pueden ser otras Criptomonedas adquiridas en contraprestación por los bienes y servicios producidos por la DO o podrían ser convertidas moneda *fiat* de curso legal convencional emitida por un estado.

³ La volatilidad del valor de las diferentes Cripto monedas y Stable coins está siendo puesta a prueba en estos días de mercados bajistas ("bear" market) justo es decir que dicha tendencia no se limita a los activos digitales sino a todo el mercado bursátil y cambiario mundial. Es importante, de todos modos, destacar, que el "precio" de un criptoactivo/moneda/token no es igual a su valor.

Bitcoin (el protocolo, no la moneda), ya es una sociedad digital, porque tiene un código que corre en los nodos de la Red. Cualquiera que tenga un Bitcoin funciona a la manera de un accionista o Stakeholder. Los dividendos se distribuyen proporcionalmente a los mineros. El protocolo tiene un sistema de gobierno corporativo *Unchained* que es el protocolo de prueba de trabajo (*Proof of Work* o *PoW*), por el cual los partícipes o mineros pueden votar en la medida que contribuyan al mantenimiento de la Red. Incluso podrían votar en contra de una decisión determinada y dividir la cadena, lo que sería equivalente una especie de derecho de receso.

Existen muchos grupos de interés que están promoviendo la tecnología Blockchain o sus aplicaciones como el caso de Alastria en España, una asociación sin fines de lucro que fomenta la economía digital a través de desarrollo de soluciones descentralizadas y de *Blockchain*. Existe entre medio lo que Buterin denomina una “zona gris”. Estas son distintas de las Dapp tradicionales, porque crean “ecosistemas”, es decir toda una serie de derivados basados en ellas. Y generan un concepto de propiedad virtual que tiene un valor dentro del contexto de ese ecosistema, como las monedas nativas que crean.

En definitiva, las organizaciones humanas no dejan de ser una combinación de dos cosas: un conjunto de propiedades y un protocolo para un conjunto de individuos. Ellos pueden darse condiciones para diferenciarse en clases, con diferentes condiciones para entrar y salir, para interactuar entre ellos, e incluso fijar las reglas sobre cuales circunstancias pueden usar o no ciertas partes de las propiedades.

En este tipo de organizaciones podrías incluir a la vez inversionistas, empleados y clientes.⁴ La idea de la DO está basada en ese mismo concepto. Arma o concibe una organización y la descentraliza, optando por creas en vez de una estructura jerárquica, administrada por un conjunto de personas humanas, que toman derechos y obligaciones entre sí para interactuar, y controlar la propiedad de los activos a través de un sistema legal, la descentralización provoca que el conjunto de humanos interactúan entre sí en base a un protocolo (una serie de reglas) que se entra especificado en el código informático (el software que “es” el contrato inteligente) y que se aplica en la cadena de bloques.

De modo que la DO puede hacer uso o no del sistema legal o no, para garantizar cierta protección de su propiedad física. De todos modos, en este estadio, su uso es secundario. La corporación que es propiedad de los accionistas podrías ser trasplantada íntegramente en la cadena de bloque, y cada transacción de ese contrato de larga duración mantiene el registro de las tenencias de cada individuo. Y el proceso de toma de decisiones, votando en Blockchain, permite a los accionistas selección las posiciones de la Junta directiva. Asimismo, los sistema de propiedad inteligentes también se pueden sumar, dándole la posibilidad a los DO controlar esos activos, como edificios, vehículos y cajas de seguridad.

⁴ Buterin, Vilaty, op. cit.” La corporación tiene tres clases de miembros: inversionistas, empleados y clientes. La regla de membresía para los inversores es la de una porción de propiedad virtual de tamaño fijo (u opcionalmente tamaño ajustable en quórum); usted compra alguna propiedad virtual para entrar, y se convierte en un inversionista hasta que vende sus acciones. Los empleados deben ser contratados por inversores u otros empleados específicamente autorizados por los inversores (u otros empleados autorizados por otros empleados autorizados por los inversores, y así sucesivamente de forma recursiva) para participar, y también pueden ser despedidos de la misma manera, y los clientes son un sistema de membresía abierta donde cualquiera puede interactuar libremente con la tienda de la manera obviamente sancionada oficialmente para cualquier momento. Los proveedores, en este modelo, son equivalentes a los empleados. Una organización benéfica sin fines de lucro tiene una estructura algo diferente, que involucra a donantes y miembros (los beneficiarios de la caridad pueden o no ser considerados miembros; la visión alternativa ve los incrementos positivos en el bienestar de los destinatarios como el “producto” de la organización benéfica).

Las organizaciones Autónomas Descentralizadas (DAO o Decentralized Autonomous organization)

Es una entidad que vive en internet, y existe de forma autónoma.

Pero también depende en gran medida de la contratación de personas humanas que el autómata en sí no puede realizar.

Una DAO, a diferencia de la Dapp tiene un Capital interno. El decir, algún tipo de propiedad, valiosa de alguna manera, y a través de sus estructuras, tiene la capacidad de usar esa propiedad para recompensar ciertas actividades, a la manera de un incentivo.

Ya desde su denominación inferimos que la diferencia obvia entre las DO y las DAO es que, en una DO, los humanos son los que toman las decisiones, y una DAO es algo que, de alguna manera, toma decisiones por sí misma.

¿Dónde reside el control de estas Organizaciones? Realmente, como dice Buterin, no existe una real diferencia entre un conjunto de actores que tomen decisiones directamente y un conjunto de actores que controlas toda la información a través de las cuales se toman esas decisiones. En este sentido tanto la DO como la DAO son vulnerables a estos abusos de control, llamados “ataques de colusión”, donde una sindicación de voluntades tornaría ilusoria la alegada Descentralización.

Lo que pasa es que, en el caso de la DAO, una situación como la expuesta, es tratada como un error. Pasado a la idea analógica: estaría prohibido. Es decir, el propio contrato inteligente reacciona a estos ataques, impidiéndolos.

La posibilidad de usar contratos inteligentes abre la capacidad de actuar autónomamente entre ellos formando organizaciones autónomas descentralizadas.

Las primeras definiciones fueron del año 2014 en un artículo de Vitalik Buterin, citado por Sebastián Heredia Querro cuando, explicando una “**Guía Terminológica Incompleta**”, enseñaba que una aplicación descentralizada (**Dapp**) era

- una variante del contrato inteligente
- que involucra un mecanismo relacionando activos digitales.
- Y dos o más partes donde alguna de ellas o todas las partes afectan activos digitales
- los que son automáticamente distribuidos entre las partes, de acuerdo una fórmula que está basada en ciertos datos que, al momento de iniciar el contrato no son conocidos

Se trata de un contrato inteligente en el que puede haber un número ilimitado de participantes de cada lado del contrato y no tiene que estar necesariamente atado a transacciones financieras. Algunas de ellas son totalmente anónimas y otras se basan en la reputación, es decir algunos nodos siguen a otros, en base a la confianza que los anteriores ya han obtenido y las organizaciones de centralizadas son aquellas en las que los humanos participan de acuerdo a un protocolo programado, como si fuera un estatuto social digitalizado de una sociedad anónima o una asociación civil. con la particularidad que dicho protocolo es aplicado a rajatabla por la Blockchain. Porque no lo analiza, simplemente lo aplica. Las organizaciones descentralizadas DAO y DAC son entidades que viven en Internet, son autónomas y pueden contratar a personas para que realicen las tareas que ellas no pueden.

Las corporaciones Autónomas Descentralizadas (DACs):

Son un subgénero de las DAO, cuya característica distintiva es que paga dividendos. Es decir que dentro de ellas hay acciones que se pueden adquirir y negociar de alguna manera y que otorgan a sus titulares a una retribución basadas en las ganancias de la DAC.

En cambio una DAO es inicialmente, al menos, una organización sin fines de lucro. Aun ganando dinero en la DAO, su fin es reinvertirlo en el ecosistema por ella creado, a la manera que una AC reinvierte las utilidades generadas por alguna actividad propia (por ejemplo la gestión de equipos deportivos profesionales), en la propia entidad, sin nunca distribuir dividendos a sus miembros. Buterin admite que de todos modos, y a esta altura la distinción es, al menos, turbia, en la medida que la DAO tiene un capital interno, y en la medida que se vuelva más poderoso, gran parte de las DAO serán similares a las DACS.

Por ello, la distinción se basa en dónde se pone el énfasis en cada caso: son los dividendos el punto principal de la organización?

En qué medida el concepto de “acción”, como título de participación económico y político puede oponerse a la propiedad virtual o diferenciarse de él? El propio Buterin admite que es trata de un *work in progress* y que aún hay muchas cosas por definirse.⁵

Vienen a Ser los espejos en Blockchain de una fundación o una asociación civil sin fines de lucro, aunque tienen un capital digital y pueden en ciertos casos, y conforme a su código) disponer de ese capital (generalmente para retribuir o premiar alguna conducta) en el caso de las organizaciones descentralizadas (DO) tiene un capital gestado por humanos ,que son los en realidad, quienes toman las decisiones, mientras que el capital de la DAO es gestionado por el programa de manera autónoma.

Una organización descentralizada y autónoma está diseñada para correr en forma anónima en una Blockchain y solamente está controlada por un código sin la participación de ningún involucramiento humano.

Como lidiar con estas novedades?

La humanidad siempre se ha basado en su ingenio para organizar agrupaciones humanas que, con la ayuda de técnicas asociativas, fueron evolucionado hasta conformar patrimonios auto gestantes, separados y diversos, además, de los sujetos que originariamente han acudido a su formación. De los tiempos babilónicos y luego griegos y los romanos, profundizaron y perfeccionaron el modo en que ha llegado con él en algunos ajustes bárbaros como dice Heredia Querro hasta el siglo XIII y ya en el siglo XV se están las primeras compañías que son el antecedente de las sociedades comerciales.

Ahora llegado el momento como sugiere este autor, citando a Bayern, en que debemos ampliar la ficción de la personalidad jurídica para incluir a las organizaciones descentralizadas, entidades desprovistas de personas humanas.

Lo que afirman estos autores no es que sea conveniente, sino que ya ha ocurrido y se preguntan qué tiene de malo que exista una entidad autónoma que persiga su propio fin sin rendir cuentas a nadie.

⁵ Buterin, op cit. “Las definiciones anteriores aún no están cerca de completarse; es probable que haya áreas grises y agujeros en ellas, y exactamente qué tipo de automatización debe tener un DO antes de que se convierta en un DAO es una pregunta muy difícil de responder. Además, también está la cuestión de cómo se deben construir todas estas cosas. Una IA, por ejemplo, probablemente debería existir como una red de servidores privados, cada uno ejecutando a menudo código local propietario, mientras que un DO debe ser totalmente de código abierto y basado en blockchain. Entre esos dos extremos, hay un gran número de paradigmas diferentes a seguir. ¿Cuánta de la inteligencia debe estar en el código central? ¿Deberían usarse algoritmos genéticos para actualizar el código, o debería ser autarquía o algún mecanismo de votación o investigación basado en individuos? ¿Debería la membresía ser de estilo corporativo, con acciones vendibles y transferibles, o estilo sin fines de lucro, donde los miembros pueden votar a otros miembros dentro y fuera? ¿Deberían las cadenas de bloques ser una prueba de trabajo, una prueba de participación o una reputación? ¿Deberían los DAO tratar de mantener saldos en otras monedas, o solo deberían recompensar el comportamiento emitiendo su propio token interno? Todos estos son problemas difíciles y apenas hemos comenzado a rascar la superficie de ellos.”

Naturaleza jurídica de estas organizaciones.

El derecho anglosajón las ha tratado como una “**general partnership**” o sociedad por partes interés en el derecho norteamericano, por entender que la participación de los socios encuadra dentro de la definición federal de título valor o “Security”, conclusión que también es la que sostiene la SEC, al analizar la plataforma del caso de dado citando el precedente *Howey*.

Sin querer cristalizar ahora una opinión definitiva, porque esta herramienta evoluciona a una velocidad realmente sorprendente, para algunos autores, como Metajic, el diseño de la organización descentralizada autónoma entraría dentro de la *general partnership* o de *joint venture*, que para el derecho norteamericano es una asociación general con objeto específico. La ley del Estado de Delaware define el *joint venture* como

- un contrato en el cual se reconocen ciertos elementos:
 - 1 debe existir una comunidad de intereses en el resultado de un negocio común;
 - 2 debe haber control común de la empresa;
 - 3 debe existir un derecho de propiedad compartido en relación al objeto o resultado de la empresa común y
 - 4 debe existir un interés compartido en repartir las ganancias y soportar las pérdidas.
- Por otra parte los Tokens o fichas emitidos por esta organización descentralizada serían en el futuro Securities o sea títulos valores acciones cotizantes según la legislación Federal de los Estados Unidos porque para ellos sería un contrato de inversión.

Para Heredia Querro esta opinión no necesariamente es valiosa ya que no existiría en el caso que tratamos la figura del promotor no existe un tercero que realice o brinde esfuerzos de administración para extraer una rentabilidad repartible y, de hecho los propios tenedores los Tokens eran quienes votaban dónde invertir el activo digital en esa empresa,

La LAO. Una evolución de las DO.

Podríamos estar frente a lo que se llamaría “gobierno corporativo 2.0” ya que a través del uso de los contratos inteligentes las partes podrían automatizar ciertos aspectos real relativos al modo en que las organizaciones y los grupos operan, reduciendo los costos operacionales y mejorando los controles internos, mientras que, al mismo tiempo, se incrementa la transparencia general de una organización.

Visto esta manera la LAO, estaría organizada de modo tal de ser comparable a una entidad con responsabilidad limitada, (si estuviera incorporada por ejemplo, en Delaware) utilizando contratos **inteligentes supervisados o “curados”**, sujetos a curatela (control) de una organización específica, para manejar las mecánicas relacionadas con la forma de voto, el estilo de fondeo y el destino de los fondos recolectados.

En ese sentido entonces la membresía para ser parte de una estas compañías estaría limitada y solamente disponible a personas que pudieran demostrar la carácter el carácter de la definición de un “inversor acreditado” según la SEC.

Otra cosa muy relevante es que todos los documentos legales de la entidad información están generados correctamente a través del protocolo de “Open Law”, que es una plataforma para la reacción de contratos inteligentes, ya estandarizada, lo cual le proveería además a los miembros con el respaldo del sistema legal norteamericano.

La LAO Incluso tiene un sistema de derecho de receso, llamado *Ragequit*, descrito en el

White paper,⁶(algo así como la Constitución de la Lao). Este sistema, reconoce que en cualquier sistema de votación, puede haber casos limite creados con una posible colusión de intereses o indisponibilidad para algunos stakeholders. Para lidiar con eso, han elaborado un mecanismo general que permite a los participantes salir de la organización con sus fondos, si es que no están de acuerdo con el resultado de la votación, otorgando el derecho a salirse durante un período de gracia, luego que una propuesta haya sido votada, pero antes que la propiedad de esos miembros se viera afectada por dicha propuesta. Por ejemplo en caso de propuesta de aumento de capital con intenciones de licuación.

Hay que tener en cuenta que los miembros restantes, una vez finalizado el periodo de gracia, asumen el coste de la propuesta. En el caso de una votación polémica en la que una gran minoría abandona (por ejemplo, un ataque del 51%), esto significa que el coste aumenta considerablemente para los que se quedan. Para reforzar esto, restringimos la salida a sólo los miembros que votaron “No” en una propuesta determinada si ésta se aprueba. Esto obliga a los votantes del “Sí” a asumir el coste de una propuesta maliciosa.

Se espera que esto genere incentivos adicionales para la cooperación mutua, ya que los miembros de la organización estarán fuertemente desincentivados a someter propuestas que pudieran causar que una gran proporción de miembros receda.

⁶ Un White Paper es un documento que incluye un resumen de un problema que el proyecto está tratando de resolver, la solución a ese problema, así como una descripción detallada de su producto, su arquitectura y su interacción con los usuarios. <https://es.cointelegraph.com/ico-101/what-is-a-white-paper-and-how-to-write-it>

SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y LA INSURRECCIÓN DIGITAL

Ariel G. Dasso

SUMARIO

Los sistemas alternativos de resolución de conflictos (ADR) por sus siglas en inglés, han tomado una importancia decisiva en los últimos tiempos. La “insurrección digital también ha generado propuestas en este sentido, en esta ponencia ponemos a consideración algunos ejemplos, que entendemos perfectamente aplicables a la dinámica de los conflictos societarios, en especial teniendo en consideración la generación de una multitud de emprendimientos asociados con éstas tecnologías, que funcionan en base a lógicas y paradigmas diferentes de las organizaciones societarias clásicas.

El auge de los Sistemas alternativos de resolución de conflictos

Muchas son las razones que justifican este “auge”, entre los cuales encontramos la desconfianza en las jurisdicciones locales, muchas veces influidas por cuestiones políticas que condicionan sobre todo negocios con participación de terceros extranjeros, ya públicos, ya privados, el costo de los mismos, la tremenda demora en el trámite de las causas que ante dichos tribunales tramitan y todas las desventajas asociadas con estas realidades.

De este lado, los ADR, o el arbitraje se han ido proponiendo como una realidad alternativa viable, en la medida que se trate de temas arbitrables. Es caso una cuestión ideológica la posición que define qué tanto de libertad de movimientos se les otorga a los privados para resolver sus conflictos sin el auxilio de la jurisdicción.

Por otro lado, el tratamiento del reconocimiento de los laudos arbitrales y su ejecutabilidad en las distintas jurisdicciones matizan, en parte, la eficiencia de dichas soluciones. Como ejemplo más intenso se puedan mencionar el reconocimiento de los laudos arbitrales de los tribunales designados para los llamados “Contratos de Inversión”, cuya legitimidad suele ser cuestionada por ciertos gobierno, cuando de aplicar sanciones o sentencias al estado local como condenado en el laudo se trata.

En Nuevo Código Civil Y Comercial ha sido un verdadero hito en este recorrido, al consagrar al Arbitraje como un Contrato.

Y la reforma societaria encarnada por la Ley de sociedades Comerciales, al potenciar la autonomía de la voluntad societaria, la creación de las sociedades simples, o de la “Sección Cuarta”, ha abierto un indudable camino para validar las cláusulas estatutarias que recurren al arbitraje como medio de solución de conflictos internos en la sociedad. (nota)

La “insurrección digital” en el ámbito de la resolución de disputas.

La tecnología Blockchain permite además pensar en nuevas formas de resolver conflictos en el mundo digital. También en este ámbito podemos distinguir una suerte de “necesidad” o “Vocación” de ciertos actores a escapar de las jurisdicciones locales o formales por considerarlas fundamentalmente ineptas para lograr el propósito buscado que es la rápida, seguro y sencilla manera de resolver conflictos. Y, en la industria digital además, lo que se identifica es una situación caso cercana al analfabetismo en quienes encarnan las institu-

ciones jurisdiccionales tradicionales en materia de negocios digitales.¹

Una variante más de la insurrección digital frente al *underperforming* de quienes están o estaban destinados a cumplir ese rol. El caso del proyecto de la firma Kleros, sin dudas muy prometedor. El protocolo se basa en las prácticas de resolución de conflictos existentes en Grecia, y desarrolla un protocolo en *blockchain* que sirve para resolver disputas *on line*, conflictos que representan entre un 3% y un 5% del total de las transacciones *on line*.

La propuesta es construir una red descentralizada de jurados para actuar en conflictos en diferentes industrias, buscando la adopción masiva de contratos inteligentes. Esta idea, como bien los señala SHQ en la nota mas arriba , requerirá la implementación de un mecanismo de “escotilla de escape”, ya que los Smart Contracts son *software*, y como tal, no están exentos de tener fallas , errores o “bugs”. El software no es *error-free*.

Kleros ofrece esa posibilidad de válvula de escape, descentralizada, que permita la revocación de contratos inteligentes cuando el cumplimiento se ha vuelto irrazonable. “Una escotilla de escape que funciona sin reintroducir arbitrariedad y corrupción en el sistema. Esto permitirá extender el uso de contratos inteligentes a un número creciente de industrias.

“Kleros utiliza como base de trabajo y modelo de toma de decisiones la teoría de juegos, la tecnología blockchain para implementar su proceso y el crowdsourcing (es decir la descentralización de las bases de conocimiento) para construir un sistema de resolución de conflictos justo moderno, ágil, veloz y de bajo costo. ²

El proyecto está estructurado bajo la forma de una cooperativa (fundada como Coopérative Kleros, en 7 de abril de 2017 en Paris, Francia) que desarrolla un protocolo basado en la Blockchain de Ethereum (que es una de las plataformas más completas para el desarrollo de proyectos sobre blockchain, en la que mediante aplicaciones descentralizadas se alcanza la resolución de conflictos , que podría derivar de todo tipo de relaciones , las que son sometidas al arbitraje de terceros. Estos terceros ofician de jurados, los cuales deciden las disputas en base a incentivos económicos..

El nombre del sistema deriva de una técnica utilizada en la antigua Grecia para, en la antigua Grecia se utilizaba para seleccionar ciudadanos de forma aleatoria y que estos tomaran decisiones en la vida política de la polis. El “kleroterion”.

Este era como un buzón o tótem o dispositivo que se colocaba en la plaza publica (agora). Los ciudadanos interesados en participar del proceso de selección insertaban en el tótem de piedra una ficha de plata, llamada Pinakion³. Bastaba con insertar esa ficha de plata o bronce, que llevaba grabado el nombre del ciudadano en alguna de las ranuras del Kleroterion para que se los tomara en cuenta.. el dispositivo tenia un tubo en donde se introducían dados de colores, y dependiendo el color del dado que saliera, se decidía si el dueño del pinakion ubicado en la fila correspondiente al color del dado, era elegido para desempeñar el cargo. (fuente Wikipedia)

“En otras palabras: Kleros es un servicio de arbitraje descentralizado para la resolución de disputas de la nueva economía. Kleros es una aplicación descentralizada construida sobre Ethereum que funciona como un tercero descentralizado para arbitrar disputas en todo tipo de contratos, desde los más simples hasta los más complejos ⁴.”

¹ Heredia Querro, Sebastián, op cit, pag.41 y ss.

² Santamaría, Milagros: “Tokenización de Activos”.INEDITO.

³ El Pinakion o PNK es el token de este proyecto, y debe su nombre a las tablas de plata que cada ciudadano griego insertaba en el kleroterion para ser seleccionado jurado de forma azarosa, para integrar los cargos públicos. N. del A.

⁴ Santamaría, Milagros, “tokenizacion”

Los token nativos de la aplicación Kleros entonces toman su denominación PNK, del Pinakion de los griegos.

Proceso de resolución de disputas.

Kleros posee varias “cortes” o Salas abiertas (Sala General, Sala Blockchain no técnico, Blockchain técnico, entre otros), , en esas salas las personas depositan sus pinakions con el fin de ser designados jurados.

Cada corte tiene un número mínimo de pinakions para depositar. Cuantos más pinakions deposite una persona, mayor probabilidad tendrá de ser designado como jurado.

El procedimiento de resolución

Cuando se someta a consideración un conflicto ante alguna de las salas una cantidad de jurados son designados para entender en el procesos. Pero estos se seleccionan del grupo de personas que depositan sus pinakion en dicha cuenta. Cuantos más pinakions depositen, más posibilidades hay que sean designados. Si bien el proceso de selección de los jurados es aleatorio, tiene mayor probabilidad de ser designado quien más tokens tenga depositados en la corte del caso. Una porción de los criptoactivos depositados quedarán bloqueados hasta que termine la disputa, sea en esa primera instancia o en las sucesivas instancias. Una vez presentado el caso y constituidos los jurados que van a resolver las disputas, se abre el periodo de prueba en el que las partes pueden abogar por sus intereses, los terceros también están habilitados a abogar por una de las partes.

Incentivos en la toma de decisiones.

Para lograr que los jurados lleguen a una decisión coherente y evitar que los jurados Kleros utiliza el punto Schelling como incentivo económico.

Esta teoría fue desarrollada por Thomas Schelling, llamada “Teoría del punto focal”, parte desde el punto en el que dos individuos tienen que tomar una decisión que sea idéntica sin poder comunicarse o debatir entre ellos⁵.

Cada jurado toma en consideración las pruebas y evidencias presentadas en el caso y a partir de allí, no sólo evaluará su propia opinión, sino que tomará en consideración cuál será la decisión de los demás jurados. Y todo esto sin poder comunicarse entre ellos. En caso de tomar una decisión coherente con los demás jurados, conseguiría una retribución económica, de lo contrario perdería los pinakions depositados. Esto evita que se tomen decisiones al azar.

Algunos de los casos de uso de Kleros.

ESCROW.

La tecnología permite generar contratos inteligentes que accedan a otros como forma de garantía. Por ejemplo, el “ Escrow” es un contrato inteligente en el cual las partes fijan las bases y condiciones en las cuales contratan, pero además, depositaran en garantía una cierta cantidad de monedas digitales, en este caso Ethers. En el caso de que el contrato se cumpla a la perfección, el contrato inteligente libera los Ether . Estos quedan depositados

⁵ Santamaria, M. op cit. “Schelling le planteó la siguiente situación a un grupo de alumnos: “Dos personas tienen que encontrarse en la ciudad de Nueva York pero sin poder coordinar previamente el punto de encuentro, en que lugar y a que hora se encontrarían?” La mayoría de los alumnos contestó que se iría al punto de información de la estación Grand Central, al mediodía”.

en garantía. En caso de cumplimiento parcial, libera una suma parcial. En caso de incumplimiento o insatisfacción por parte de una de las partes, se inicia un proceso de disputa y resolución de conflicto que será resuelta por los jurados de Kleros.⁶

La función de “curaduría” o CURATE.

Curate en inglés es un verbo que describe la función de elegir cuidadosamente, arreglar, ordenar y presentar diferentes ítems en un orden determinado, a los efectos de obtener un determinado resultado. Es un término habitualmente utilizado en el mundo del arte, artes plásticas en particular en el cual el proceso de curaduría garantiza cierto nivel de calidad artística, académica o científica que otorga al objeto o al conjunto de objetos, ya sea físicos o intelectuales de los cuales se ocupa, un mayor valor o una cualidad diferenciada.

Kleros es capaz de organizar información dentro de determinadas comunidades, siguiendo determinadas reglas. Esto es bastante habitual en los sitios de Internet, aunque lo habitual es que quien controla esta información es a la vez el dueño del sitio, como puede ser el caso de Facebook, en este caso estaremos frente a un control centralizado.

En cambio las listas de Kleros son curadas por los mismos usuarios, y estos pueden agregar, quitar contenido.⁷ Cuando un usuario agrega un producto o cualquier cosa a la lista, con la intención de que obtenga esa “calificación”, a tiene que depositar cierta cantidad de ETH, de alguna manera, “apuesta” por su propuesta, y sostiene esa idea depositando una garantía. Esto funciona como incentivo para que no cualquier cosa ingrese al sistema, sino que esto tiene un costo para el aspirante. Y esta garantía se mantiene hasta que el registro es aprobado (Es decir no es denunciado por otros usuarios). De igual manera, un denunciante que sostenga que el ítem o producto no cumple con las condiciones aptas para ser incorporado a esta “lista de calidad”, y desafía la inclusión, también tendrá que depositar una garantía en ETH (la moneda virtual o token nativo de la Plataforma Ethereum sobre la que corre Kleros).

Kleros Curate es uno de los casos de uso de Kleros que consiste en una aplicación descentralizada (dApp) que puede ser utilizada para crear registros controlados a través de este sistema abiertos. Y se puede curar “casi cualquier cosa, utilizando recursos financieros como incentivos y la sistema de resolución de disputas de Kleros para garantizar que una lista permanezca en tema y que cada entrada cumpla con los criterios de aceptación predefinidos”⁸ Esto permitirá verificar una afirmación del mundo real (“éste objeto/bien/ servicio está dentro de los parámetros exigidos por las normas previas para ser admitido a la lista. Una

⁶ Santamaría, M. op cit. :“Por ejemplo, Alice contrata a Bob para que este desarrolle un sitio web. Crean una nueva entrada en el Escrow, en el que fijan los distintos términos y condiciones en los que Bob se basará para desarrollar el sitio web. Una vez que Bob entrega el trabajo a Alice, ella no está contenta con el trabajo realizado y crea una disputa en Kleros. Los jurados son sorteados, las pruebas presentadas, y toman una decisión. Finalmente Alice tenía razón y Bob no había cumplido con las condiciones fijadas. Ella recibe su dinero de nuevo.”

⁷ Santamaría, M op cit Por ejemplo cuando un ítem de la lista es agregado incumpliendo las reglas que se determinaron al crear la lista, cualquier usuario puede crear una disputa a través de Kleros, y en caso de tener razón quitar de la lista el ítem mal agregado.

⁸ Idem. . Este caso es particularmente estudiado en la aplicación de uso denominada Open Vino, que gestiona de esta manera la producción de vino de su Bodega, propiedad de Mike Barrow.” “Por ejemplo, hacemos una afirmación y la enviamos a una lista de tokens curados, en este caso que el token MTB (token que representa un vino ORGÁNICO) está justamente basado en vino que cumple con los estándares internacionales para ser considerado orgánico como tal, y que todas las pruebas que respaldan la afirmación es cierta. Después de la presentación, todo el mundo podrá disputar/DESAFIAR la veracidad. **Si alguien tiene dudas de que el token de MTB está respaldado por vino orgánico, puede desafiar la presentación y exponer su caso a través de la plataforma Kleros.** Al final, asegurar que el vino es orgánico es el primer paso: luego se podrá hacer absolutamente cualquier pregunta que se tenga sobre la bodega y obtener una respuesta verificable. Entonces, se abre el proceso a todos. La información es pública, basada en blockchain, IoT y en el futuro todos tendrán la posibilidad de sondear si la bodega se equivoca, y se tomará una decisión en un sistema de arbitraje descentralizado”.

certificación digital al estilo de una norma de calidad predeterminada como podría ser ISO O IRAM)”) pero validada no por una institución cetralizada, sino en cadena.

El modelo económico se basa en la transparencia y trazabilidad. Si decimos la verdad, nuestra reputación se mantendrá y nuestro bien o servicio “curado”, serán comercializados en las condiciones ótimas que el mercado ofrece para un bien de “calidad certificada”. De no hacerlo, de no poder sostener el standard anunciado, , todos tendrán la posibilidad de comprobarlo, y el bien o srvicio o el token que lo represente, será rechazado de la Lista y pagaremos un alto precio por nuestra culpa. Es lo que hoy se llama una “certificación digital”. Esto implica que el control no va a estar en cabeza de un “dueño” o regulador, sino que sera la misma comunidad

ORÁCULO.

A los fines de operar correctamente, muchas veces los contratos inteligentes tienen que ser completados o asistidos a través de terceros proveedores, que suministran información veraz, automática y objetiva, Estos son los llamados oráculos.

El Oráculo es un mecanismo que puede ser consultado acerca de esa información relevante que necesita el contrato inteligente. Por ejemplo, el régimen de lluvias de un determinado período que condiciona el precio de una determinado bien, información que puede ser provista por un sistema automático del Servicio de meteorología oficial.

Conclusiones.

No es una novedad que los ADR en sus diversas variantes resultan muy útiles para optimizar al diseño de un negocio, un contrato y la vida societaria. Las nuevas tecnologías abren un enorme mundo de posibilidades para regular las relaciones entre los socios, accionistas y/oe integrantes de una organización empresaria, cualquiera sea la forma que ella tome. Además puede acceder a sistemas de valuación de sus activos, a control de calidad de sus bienes y servicios y a mejorar la manera de cerrar contratos y negocios. Todo ello de manera descentralizada, veloz y objetiva. Una herramienta más para conocer y estudiar acerca de la utilidad de su implementación en el vasto universo de los negocios.

TRATAMIENTO CONCURSAL DE LOS CRIPTO ACTIVOS

Ariel G. Dasso

La evolución de la insurrección digital atraviesa todos los sectores del saber y de la economía. La creación de nuevas categorías de objetos inmateriales, materiales y mixtos, atravesados por esta tecnología, desafía el estado del arte en materia regulatoria. Y particularmente en el ámbito concursal y los efectos de la quiebra y su efecto principal, el desamparamiento, a partir de la compleja esencia de estos elementos, totalmente distintos de los activos material e inmateriales que hasta ahora conocíamos.

Hasta aquí nos hemos referido al impacto que las nuevas tecnologías tienen el proceso. Y todos estos desarrollos que hemos comentado, son herramientas para digitalizar lo material, en la economía de carne y hueso, tal como los especialistas en cripto finanzas denominan a este mercado de “Meat Market” (mercado de la carne). Para traducirlos en los términos de la actual jerga de investigación jurídico-científica y económica de aplicaciones de la “web 2.0”. En este estado de la tecnología Internet alcanza un desarrollo fenomenal en el tráfico de comunicaciones entre personas: redes sociales, wikis, colaboración, e commerce.

“La **Web 2.0** es una actitud y no precisamente una tecnología y se trata de aplicaciones que generen colaboración y servicios que reemplacen las aplicaciones de escritorio, permitiendo que los usuarios sean autores activos de la generación de contenido.

La **web 3.0** son aplicaciones web conectándose entre sí, a fin de enriquecer la experiencia de las personas, haciendo uso de formatos especializados que amplían la información y sugiere otra, esto proporciona autonomía respecto del navegador y construcción de la **Web Semántica**. **Web 3.0** también ha sido utilizada para describir el camino evolutivo de la red que conduce a la inteligencia artificial¹”.

Es decir, el resultado de la aplicación de estas técnicas resulta en principio en una relativa desintermediación del trámite físico a través del trámite digital, la optimización de tiempos, mejores normas sanitarias, en su momento, y mayor velocidad en la administración de procesos, por un lado, y por el otro, este aprovechamiento del trámite para incorporar datos que proponemos, otorgaría además al sistema las herramientas fenomenales de estudio, apreciación y también optimización del proceso desde lo económico, que brindan las herramientas denominada análisis digital, *Google Analytics*, *Big data*, y *Small data* ².

¹ v. “Web 2.0, Web 3.0 y Web 4.0” por Beatriz Herrera Merlo en el-Gatic Universidad ICESI recuperado de <https://www.icesi.edu.co/blogs/egatic/2009/05/21/web-20-web-30-y-web-40/>

² ROMERO, Joaquín “-**Web 1.0**: en los inicios, los internautas sólo tienen un rol: consumir la información que se aloja en servidores informáticos. La navegación era netamente textual y las consultas son muy limitadas. Cuando aparece el lenguaje de programación web HTML (Hyper Text Markup Language), se hace más atractiva la organización de los elementos que se visualizan en la pantalla. Sin embargo, las interacciones seguían siendo muy limitadas porque el usuario sólo podía leer la información y no comentarla, por ejemplo.

-**Web 2.0**: Alrededor del año 2000 se empieza a hablar de la Web 2.0, al fomentarse la interacción entre páginas web y usuarios. Internet se entiende como una plataforma colaborativa, en la que todos los usuarios participan. Ahora, además de leer, los internautas también pueden generar informaciones y publicarlas en sitios web, en foros de usuarios, blogs, redes sociales y wikis (páginas editables por cualquier usuario).

-**Web 3.0**: Se refiere a que las páginas web se pueden relacionar de manera semántica, añadiendo metadatos que aportan valor a la información y mejora la búsqueda y la posibilidad de encontrar información en la web al comprenderse el significado de las palabras.

-**Web 4.0**: Internet puede funcionar de manera predictiva, ya no solo recibiendo órdenes de parte del usuario, sino que mediante el empleo de la inteligencia artificial se puede anticipar a sus solicitudes e incluso predecir comportamientos en el futuro. Se generalizan también las interacciones mediante la voz, con el uso de **dispositivos inteligentes** que permiten realizar búsquedas habladas.

Sin embargo, esto es sólo el comienzo. La oleada digital y la de intermediación es de tal magnitud, que estamos frente a una auténtica revolución tecnológica, que supera en mucho estas simples adaptaciones de herramientas digitales a los procesos tradicionales.

Estos datos son muy valiosos a la hora de justipreciar qué tan útiles y funcionales son las soluciones legales que tenemos para administrar una situación determinada. Y lo pueden ser en gran escala, para analizar el sistema a nivel nacional, como un dato relevante para imaginar una verdadera política legislativa, y también dentro del propio proceso, como una serie de indicadores que facilitar la tareas del juez, de la sindicatura y de los acreedores, fundamentalmente.

Y esto porque la información permite tomar “decisiones basadas en datos”, y no en creencias. Pero esto es solo la primera etapa.

Y es que ya antes de entrar en la adaptación a la tercera etapa, que es la posibilidad de pensar, adaptar o diseñar un sistema basado en las nuevas tecnología de Web 3.0, y contratos inteligentes, la realidad nos enfrenta con la coexistencia parcial de ambas realidades.

Las web 3.0 implica las aplicaciones conectándose entre sí, mediante la utilización de configuraciones espaciales, que amplían la información y como resultado de su accionar, son capaces de sugerir otra..

La web 3.0 se independiza le navegador, y es sin lugar a duda la evolución hacia la aplicación de la inteligencia artificial,

Ya los oráculos del pasado anunciaban la posibilidad incluso de una Web 4.0, con la incorporación de la voz humana como elemento de comunicación reemplazando al teclado, y donde el objetivo sea una web ubicua, en la cual las cosas y las personas se comuniquen a la vez, para generar la toma de decisiones. Este tipo de desarrollo impacta ya mismo en el mundo de los negocios y pone en vilo todos los grandes principios del derecho societario. Pero a los efectos de este capítulo, este comentario está relacionado con cómo vamos a analizar, desde los principios del derecho concursal las fricciones que van a proponer los contratos inteligentes, qué es la auténtica novedad en materia de vehículos jurídicos económicos de generación, comercialización, y distribución de riqueza.

En este orden por ejemplo y basándonos en los principios del derecho concursal, ya nos estamos preguntando qué sucedería cuando el fallido celebra un contrato, con un tercero mediante, el cual se entregaron prestaciones equivalentes, cómo puede ser el intercambio de moneda “Fiat” a cambio de por activos criptográficos: (criptoactivos), donde el tercero es un Exchange decir una billetera virtual.

Y aquí la particularidad es que la prestación cumplida por el cocontratante, por ejemplo, la entrega de 5 Unidades de una Cripto moneda, no es transparente para los acreedores.

Sebastián Heredia Querro, considera que “si es real que el patrimonio del Fallido ingresó una contraprestación dineraria equivalente al bien que este transfirió, el acto es inatacable, el tercero no es responsable por lo que el deudor hizo con el dinero recibido”.³ Aclara aquí Heredia Querro: lo que le fallido hizo con la llave privada que le permite disponer de los Bitcoins,⁴

Recuperado de: <https://www.trecebits.com/2020/12/05/que-es-y-en-que-se-diferencian-la-web-1-0-la-2-0-la-3-0-y-la-4-0/>

³ HEREDIA QUERRO, Sebastián. “Smart Contracts. Qué son, para qué sirven y para qué no servirán”. UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CORDOBA, Centro de Emprendedurismo e innovación CEINN-UCC, 2020 JJ Editores . Información Jurídica , 2020. (3.5.1.9-5), y citando a Usandizaga

⁴ Cf. Usandizaga, Manuel “Acciones de recomposición patrimonial I: inoponibilidad concursal”, en “Tratado de derecho civil y comercial”, Andrés Sánchez Herrero (director) y Pedro Sánchez Herrero (coordinador), Editorial Thompson Reuters, La Ley, T. 10 Buenos Aires, 2016 página, 925., citada por Heredia Querro, op cit. (También ver Sepel, Thibaut, “Conclusión by Blockchain and Smart Contracts”, publicado en Harvard Journal Of Lawn Technology otoño 2019 volumen 33 número uno página 117, también citado por Sebastián

Heredia Querro, se pregunta, con Mangano⁵, cómo hacer para que los criptoactivos del deudor se incorporen a la garantía de los acreedores, por un lado y por otro, cómo efectivizar las reglas de las acciones de recomposición patrimonial en caso de fraude o actos celebrados durante el período de sospecha o con conocimiento del Estado de cesación de pagos (art. 118 y 119 LCQ) cuando existen criptoactivos y cómo hacer efectivamente estas reversiones de transacciones a través de las acciones revocatoria o ineficacia. Al momento de la declaración de quiebra, y como consecuencia directa del efecto de desapoderamiento, la sindicatura debe forzosamente inventariar la totalidad del activo del fallido, que estará compuesto tanto por activos tangibles como intangibles incluyendo, de existir, los criptoactivos

Según estos autores, las cadenas de bloques (blockchain) registran las transacciones en forma inalterable y en esos registros (a la manera de una cuenta contable, "ledger", en inglés), quedan asentados algunos datos muy importantes, como la fecha de adquisición, lo que tiene mucha importancia en la hipótesis de quiebra

Desde el punto de vista negativo, la real posibilidad de desapoderamiento físico de los criptoactivos depende de llaves digitales que no necesariamente puedan ser asociadas al fallido. O sea, en muchos casos es inviable.

Por ejemplo, el tenedor de las llaves privadas físicas alojadas en dispositivos llamados "bitlletera frías" (que se parecen a un dispositivo usb), simplemente desaparecen o se mueren sin decir dónde están guardadas.

Hay un adagio en la "jerga": "*not your keys, not your coins*".

Al enfrentar dichas herramientas a los criptoactivos el sistema cruje porque podría no enterarse el síndico de la existencia de los mismos, pero si llegara tener conocimiento, la sindicatura descubrirá por un lado el carácter irreversible de las transacciones en línea, y por la posible seudonimidad, del adquirente la imposibilidad de descubrir su identidad real y, por ende, no tener a quien demandar.

Por ello Mangano explica las dificultades que encontraría la sindicatura para revertir transacciones fraudulentas del fallido con criptoactivos

Entre nosotros Sebastián Heredia Querro comparte con Mangano la idea de que el régimen falencial no está preparado todavía para recibir criptoactivos ni tampoco los contratos inteligentes que para él y los a ellos se podrán ir incorporando.

Por ello por ejemplo Heredia trae a colación que Rosemberg⁶ afirma que, con relación a los actos ineficacia de la quiebra por conocimiento de la cesación de pagos, en donde hay además una voluntad de ocultar y defraudar.

Como dice Rosemberg en ese artículo: "un contrato es tan bueno como la gente que lo firma". Incluso a la inversa porque por ejemplo en el caso Hampton se dio la circunstancia en el que un acreedor de un contrato de compraventa automotor amparado por una cláusula GPS y SID,⁷ que incluye un dispositivo electrónico según el cual si el deudor no paga tiempo la cuota del préstamo el auto no enciende y para ello el tenedor de la garantía tiene que proveerlo con ciertos códigos para que el auto funciones.

Heredia Querro, obra citada, nota 1397 página 343 y siguientes

⁵ Mangano, Renato: "Blockchain securities, insolvency law and the sandbox approach", European Business Organization Law Review, 2018, número 19, página 715

⁶ Rosenberg, Alan: "Automatic Contracts and the automatic Stay.: A Primer on "Smart Contracts", en un sitio de Internet http://www.mrthlaw.com/wp-content/uploads/2019/07/feature1_07-19.pdf, el 23 de junio de 2022.

⁷ <https://www.xataka.com/automovil/la-perversa-tecnologia-que-bloquea-tu-coche-cuando-dejas-de-pagar-las-letras>

Y el deudor denuncia que, una vez que se presentó en concurso preventivo, funcionando el *automatic stay*, en su carácter de *debtor in possessio* debía seguir utilizando el auto sin problemas y, sin embargo, el acreedor no cumplió con su obligación de entregar los códigos de uso habituales y con ello utilizó un control sobre el patrimonio exagerado en violación con el principio *automatic stay*. Que viene a ser como la suspensión de ejecuciones y de embargos o medidas cautelares contra el patrimonio del deudor concursado. Bajo el análisis del caso Hampton, citado en el artículo de Rosemberg,⁸), un tribunal podría imponer daños y perjuicios causados en la violación del principio *automatic stay*.

La conclusión es que la programación de los SMART CONTRACTS, de un modo debe tener en cuenta al régimen falencial.

Aaron Wright, uno de los abogados más salientes de esta nueva generación de profesionales adaptados o educados en esta nuevas categorías jurídicas, cofundador de "Open Law", plataforma especialmente dedicada a la redacción de estos contratos, citado por Sebastián Heredia Querro, enseña que "los contratos deberán ser programados desde el principio para transitar ciclos normales de la vida de un contrato, incluso la posibilidad de suspenderlos o terminarlos en caso de quiebra"

Por eso dice que, para cumplir con las leyes, por ejemplo, la obligación de continuar los contratos bajo el *automatic stay* de la sección 362 del Código Bancarrotas, las partes deberán tener la posibilidad de detener o suspender la ejecución de un Smart contract.

Así por ejemplo el protocolo de contratos inteligentes de Open Law⁹ que corren sobre la plataforma Ethereum, que es la que más aplicaciones descentralizadas ha recibido, tiene incluida una funcionalidad que permite a las partes suspender o detener los Smart contracts, en ciertos casos, "apretando un botón"¹⁰ (dándoles a las partes una mayor "legal compliance", garantizándole a las partes mayor control sobre sus relaciones comerciales y resolviendo uno de los mayores problemas de limitación técnica de las blockchains para lograr una adopción comercial generalizada.

Como conclusión inicial, entonces, la situación de los criptoactivos frente a una falencia está por el momento en etapa de desarrollo, con sus más y con sus menos y estará en los redactores de esos contratos la responsabilidad de dotarlos de las funcionalidades que requieren. Como bien señala Open law, en la medida que no cuenten con éstas, difícilmente generen la adopción generalizada que el mercado requiere.

Como esto es a su vez una vocación de los desarrolladores, se están gestando rápidamente cambios en los protocolos para adaptarlos a estas necesidades.

⁸ (319B.R. 163 (Bankr. E.D. Ark. 2005)

⁹ Open Law es un proyecto en el Berkman Klein Center for Internet & society de la Harvard Law School destinado a publicar casos y argumentaciones jurídicas bajo el concepto de *copyleft*, es decir a disposición del público, a fin de obtener sugerencias de éste para implementar mejoras. Estos abogados están especializados en ciberderecho con fuertes lazos con la comunidad de códigos abiertos (como Linux). En 1998 uno de sus miembros, Lawrence Lessig, fue requerido por la editorial Eldritch Press para desafiar la ley de copyright de los Estados Unidos. Eldritch tomaba libros cuyo copyright había expirado, y los publicaba en la web. Por a través de la sanción de la Sony Bono Copyright Term Extension Act, el derecho fue extendido desde los 50 a los 70 años, luego de la muerte del autor. Lessig invitó a los estudiantes de derecho de Harvard y de otras partes del mundo a que colaboraran a generar argumentos legales que desafiaran la nueva ley, lo que se hizo en un foro abierto, que luego evolucionó a lo que hoy es Open law. (v. Voz Open law, Wikipedia, traducción libre del autor) <https://en.wikipedia.org/wiki/Openlaw>

¹⁰ Sebastian Heredia Querro, op. cit, pag. 346 ver nota 1407,

MODERNIZAR NO IMPLICA DESREGULAR

Franco Javier De Grandis

SUMARIO

La incorporación de los procesos de modernización, simplificación y digitalización ha sido desde sus comienzos objeto de profundos análisis, tanto en su favor como en contra. En esta ponencia se analiza cómo ha avanzado el proceso de modernización de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba, cuáles son las ventajas y desventajas con las que cuenta (y sus implicancias en relación a las atribuciones de la autoridad de contralor), como así también cuáles podrían ser las eventuales mejoras que se podrían implementar tomando en consideración los avances ya realizados.

PONENCIA

1. Funciones de la autoridad de contralor

La Ley Provincial 8652, con sus últimas modificaciones aprobadas por Leyes provinciales 10724 y 10789, establece el Régimen de las Personas Jurídicas en la Provincia de Córdoba, estableciendo que es la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas (en adelante, DGIPJ) reviste la calidad de órgano de aplicación de dicha Ley en el ámbito del territorio de la Provincia de Córdoba (art. 1). A su vez, es importante destacar que la DGIPJ tiene a su cargo las funciones atribuidas al Registro Público, como así también tiene a su cargo la fiscalización de las sociedades, de los contratos asociativos, transferencias de fondos de comercio y de aquellos otros contratos cuya inscripción registral le asigne la normativa vigente; de las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social en la Provincia de Córdoba, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, constituyan sociedades o adquieran participación en sociedades en el país; de los fondos comunes de inversión y de las asociaciones civiles y fundaciones. En todos los casos, la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas ejerce sus funciones con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas legales y resguardar el interés público. (art. 2)

Por su parte, no es un dato menor que -conforme las modificaciones aprobadas por Ley 10724- se incorporó el art. 2 bis a la Ley 8652, que expresamente establece que *“ Toda la actividad cumplida por la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas en ejercicio de las funciones que le asigna esta Ley, deberá ser realizada de conformidad con las Reglas de Actuación de la Nueva Administración establecidas en el Título I, Capítulo II de la Ley N° 10618”*. De esta manera, una primera conclusión a la que podríamos abordar, es que existe un mandato legal referido a que la actividad llegada adelante por la DGIPJ, debe cumplir con las Reglas de actuación establecidas por la Ley 10618, por lo que es oportuno adentrarnos un poco en ellas.

2. La Ley 10618

Particularmente, corresponde hacer foco en el Título I, Capítulo II, de la Ley 10618, que establece las “Reglas de Actuación de la Nueva Administración”. Así, a lo largo de 11 artículos que componen el Capítulo, se sientan Reglas tales como:

Administración electrónica: lo que implica que las relaciones entre las personas y la Administración, deben ser canalizadas íntegramente por medios electrónicos o digitales (me-

diante tecnologías de información y comunicaciones (TIC).

Expediente digital y despapelización: la Administración eliminará de manera definitiva al papel como soporte de los expedientes y actuaciones. Toda la actividad debe desenvolverse íntegramente a través de medios digitales o electrónicos.

Identidad digital: toda persona que actúe ante la Administración, como así también los agentes y funcionarios públicos que resulten competentes para intervenir en cada caso, deben tener registrada su identidad digital a través de la plataforma "Ciudadano Digital" o los mecanismos y herramientas tecnológicas que disponga la reglamentación, los que asegurarán la identificación del autor de la actuación y asegurar que los contenidos no sean modificados.

Domicilio administrativo electrónico: toda persona debe tener registrado ante la Administración un domicilio electrónico

Gestión a distancia: deben contemplarse mecanismos de tramitación digital o electrónica a distancia, sin requerir la presencia física.

Interoperatividad e interconectividad: todos los órganos o entes comprendidos en la presente Ley deben intercambiar y compartir la información generada y disponible en cada uno de ellos, preservando la seguridad y salvaguardando la privacidad de la información

3. Avances ya realizados. Sus ventajas.

En este contexto, es dable pensar que la DGIPJ ya no solo contiene el Registro de Documentos que legalmente tiene encomendado, sino que también -afortunadamente- contiene un registro de los datos contenidos en dichos documentos, de manera tal que no solo preserva los documentos que fiscaliza y registra, sino que también almacena una gran cantidad de datos.

El almacenamiento y procesamiento de los datos juega un rol fundamental en los procesos de modernización e innovación, dado que los nuevos procesos permiten comparar y contrastar la información existente, como así también obtener nuevos datos partiendo de la información ya existente, procurando la transparencia y la seguridad jurídica que deben preponderar en el tráfico jurídico.

En el marco de las pautas que deben guiar la actuación de la DGIPJ, se han incorporado ciertos controles y servicios, que atienden a los mandatos legales que debe cumplir la DGI-PJ. Analicemos algunos de ellos:

Publicidad Registral abierta: la cual se desarrolla principalmente mediante dos funcionalidades: Consulta de Sociedad. En virtud de esta funcionalidad, cualquier ciudadano puede acceder de manera gratuita y automática a los datos que existen en la DGIPJ de una determinada entidad, tales como CUIT, denominación social, fecha de inscripción, sede social, capital social, fecha de cierre de ejercicio, duración, forma de organización de la representación, objeto, autoridades inscriptas (órgano de administración y fiscalización, si lo tuviera), como así también si cuentan con Libros digitales dados de alta, o si existen medidas cautelares recaídas sobre la entidad (o incluso si se ha tomado anotación de Concurso Preventivo o Quiebra). Este tipo de servicios garantizan la accesibilidad real de la información obrante en la DGIPJ, permitiendo que cualquier ciudadano pueda hacerse de dicha información de manera gratuita, automática y oportuna (dado que el servicio se encuentra disponible las 24 hs. durante los 365 días del año)

Documentos registrales: sumado a la funcionalidad mencionada en el punto anterior, los documentos con vocación registral, son incorporados al Centro de Documentación Digital (CDD) (creado por art. 4° del Decreto Provincial 1280/14). De esta manera, mediante el CDD, se encuentran a disposición de otras dependencias provinciales (tal como lo exige

el art. 9 Ley 10618). Además, dicha documentación queda disponible para que cualquier ciudadano pueda acceder a ella, de manera gratuita y automática, dado que dichos documentos quedan disponibles en el Portal de Trámites de la DGIPJ, y pueden ser consultados de manera permanente, mediante la “Consulta de Documentos Registrales”.

Validación de firma digital: la tramitación mediante canales digitales, permite validar los documentos presentados ante la DGIPJ suscriptos con firma digital, permitiendo que se cumplimente la “verificación por terceras partes” que requiere el art. 2 de la Ley N° 25506 de firma digital.

Simplificación en la generación de Tasas Retributivas de Servicios. Control efectivo del pago. En relación a las Tasas Retributivas de Servicios (TRS), se han simplificado los conceptos que prevé la Ley Impositiva Anual, permitiendo que el ciudadano pueda identificar con mayor claridad el monto que debe abonar, en virtud del trámite que pretende realizar. A su vez, las TRS se generan de manera automática desde el Portal de Trámites de la DGIPJ, de manera tal que, una vez consignados los datos del trámite que se pretende realizar, se genera automáticamente la tasa correspondiente a dicho trámite. Por último, la modalidad permite, por un lado, que la tasa se pueda pagar por medios electrónicos, y por el otro, un control efectivo del correspondiente pago de la TRS. Así, el ciudadano no debe acompañar el correspondiente “comprobante de pago” de la Tasa, dado que el Portal de Trámites no permitirá el ingreso del trámite hasta que el pago no haya sido efectivamente realizado. Esto, tiene dos consecuencias positivas: i) que el ciudadano no debe acompañar el comprobante de pago, dado que una vez impactado el pago, se actualiza de manera automática en el Portal de Trámites; ii) reduce la posibilidad de que se acompañen comprobantes de pago falsos, o que se utilice más de una vez un mismo pago, dado que ello es controlado de manera automática por el Portal de Trámites de la DGIPJ.

Control automático del aporte de capital. Mediante una integración con el Banco de la Provincia de Córdoba (Bancor), en el marco del proceso de constitución de Sociedades, Asociaciones Civiles y Fundaciones, se crea una cuenta bancaria temporal, creada a dichos fines, con el objetivo de que el aporte que se realiza como consecuencia de la constitución sea efectivamente integrado, y una vez obtenida la inscripción registral, sea atribuido al representante orgánico de la persona jurídica constituida. Así, quienes constituyen la persona jurídica, en caso de realizar aportes de dinero en efectivo, realizaran el correspondiente depósito en dicha cuenta bancaria. En ese marco, no es necesario que acompañen comprobante del depósito, dado que mediante la integración del Portal de Trámites de la DGIPJ con Bancor, las existencias de dinero en esa cuenta se actualizarán de manera sincronizada a través del Portal de Trámites. Una vez obtenida la inscripción registral, el aporte en efectivo es transferido a una cuenta bancaria de quien ostenta la representación legal de la entidad, en virtud de que ese dinero corresponde sea atribuido a la entidad recientemente inscripta. Así, se verifica de manera simplificada y con mayores garantías el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 196 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), y el art. 187 de la Ley General de Sociedades

Generación de publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba. En el caso de constituciones, para aquellas sociedades que se constituyan adoptando el “Modelo Aprobado” por la DGIPJ, la publicación en el Boletín Oficial que requiere el art. 10 LGS y el art. 37 de la Ley 27.349 (para SAS), es realizado directamente por la DGIPJ, quien confecciona su redacción y se encarga de solicitar la publicación en el Boletín Oficial. Esta modalidad, representa un avance en un doble sentido. Por un lado, asegura que la publicidad se hace efectivamente, con la información correspondiente. Por el otro, da celeridad y

simplicidad para el ciudadano (dado que la gestión y confección de la publicación es a cargo de la DGIPJ), al mismo tiempo que reduce el costo al ciudadano, ya que dicha publicación se realiza sin costo adicional.

Control conjunto con la AFIP. En el marco de la Resolución Conjunta 5020/2021 suscripta por el Ministerio de Finanzas de la Provincia de Córdoba y la Administración Federal de Ingresos Públicos, el procedimiento registral y la asignación de la Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) de las sociedades anónimas, asociaciones civiles, fundaciones, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones simplificadas, con domicilio legal en la Provincia de Córdoba, se efectúa a través de la DGIPJ, mediante la interacción con el sistema informático de la AFIP. El desarrollo de actividades conjuntas con la AFIP, no solo permite la simplificación del trámite de cara al ciudadano, sino que permite -al mismo tiempo- un control profundo y sincronizado con la dependencia fiscal. Ello, dado a que, en primer lugar, en simultáneo la AFIP podrá bloquear la continuación del trámite en caso de que las mencionadas identificaciones -entre otras causales-, sean inexistentes, pertenezcan a personas fallecidas, registren quiebra, se encuentren inactivas por conformar la base de contribuyentes no confiables, por suplantación de identidad u oficio judicial, o bien cuando ya se encuentre registrada la misma entidad ante dicho organismo recaudador. En segundo lugar, porque con el devenir de la vida institucional de las personas jurídicas fiscalizadas por la DGIPJ, los datos que sean registrados por la DGIPJ, son remitidos de manera automática a la AFIP, para su actualización y registración.

Este control, permite evitar registraciones en paralelo, con información diferenciada. Al mismo tiempo que al ciudadano se le simplifica la gestión de su trámite, permite que no prosperen solicitudes que -conforme la información obrante en las bases de datos de ambos organismos- no deberían obtener inscripción registral.

4. Otras avances que se podrían realizar.

Tomando como base que actualmente la DGIPJ no solo cuenta con un Registro de Documentos, sino también con un Registro de Datos, existen un sin número de mejoras que se podrían aplicar. Entre ellas, podríamos mencionar algunas tales como:

Interacción automática y permanente con diferentes bases de datos, de manera tal que toda la información existente en las diversas jurisdicciones sea integrada en una única base de datos. Así, se podría recabar información proveniente de -por mencionar solo algunos-: Poder Judicial (federal y provincial), Sistema de Identificación Nacional Tributario y Social, Registro de la Propiedad Inmueble, Registros de la Propiedad Automotor, Instituto Nacional de Propiedad Industrial, Unidad de Información Financiera, entre otros.

Creación de Matrices de Riesgo, con el objeto de identificar posibles actuaciones vinculadas a delitos económicos o lavado de activos. La identificación de las personas intervinientes, las sedes sociales utilizadas (o la repetición sistemática de una determinada sede social), o los bienes utilizados en la operatoria diaria de diversos tipos de personas jurídicas, puede permitir que se realicen alertas tempranas, cuyo objeto no sea solo la investigación de delitos ya consumados, sino prevenir la eventual comisión de los mismos, mediante la creación de estructuras jurídicas ficticias, cuya única finalidad es la de servir de base para la comisión de diversos tipos de delitos, o bien para alcanzar una limitación de la responsabilidad de las personas humanas intervinientes, de una manera excesiva y abusiva, y -por consiguiente- contraria a derecho.

En el marco de las posibilidades mencionadas en los anteriores incisos, no resulta absurdo

pensar en la posibilidad de utilizar *Big Data*¹, inteligencia de negocios (*Business Intelligence*)² e Inteligencia Artificial (AI)³ para la verificación de los actos sujetos a control por la DGIPJ. Así, si las bases de datos pudieran nutrirse de la información necesaria, sería posible analizar la viabilidad de que un software de Inteligencia Artificial debidamente entrenado, realice los correspondientes controles que establece la normativa, y pueda simplificar y agilizar aún más el proceso de fiscalización e inscripción registral o incluso llegar a pensar en la posibilidad de que el proceso pueda ser realizado íntegramente de manera automática, sin intervención humana en ninguna fase del proceso.

5. Conclusiones.

Analizar los procesos de modernización, bajo la supuesta tensión existente entre Modernización y Control estatal, implica razonarlo bajo la lógica de un falso dilema.

Esto se debe a que, tal como se ha analizado, la implementación de procesos innovadores y el dictado de marcos normativos cuyo objeto sea la simplificación y la modernización, no implica -de ninguna manera- sostener que las entidades bajo la supervisión de la DGIPJ de la Provincia de Córdoba se encuentren en una especie de jurisdicción más benevolente o donde no existan los controles dispuestos por el marco normativo vigente.

Mas allá de que la implementación de las políticas de modernización que ha adoptado la DGIPJ derivan de un mandato legal consagrado por la Ley 10618, no podemos dejar de mencionar que, al mismo tiempo que se implementaron los procedimientos electrónicos y digitales, se han incorporado mecanismos de control más concretos y eficaces, que permiten que la autoridad de contralor pueda llevar adelante el control que la ley de asigna, de una manera más eficaz, permitiendo garantizar la publicidad registral y la seguridad jurídica que el plexo normativo pone a su cargo.

¹ El Big Data puede ser concebido como una tecnología que busca, como objetivo principal, el tratamiento de diversos tipos de información (estructurada, semiestructurada y desestructurada) de carácter dinámico. (Cfme. Araque González, G. et al; *Big Data y las implicaciones en la cuarta revolución industrial - Retos, oportunidades y tendencias futuras* Revista Venezolana de Gerencia, vol. 26, núm. 93, 2021. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29066223003>)

² Vercellis, lo define como un conjunto de modelos matemáticos y metodologías de análisis que explotan los datos disponibles para generar información y conocimiento útil para el proceso complejo de la toma de decisiones (Vercellis, C. *Business Intelligence: datamining and optimization for decisión making*, Wiley & Sons, 2009)

³ La IA es la capacidad de las máquinas para usar algoritmos, aprender de los datos y utilizar lo aprendido en la toma de decisiones tal y como lo haría un ser humano. (Cfme. Rouhiainen, L. *Inteligencia Artificial*, Planeta, 2018.)

METAVERSO Y DERECHO SOCIETARIO

Diego A. Duprat

SUMARIO

Cuestiones y dudas sobre el derecho societario en el metaverso.

Aclaro al lector desprevenido que esta es una ponencia que no propone nada; sólo invita a pensar nuevos escenarios de la mano de un completo lego en la materia¹.

Si, a pesar de estas prevenciones, el lector desea continuar, lo invito a acompañarme.

El metaverso constituye una realidad virtual² que reproduce la realidad física, creando nuevos ámbitos -no físicos- donde las personas pueden interactuar en tiempo real y en un contexto de inmersión y de realidad aumentada.

El metaverso excede las potencialidades y efectos de un mero entretenimiento, permitiendo lo que en el mundo real es imposible, restringido, condicionado o directamente prohibido, y generando nuevas maneras de organización social y política, de interrelacionarse, de hacer negocios y comerciar, de contratar y de pagar, de asociarse, de prestar servicios, de enseñar y aprender, de regular conductas, de impartir justicia, entre otras posibilidades.

Asimismo, también impondrá nuevos modelos de negocios y nuevas estructuras societarias³. Este mundo virtual genera tanto relaciones intra metaverso (básicamente a través de avatares), que se agotan dentro de él; como efectos fuera de tal sistema y que impactan en el mundo real⁴, logrando que los límites entre ambos espacios se difuminen (compra venta de bienes⁵ que se pagan o cobran fuera del entorno virtual, inversiones y comercialización en NFT -non fungible token-, etc.)

Se abre, así, un nuevo ámbito para hacer negocios y obtener ganancias reales. Es por ello que grandes marcas ya abrieron “sucursales” en el metaverso o están evaluando hacerlo en el futuro. Se supone, que el metaverso también generará una economía diferente a la tradicional, donde no existirían las nociones de finitud y escasez de recursos, salvo que los creadores de tal ámbito o los proveedores de bienes y servicios en dicho contexto así lo determinaran, y que la producción y el intercambio virtual estarían libres de costos de transacción; lo que permitirá verificar, en el marco de esta realidad virtual, la eficacia del teorema de Coase que, hasta ahora, no ha podido confirmar en la realidad física.

Sin duda, esta alteración de los principios que explican actualmente los procesos microeconómicos, afectará toda regulación normativa, por estar ésta justificada en aquellos.

Es de esperar, también, que los avances tecnológicos en información y transparencia reduzcan los costos de agencia; si es que fueran necesarios en estructuras organizaciones des-

¹ Invito a leer el ilustrativo artículo de CHUMBITA, Sebastián C., “El metaverso. ¿Un nuevo entorno para la justicia en clave virtual?”, LA LEY 16-05-2022, 1; cita online: TR LALEY AR/DOC/1554/2022.

² Uso la palabra “real” no como contraria a lo “irreal”, ya que tanto el mundo físico tradicional, como el mundo que tiene lugar en el Metaverso, existen objetivamente y son pasibles de ser conocidos mediante percepciones directas del agente. En consecuencia, llamaremos real al mundo físico, y virtual (o “realidad virtual”) al mundo que sucede fuera de él, a aquél que está ubicado o sucede en “línea” o en entornos tecnológicos específicos.

³ CAGNINA, María Rosita - POIAN, Michele, “How to Compete in the Metaverse: The Business Models in Second Life”. U of Udine Economics Working Paper No. 01-2007, <https://ssrn.com/abstract=1088779> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1088779>

⁴ GARON, Jon M., “Legal Implications of a Ubiquitous Metaverse and a Web3 Future” (3-1-2022), <https://ssrn.com/abstract=4002551> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4002551> y MONTAZ, Paul P., “Some Very Simple Economics of Web3 and the Metaverse” (17-4-2022), <https://ssrn.com/abstract=4085937> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4085937>, que cita los casos de Louis Vuitton, Burberry y RTFKT.

⁵ GOLDBERG, Mitchell - KUCLER, Peter - SCHÄR, Fabian, “Land Valuation in the Metaverse: Location Matters” (29-9-2021), <https://ssrn.com/abstract=3932189> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3932189>

centralizadas y autónomas (DAO); así como las barreras de ingreso a nuevos mercados⁶. Cuestiones sobre propiedad privada, buena fe, abuso del derecho, efecto de los contratos, principios de responsabilidad civil debieran ser impuestos y especificados; como así también un sistema eficiente de solución de controversias.

Muchas son las preguntas que surgen. Entre ellas:

¿Quién dictará las reglas? ¿La regulación de las relaciones que se susciten en cada entorno virtual será fijado autocráticamente y en forma centralizada por su propietario o creador; o se lo configurará en forma colectiva y descentralizada por parte de los propios usuarios?

¿Quién ejercerá -y con qué legitimidad- las competencias jurisdiccionales y regulatorias?

¿Cómo se solucionarán los conflictos en los distintos metaversos, especialmente los vinculados a los emprendimientos conjuntos?

¿Cómo se definirán los derechos de propiedad?

¿Cómo se garantiza el cumplimiento de los pactos y cómo se ejecutarán los incumplimientos?

¿Se extrapolarán a estas nuevas situaciones el deber de lealtad y el de no abusar y no dañar?

¿Cómo funcionará el régimen de responsabilidad?

¿Cómo se definirá a la persona jurídica?

¿Qué autoridad reconocerá a las personas jurídicas y bajo qué condiciones?

¿Debería reformularse el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica? ¿Existirá la posibilidad de “escondarse” bajo la figura societaria en el entorno virtual?

¿Se podrá perseguir a la persona natural o jurídica por actos del avatar? ¿Las personas jurídicas tendrán un avatar específico, distinto al de sus miembros? ¿Cómo se conocerán las capacidades, legitimidad y representación de los avatares que representan a eventuales personas jurídicas?

¿El emprendimiento netamente virtual podrá generar ganancias en el mundo real?

¿Cómo se repartirán éstas en caso de existir un emprendimiento en común?

¿Quién regulará, registrará y controlará a las sociedades que se conformen en dicho ámbito? ¿Será esto necesario? ¿Cuál será el régimen de imputabilidad y representación de las sociedades? ¿Y el procedimiento de toma de decisiones sociales y de manifestación de tal voluntad? ¿En qué medida deben responder los creadores o administradores de la aplicación de ese determinado mundo virtual?

¿Se nos impondrá un paradigma societario distinto? ¿Se debería adoptar nuevo derecho societario más acorde a la “realidad” que pretende regular?

¿Las actividades conjuntas, donde se asuman riesgos comunes, podrán -y deberían- encuadrarse en las estructuras societarias actuales?⁷

¿Podrá haber un meta derecho aplicable por un meta tribunal en una meta jurisdicción que resuelva los casos mediante un algoritmo que contemple los eventuales conflictos y sus soluciones? Sin duda se nos presenta un gran desafío que exigirá repensar jurídicamente esta nueva realidad y regular los efectos que esta produzca en el mundo real.

Y, seguramente, estos nuevos avances tecnológicos -como siempre ha sucedido- nos invitarán a cuestionarnos las actuales regulaciones societarias, a proyectar nuevas soluciones y a rever los fines de la regulación societaria.

Como le advertí al lector, muchas preguntas y ninguna respuesta. Sólo cuestiones para reflexionar y para cuestionarnos si estamos analizando y adaptando al derecho societario para futuros escenarios.

⁶ MONTAZ, Paul P., “Some Very Simple Economics of Web3 and the Metaverse” (17-4-2022), op.cit.

⁷ Ver demanda en “Christian Sarcuni et al v. bZx DAO et al”, 2-5-2022, Case 3:22-cv-00618-BEN-DEB, US District Court for the Southern District of California, <https://www.classaction.org/media/sarcuni-et-al-v-bzx-dao-et-al.pdf>

EL MANEJO DE DATOS: LA NECESARIA INCORPORACIÓN DE DATA MANAGEMENT, DATA COMPLIANCE Y DATA PROTECTION

Sebastián Farina

SUMARIO

Se procura analizar el estado actual del manejo de datos, el machine learning, y cómo funciona de cara a la Inteligencia Artificial, y el denominado “microtargeting”, sugiriendo adoptar o incorporar figuras para el control en el tráfico, comercialización y aprovechamiento de los datos de las personas humanas

Introducción.

En cualquier portal de noticias puede leerse que “La cantidad de información que se genera en internet es abrumadora. En los últimos diez años, su incremento ha sido exponencial. Según el estudio “Big Data en números 2014”, presentado por la Online Business School, durante los últimos diez años se ha creado más información que en toda la historia de la humanidad. Es la revolución del Big Data, que genera grandes volúmenes de datos a diario”¹. Se considera que esta tendencia es irreversible y la generación de datos e información se seguirá acrecentando de modo imparable.

Los “datos”, por sí solos, carecen de utilidad. Para procesar la información y dotar los “datos” de “valor”, era necesario un gran equipo con una enorme capacidad. Esta ingeniería, si bien inicialmente era exclusiva de grandes corporaciones, es cada día más accesible para la comunidad en general.

Ambas cuestiones, nos llevan a indagar el estado actual de la cuestión, cómo las empresas tratan los datos, los efectos, las consecuencias y cómo se abordó el tema en toras latitudes.

El aprovechamiento de los “datos”.

El aprovechamiento de los datos (y su valoración) se hace a través de procedimientos que se identifican como “machine learning”. Por ejemplo, uno de estos procesos se denomina “Deep learning”. El deep learning es un tipo de machine learning que entrena a una computadora para que realice tareas como las hacemos los seres humanos, como el reconocimiento del habla, la identificación de imágenes o hacer predicciones. En lugar de organizar datos para que se ejecuten a través de ecuaciones predefinidas, el deep learning configura parámetros básicos acerca de los datos y entrena a la computadora para que aprenda por cuenta propia reconociendo patrones mediante el uso de muchas capas de procesamiento².

¹ <https://blog.powerdata.es/el-valor-de-la-gestion-de-datos/bid/387609/Big-Data-se-dispara-el-volumen-de-datos-en-dispositivos-m-viles>

² https://www.sas.com/es_ar/insights/analytics/deep-learning.html. Surge de la nota que “El deep learning es una de las bases de la inteligencia artificial (AI) y el interés actual en el deep learning se debe en parte al auge que tiene ahora la inteligencia artificial. Las técnicas de deep learning han mejorado la capacidad de clasificar, reconocer, detectar y describir – en una palabra, entender. Por ejemplo, el deep learning se utiliza para clasificar imágenes, reconocer el habla, detectar objetos y describir contenido. Sistemas como Siri y Cortana son potenciados, en parte, por el aprendizaje a fondo”.

Existen sociedades que aplican estas tecnologías (que identifican con IA) en el funcionamiento de sus órganos de administración³, e incluso se vienen asomando las denominadas “Entidades Autónomas de Descentralizadas” o DAO (por sus siglas en inglés)⁴.

Pero al mismo tiempo, también existen empresas que utilizan toda esta información para desarrollar el “microtargeting”. El “microtargeting” utiliza perfiles “psicométricos”. Dice Byung Chul Han⁵ “La psicometría, también conocida como <psicografía> es un procedimiento basado en datos para obtener un perfil de personalidad. Los perfiles psicométricos permiten predecir el comportamiento de una persona mejor de lo que podría hacerlo un amigo o compañero. Con suficientes datos, es posible incluso generar una información más allá de lo que creemos saber de nosotros mismos (...)”.

Siguiendo esta línea, según Eli Pariser, “La nueva generación de filtros de internet se fija en lo que aparece que a usted le gusta -cómo ha sido de activo en la red o qué cosas o personas le gustan- y saca las conclusiones pertinentes. Las máquinas pronosticadoras crean y y refinan continuamente una teoría sobre su personalidad y predicen lo siguiente que usted querrá hacer. Juntas, estas máquinas crean un universo de información para cada uno de nosotros -lo que llamo “filtro burbuja”- y cambian fundamentalmente el modo en que accedemos a las ideas y a la información”. Cuanto más tiempo paso en internet, más se llena mi filtro burbuja de información que me gusta, que refuerza mis creencias. Sólo me muestran aquellas visiones del mundo que están conformes con la mía. El filtro corta el paso a otras informaciones, De ese modo, el filtro burbuja me enreda en un <bucle del ego> permanente.”⁶

Entonces, si bien la cuestión gira en torno al tratamiento automatizado de datos (IA), el gran problema reside en la utilización abusiva o el mal uso de la información lo que quizás, en nuestro país está acentuado debido a la inexistencia de normas y prácticas que regulan estas cuestiones.

Ello nos lleva a compartir las siguientes reflexiones.

³ Ya en las anteriores Jornadas, esto es, el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, Javier Lorente se refirió sobre el particular en su ponencia intitulada “Divagaciones sobre la utilización de Inteligencia Artificial (IA) y Machine Learning por y en los Órganos de administración de sociedades. IAs como directores de sociedades ¿Realidad o truco publicitario?” Ponencia publicada en el Tomo III, p. 1989; y otra ponencia intitulada “Primerísimas aproximaciones a la actuación de IAs en los órganos de administración de sociedades. Ventajas de las IAs como directores de sociedades”, en la página 1909 del T. III.

⁴ Como explicó Eduardo Segovia Mattos en una ponencia intitulada “Naturaleza jurídica de las entidades autónomas descentralizadas y la responsabilidad de sus miembros”, presentada en las Jornadas Preparatorias habidas en la Facultad de Derecho de la UNNE, Corrientes, en fecha 02.08.2022 y “Las DAO, enfoque jurídico desde el Derecho Argentino”. “Una DAO es comparable con una sociedad. Para ser socio de una Sociedad, se debe ser propietario de una acción y las reglas de funcionamiento de la sociedad, se rigen por un estatuto. Bien, para ser miembro de una DAO se debe tener un “token de gobernanza” y se interactúa con la organización (y se toman decisiones) de acuerdo con las reglas de gobernanza establecidas en un contrato inteligente, es decir, de acuerdo al código del programa computacional. Las sociedades se registran en un registro público estatal. Las DAO se registran, o mejor dicho, el programa esta desplegado en la blockchain y por lo tanto, las reglas de gobernanza, están registradas, de forma descentralizada, en un registro que es Público y, como se dijo, inmutable (salvo que el mismo programa lo permita y bajo las condiciones establecidas). Las sociedades tienen órganos de gobierno y administración. Pues bien, en una DAO se puede eliminar por ejemplo la figura del directorio y la gerencia: no es necesario desde que los “socios” pueden tomar decisiones en línea y de forma inmediata sin necesidad de “asambleas” formales, gracias a la inmediatez de la tecnología, y segundo, porque el funcionamiento de la DAO es justamente autónomo. Es la ejecución de un programa computacional, que dadas las condiciones programadas, funciona sin necesidad de interacción humana [eso diferencia a una DAO de una DO]”. Y más adelante dijo: “(...) la ley DAO que entró en vigencia el 1 de Julio de 2021, en el estado de Wyoming en los Estados Unidos. La misma decidió encarar la realidad de las DAO, legislando un nuevo tipo de Limited Liabilities Companies, las famosas LLC, denominado DAO LLC. En resumidas cuentas, el estado de Wyoming permite que una DAO, se registre ante el estado, adoptando la forma de una LLC, tan solo designando un agente registrador, declarando que todo o parte de su estatuto se rige por un smart contract y adicionando a su razón social la palabra DAO. Así obtienen la inscripción como persona jurídica y por tanto la limitación de la responsabilidad, pero a la vez, reconociendo que las reglas de gobernanza de esa DAO, existen como contratos inteligentes desplegados en una Blockchain”.

⁵ Byung Chul Han en “Infocracia”, Editorial Taurus p. 14.

⁶ Citada por Byung Chul Han en “Infocracia”, Editorial Taurus p. 21.

Los “datos” en tanto materia prima. “La propia identidad deviene en una mercancía”.

La Inteligencia Artificial⁷, el Big Data⁸, el Machine Learning funcionan gracias al procesamiento de “datos”.

Se tiene dicho que *“Los datos se han convertido en un factor de producción fundamental de cualquier proceso económico actual, indistintamente si es desde el sector privado, o el Estado. Así, la generación masiva de datos, y la capacidad de procesarlos para construir valor, resulta clave para incrementar la eficacia y eficiencia en la toma de decisiones”.*

“Un dato por sí solo no tiene valor, y muchos datos acumulados sin procesar, tampoco. Pero su tratamiento y análisis científico los convierten en conocimiento útil, original y rentable. El surgimiento del Big Data y de la aplicación del machine learning permitió dar el salto a este nuevo nivel.”

“Los datos son la materia prima que alimenta los algoritmos de machine learning e inteligencia artificial, ya que nos permite tomar decisiones en función de análisis de comportamiento histórico y poder así predecir comportamientos futuros.”⁹

Dentro del “universo” de los “datos”, queremos hacer especial referencia a los “datos” relacionados de modo directo con las “personas humanas”, cómo se tratan los mismos y cómo, a nuestro entender, deben organizarse las empresas de cara a la manipulación de dicha información.

Fuente de Datos ¿Cómo se obtienen los datos?

Los datos provienen de todo tipo de fuentes: visita a cualquier sitio web a cualquier efecto; uso de GPS; todo tipo de consulta u operación que se haga por sistema; comentarios en redes sociales; foto multas; compras con tarjetas; correo electrónico; las aplicaciones cuentas; los geolocalizadores; etc.

La mayoría de las personas que utiliza algún tipo de tecnología o servicio online deja “datos”. Como dice Byung Chul Han¹⁰ *“El smartphone es un dispositivo de registro psicométrico que alimentamos con datos día tras día, incluso cada hora. Puede utilizarse para calcular con precisión la personalidad de su usuario.”*

Nos preguntamos si las personas en general ¿saben que cualquier movimiento por más irrelevante que parezca produce una “dato” que otro aprovecha? ¿saben qué se hace con sus datos? En principio la respuesta negativa se impone, aunque no puede negarse que existe un “saber popular”¹¹, o una simple noción -superflua- sobre el particular pero que no llega a ser “consentimiento”.

⁷ Ver <https://nexusintegra.io/es/big-data-vs-inteligencia-artificial/> En la misma se explica que *“La Inteligencia Artificial consiste en una combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que imiten las funciones de los seres humanos (como aprender, razonar y tomar decisiones).*

La Inteligencia Artificial necesita datos para construir su inteligencia, tanto de forma inicial como de forma posterior y continua. Cuanto más grande sea la cantidad de datos a la que puedan acceder los sistemas de Inteligencia Artificial, más podrán aprender las máquinas y, por tanto, más precisos y eficientes serán sus resultados.

Conforme la IA se vuelve más inteligente, se requiere menos intervención humana a la hora de controlar los procesos y supervisar las máquinas. La Inteligencia Artificial vive en una continua fase de aprendizaje en la que se alimenta de los datos continuamente.

De la misma manera que el Big Data es necesario para la Inteligencia Artificial, lo mismo pasa al contrario. Cantidades tan ingentes de datos no tendrían el valor que tienen sin los modelos de Inteligencia Artificial, capaces de desbloquear el potencial de estos almacenes de datos y transformarlos en inteligencia”.

⁸ El Big Data se refiere al almacenamiento y procesamiento de cantidades masivas de datos estructurados, semiestructurados y no estructurados con gran potencial para ser extraídos y organizados de forma que proporcionen información valiosa para las organizaciones y empresas. Así surge de <https://nexusintegra.io/es/big-data-vs-inteligencia-artificial/>

⁹ Ver <https://www.upbe.ai/blog/inteligencia-artificial-datos/>

¹⁰ Byung Chul Han en “Infocracia”, Editorial Taurus p. 14.

¹¹ Las personas tienden a creer que los “celulares” las escuchan porque de modo “inesperado” le llegan publicidades sobre productos o servicios que de un modo u otro buscaron, ellos o sus compañeros. Si bien puede ser que los dispositivos hagan cosas adicionales y que nadie las solicite, la explicación más simple a dicho fenómeno es la “utilización de los datos” -microtargeting-.

Suele ocurrir que cuando se visita un sitio web (al menos la primera vez) surge un formulario virtual que contiene “Términos y Condiciones” donde se explica “qué pasa” con la información que uno deja volcada en el sitio. Leer estos textos, tiene una duración promedio de dieciseis (16) minutos. En los hechos, las personas no leen nada y “cliclean” “ACEPTAR” y pasan a lo que sigue. La empresa que recopila los datos, obviamente sabe que el “usuario” no estuvo 16 minutos frente al “cartel” y tardó unos pocos segundos o minutos en “avanzar”, lo que nos genera una duda razonable sobre el verdadero “consentimiento” del “usuario” sobre el destino de los datos que deja volcados.

Lo cierto es que la empresa, una vez que se hace de los “datos”, los utiliza.

Luego, una vez procesada toda la información, ese material se emplea con múltiples y distintos fines. No sólo para mejorar la performance de respuesta de las empresas, sino también que se comercializan y/o comparten con otras entidades.

¿Prestar consentimiento para que la “empresa” usufructúe los datos, implica perder la propiedad sobre los mismos?

Sin ánimo de indagar sobre la naturaleza jurídica del “dato”, podemos arriesgarnos en aceptar que es un desprendimiento de la personalidad de los seres humanos, y como tal, podría considerarse que siempre es propiedad de la persona y cualquier consentimiento prestado para su utilización es libremente revocable tal como lo indica el art. 55 CCCN¹².

Del mismo modo que tenemos la firme convicción de ello, tenemos la certeza de que nadie saber con precisión “dónde fueron a parar sus datos”.

¿Existen modos de prever, medir e incluso retrotraer el “viaje” de los datos?

Sí. El “data management” tiene dicha finalidad.

Data Management y Data Protection: La necesidad de su incorporación.

Las disciplinas que permiten organizar y sacar provecho de los datos, forman parte del Data Management o Gestión de Datos, y se puede pensar en ellas como una serie de prácticas que permiten el desarrollo y ejecución de arquitecturas, políticas y procedimientos que cubren las necesidades del ciclo de vida completo de los datos de una empresa.

Los datos ganan valor comercial cuando se aprovechan, y para ello, no sólo deben ser datos veraces, sino que deben estar disponibles, por lo que generalmente se almacenan en alguna una plataforma nube (Cloud Computing) y no en una bóveda impenetrable.

Por ello, toda empresa, sea una PYME o una multinacional, debe arbitrar los medios para gestionar adecuadamente dichos datos.

Si bien no existe ninguna normativa doméstica sobre el particular, y dentro de los “organigramas” de las sociedades que manipulan datos no resulta frecuente la mención de un sector o departamento de “data compliance”, consideramos que resulta una figura necesaria y su incorporación no obedece sólo a una buena práctica, sino que también guarda estricta relación con las diligencias que deben adoptar los administradores societarios.

En otras latitudes, incorporar un “DPO” (siglas por “data protection officer” o “delegado de protección de datos”, que no es otra cosa que un “data compliance”) como órgano societario y/o como asistente permanente de los mismos, es una obligación cuyo incumplimiento

¹² ARTICULO 55.- Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

genera distinto tipo de sanciones.

En esta línea, en la Unión Europea, debido a los distintos conflictos derivados del manejo irresponsable de datos, se sancionó el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD, aunque es más conocido como GDPR, por sus siglas en inglés). El RGPD –vigente desde el 2018– es un amplio conjunto de reglas centradas en la protección de la privacidad personal y el intercambio de datos entre fronteras.

Según el RGPD, existe la obligación de designar un Delegado de Protección de Datos (DPO), entre otros casos¹³: n.- cuando las actividades principales del responsable o el encargado del tratamiento consisten en operaciones de tratamiento que requieren el seguimiento regular y sistemático de los interesados a gran escala; n.- cuando las actividades principales del responsable o el encargado del tratamiento consisten en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos o datos personales relacionados con condenas y delitos penales; n.- cuando se trate de las siguientes entidades: a) Los colegios profesionales y sus consejos generales; b) Los centros docentes que ofrezcan enseñanzas en cualquiera de los niveles establecidos en la legislación reguladora del derecho a la educación, así como las Universidades públicas y privadas; c) Las entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas conforme a lo dispuesto en su legislación específica, cuando traten habitual y sistemáticamente datos personales a gran escala; d) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando elaboren a gran escala perfiles de los usuarios del servicio; e) Las entidades dedicadas a la ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; f) Los establecimientos financieros de crédito; g) Las entidades aseguradoras y reaseguradoras; h) Las empresas de servicios de inversión, reguladas por la legislación del Mercado de Valores; i) Los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y los distribuidores y comercializadores de gas natural; j) Las entidades responsables de ficheros comunes para la evaluación de la solvencia patrimonial y crédito o de los ficheros comunes para la gestión y prevención del fraude, incluyendo a los responsables de los ficheros regulados por la legislación de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo; k) Las entidades que desarrollen actividades de publicidad y prospección comercial, incluyendo las de investigación comercial y de mercados, cuando lleven a cabo tratamientos basados en las preferencias de los afectados o realicen actividades que impliquen la elaboración de perfiles de los mismos; l) Los centros sanitarios legalmente obligados al mantenimiento de las historias clínicas de los pacientes; m) Las entidades que tengan como uno de sus objetos la emisión de informes comerciales que puedan referirse a personas físicas; n) Los operadores que desarrollen la actividad de juego a través de canales electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, conforme a la normativa de regulación del juego; ñ) Las empresas de seguridad privada; o) Las federaciones deportivas cuando traten datos de menores de edad; etc.

Según surge de distintos medios informativos, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha multado con 50.000 euros a la pyme Consejoridad, una empresa dedicada a ofrecer servicios de seguridad privada. El motivo de la sanción es no tener designada la figura del Delegado de Protección de Datos¹⁴.

Por otro lado, ha multado a otra compañía GlovoApp, dedicada a los envíos a domicilio a través de riders, de 25.000 euros ratificada por el organismo encargado del buen trata-

¹³ Puede consultarse <https://www.protecciondatos.org/dpd-dpo/>

¹⁴ <https://www.protecciondatos.org/no-disponer-de-dpo-sanciones/>

miento de los datos de los españoles¹⁵.

Esta simple mención pretende poner de relieve la jerarquía del tema.

Destacamos que de ningún modo se sugiere encastrar a la fuerza en nuestro sistema una figura propia de otro sistema (amén del éxito de la misma), sino tan sólo aprovechar las experiencias para casos similares.

Como fuere, entendemos necesaria la incorporación de una figura acorde.

Corolario.

Del mismo modo que en otras áreas se entiende necesaria la existencia de un Programa de Compliance (por ej., Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas), consideramos imprescindible que las sociedades que se valgan de “datos”, cuenten con un sector o departamento de “Data Compliance”.

Como antes dijimos, su incorporación no obedece sólo a una buena práctica, sino que también guarda estricta relación con las diligencias que deben adoptar los administradores societarios.

Hoy por hoy, cobra especial relevancia el deber de prevención del daño, y por ello, los administradores societarios pueden y deben adoptar las medidas razonables para evitar y/o disminuir que se produzca un daño o su magnitud, tal como sería la adopción de un DPO.

¹⁵ <https://www.protecciondatos.org/no-disponer-de-dpo-sanciones/>

LA IMPORTANCIA DE PENSAR DISTINTO (PENSAR EN BLOCKCHAIN)

Carolina Ferro

SUMARIO

La práctica de las transacciones y los negocios actuales así como las directivas de la Unión Europea, entienden que resulta imprescindible que las empresas, puntualmente las pymes, puedan acceder a la inteligencia artificial y la cadena de bloques. En ese sentido *La UE seguirá cooperando en torno a la IA con países de mentalidad similar, pero también con terceras partes de todo el mundo, sobre la base de un enfoque fundamentado en las normas y valores de la UE (por ejemplo, respaldando una mayor convergencia normativa¹...* Esta realidad debería obligar a repensar el derecho societario nacional con una perspectiva actual, relacionada a la tecnología desde dos perspectivas posibles, o bien generando una legislación amigable a la realidad actual, y además tratando de utilizar sus herramientas para crear soluciones que hasta ahora el derecho societario como lo conocemos no ha sabido brindar.

Desarrollo

Existen en el mundo de la tecnología y las transacciones lo que se denominan “organizaciones autónomas descentralizadas”, o “DAO”. Si bien originalmente se han relacionado a operaciones relacionadas con criptomonedas, este tipo de herramientas han sido creadas incluso con la finalidad de adquirir un libro de carácter histórico y único, que más allá del fracaso de la operación, podría dar lugar a la adquisición de cualquier otro bien (ej. Una obra de arte, un edificio). La idea no es en esta oportunidad analizar ni las utilidades transaccionales, ni sus bemoles tecnológicos, simplemente exponer como existe en la actualidad en desarrollo en un sector del mundo de los negocios una herramienta que podría pretender adquirir el formato de un sujeto de derecho, y que por otra parte presenta características en su funcionamiento que podrían dar solución a algunos de los problemas del derecho societario actual argentino.

Está claro – antes de iniciar este trabajo – que estas herramientas economico-tecnológicas (por darles algún encuadre provisorio) no podrían ser utilizadas en el antiguo marco regulatorio que rige en la República Argentina. Sin embargo, habría que considerar que ante la existencia de estas herramientas en el mundo, el derecho societario debe ser pensado bajo alguna de las actuales finalidades e intereses, si es que se pretende que resulte de alguna utilidad.

Las organizaciones autónomas descentralizadas son herramientas que se conforman con una finalidad determinada, entre una persona o un grupo de personas que genera un proyecto e integrantes de ese grupo o nuevos integrantes a los que se convoca (generalmente por procesos de crowdfunding) a realizar aportes financieros. La forma de funcionamiento de estas organizaciones estará pre determinada mediante un contrato (smart contract) que incluye desde el destino de las finanzas en caso de utilidades, hasta la aprobación de proyectos por parte de dichos integrantes. Las acciones a realizar que no están predetermina-

¹ COMISIÓN EUROPEA - LIBRO BLANCO sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza Bruselas, 19.2.2020 COM(2020) 65 final

das en el contrato se someten a un régimen de votación (de acuerdo a la mayoría prevista en el contrato) que se concreta mediante lo que se denominan tokens de gobernanza. De tal forma los integrantes del grupo, tienen un plazo determinado para emitir su voto en una plataforma, dichos tokens se entregan generalmente de acuerdo a la participación (por el aporte económico o de otra naturaleza) que hagan sus integrantes, pudiendo ser titulares de un token o varios, o con distintas clases de voto según el token que corresponda a su aportación (cualquier similitud con la clasificación de acciones según el tipo de voto es pura coincidencia). Así, al contar con estos tokens los usuarios están habilitados a votar.

Si bien en la actualidad las organizaciones autónomas descentralizadas son el furor del mundo cripto, es interés de éstas y sus creadores expandirse en todo tipo de negocios, desembarcando en el mundo físico, mediante la adquisición de bienes o el emprendimiento de actividades no limitadas al mundo virtual. Para ello, evidentemente deberán adaptarse a un formato legal que les permita interactuar con terceros (contratar empleados, adquirir bienes, etc.), evidentemente ciencia ficción en el derecho nacional actual.

Sin embargo, podemos encontrar tantos puntos de conexión entre estas organizaciones y las sociedades, que es difícil no tratar de pensar que soluciones puede aportar esta herramienta a la realidad del derecho societario argentino. Así en vez de tener una reacción de carácter refractario, podemos lograr una reacción de acogimiento de tales instrumentos.

Pensemos, en primer lugar se trata de un contrato (plurilateral), pero en el cual los derechos y obligaciones están no solo predeterminados, sino que se autoejecutan, es decir que no depende de la voluntad de nadie. De tal forma, puede leerse a poco que se investigue la figura que ...la columna vertebral de una DAO es el *smart contract*. Ese contrato incluye las reglas que se han definido para su funcionamiento, y también funciona como “caja de seguridad” para las finanzas del grupo².

Los procesos de toma de decisiones se desarrollan del mismo modo, es decir que emitida la votación con el o los tokens de los que resultan titulares los integrantes del grupo, computada la mayoría (prestablecida por el contrato) se ejecuta la decisión que corresponda automáticamente. Lo que podríamos denominar como la toma de decisiones basadas en la tokenización. Todos los procesos son públicos, a través de la plataforma, y verificables en el contrato confeccionado sobre la cadena de bloques.

¿Qué aportes podría brindar al sistema societario? reducir el conflicto, brindar una herramienta de simplificación de toma de decisiones, transparencia en el proceso de la toma de decisión (posibilidad de su seguimiento)

El derecho va atrás de la realidad, y de alguna forma la tecnología parece ir muy por delante de la capacidad de aprehensión de quienes crean normas. Estas herramientas no solo deben desafiar las instituciones jurídicas convencionales que conocemos, deben ser instrumentos para simplificar o solucionar los problemas que en la vida física aún no hemos sabido resolver. El primero de abril de este año Wyoming aprobó una ley que reconoce las DAO. “...los defensores de la industria creen que este cambio es el próximo paso evolutivo en el gobierno corporativo. La ley DAO de Wyoming sienta las bases de un largo camino hacia un marco regulatorio completo y una aceptación generalizada de las DAO.³

² ¿Qué es una DAO? por Gabriel Erard 17 de febrero de 2022 <https://hipertextual.com/2022/02/que-es-una-dao-te-lo-explicamos-de-la-forma-mas-simple-possible>; What Is a Decentralized Autonomous Organization (DAO)? Reviewed by ERIKA RASURE Fact checked by PETE RATHBURN Updated July 11, 2022 <https://www.investopedia.com/tech/what-dao/>

³ Regulators Everywhere Should Follow Wyoming's DAO Law By Andrew BullLayer 2 Jul 8, 2021 <https://www.coindesk.com/markets/2021/07/08/regulators-everywhere-should-follow-wyomings-dao-law/>

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO ES COMO EN LAS PELÍCULAS

Carolina Ferro

SUMARIO

Es fundamental para el desarrollo de nuestro país acompañar el progreso tecnológico, los ámbitos del derecho no pueden ser ajenos a esta necesidad. Una de las formas de hacerlo es mediante la utilización o incorporación de aquellas herramientas que puedan brindarnos alternativas o soluciones útiles. Para poder cumplir este objetivo de forma eficiente es necesario conocer las limitaciones que presentan estas herramientas, a fin de no formar expectativas que sean de ciencia ficción y no de la realidad.

Desarrollo:

La importancia de acompañar el progreso

Es fundamental para el desarrollo de nuestro país acompañar el progreso tecnológico. Los ámbitos del derecho no pueden ser ajenos a esta necesidad.

Acompañar el desarrollo por parte de los sectores jurídicos debe interpretarse por lo menos desde dos aspectos, el primero de ellos (y seguramente el más difícil en este momento) es a través de la elaboración de una regulación respecto de las figuras o instrumentos derivados de la tecnología (en su amplio espectro, y en la medida de lo verdaderamente necesario), el segundo es la utilización o incorporación de aquellas herramientas que puedan brindarnos alternativas o soluciones útiles.

Tan importante resulta el crecimiento en este sentido para el posicionamiento de todos y cada uno de los países del mundo, que la integración global va a estar signada también por esta faceta (la del desarrollo de la tecnología), como alguna vez lo estuvo por el desarrollo industrial, y aún lo está por el mercado de capitales. Véase, a modo de ejemplo, que se ha proclamado expresamente *La UE seguirá cooperando en torno a la IA con países de mentalidad similar, pero también con terceras partes de todo el mundo, sobre la base de un enfoque fundamentado en las normas y valores de la UE (por ejemplo, respaldando una mayor convergencia normativa*¹

Siguiendo este criterio, la UE considera puntualmente la importancia de *garantizar que las pymes puedan acceder a la inteligencia artificial y que la utilicen, promoviendo los centros de innovación digital y la plataforma de «inteligencia artificial a la carta».*

En efecto, es fundamental para que el avance sea posible lograr sinergia entre los sectores privados y los sectores públicos, mediante políticas que fomenten su utilización.

La necesidad de fomentar el conocimiento sobre el uso de los recursos.

La Argentina cuenta con algunos recursos técnicos, y principalmente con suficientes recursos humanos para acompañar la evolución referida en párrafos precedentes.

¹ COMISIÓN EUROPEA - LIBRO BLANCO sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza - Bruselas, 19.2.2020 COM(2020)

Sin embargo es necesario tener presente que la mayoría de los sujetos utilizan los nuevos instrumentos cuando son de algún modo obligados a hacerlo, y su utilización les resulta aprensiblemente segura.

A modo de ejemplo, podemos advertir que la ley de firma digital (Ley 25.506) si bien fue sancionada en el año 2001, tardó muchísimos años en ser considerada, y reconocerse su aplicación en la práctica, porque la carencia de políticas de gobierno que pusieran a la población en la necesidad de incorporar sus conceptos y utilizar las herramientas que regula (por ejemplo: firma digital vs. firma electrónica) hizo que fuera más fácil seguir sin el uso de estos instrumentos.

Lo mismo pasó con la situación de obligatoriedad que provocó la pandemia respecto del uso de recursos para las reuniones remotas, procesos judiciales digitalizados, verificaciones de créditos a distancia, etcétera. Todas soluciones que podrían haberse adoptado mucho (pero mucho) mejor y antes, sin embargo era más cómodo procrastinar su incorporación. De esta forma, en los últimos años hemos contado con proyectos de reformas de leyes, que deberían incorporar el uso de recursos tecnológicos para regularlos y como herramientas en sus previsiones, y no existen ni siquiera referencias.

Es por ello que, nuevamente estamos ante una oportunidad de hacer algo en forma tempestiva, acompañando el suceso mundial.

La ley de sociedades requiere una reforma profunda, pero ninguna reforma será útil realmente si no contempla los recursos y los dilemas de la revolución tecnológica.

No todo es posible

Habiendo señalado previamente que debe acompañarse el desarrollo tecnológico, y que ello es una necesidad y una obligación para el avance de la comunidad, y en lo particular (en este trabajo) del derecho societario con un alcance que le permita conservar su vigencia, resulta imprescindible delimitar el campo de lo que es realmente posible.

Mi estudio tangencial sobre cuestiones relacionadas a la tecnología – precisamente la inteligencia artificial – fue motivada por el temor, y el condicionamiento de las modas durante mi adolescencia. En efecto, desde 1984 yo quise ser Sarah Jeanette Connor, porque temía que las máquinas, gobernadas por la inteligencia artificial se apropiaran del mundo. Temor que quedó consolidado en 1999 con *The Matrix*.

Pero a medida que cualquiera avanza en el estudio y análisis de IA empieza a comprender que no todo es posible a través de su utilización, y que estamos muy lejos de las realidades distópicas que presentaban las películas.

Puntualmente en el ámbito del derecho societario nacional contar con una IA predictiva de solución de casos arrojaría (en mi opinión) un resultado negativo. Esta es la posición que quiero dejar asentada.

Veamos.

La inteligencia artificial se nutre de datos previos, de información que ya existe.

La inteligencia artificial, no construye, no elabora ideas, ni razona. De tal forma, sólo toma y reúne datos que compara (y que vé en números), y en base a ello arroja un resultado.

Partiendo de estas dos premisas, y de la idea mayoritaria de la doctrina sobre la necesidad que tiene el derecho societario argentino de una reforma que refleje el cambio producido en los últimos años (aunque no sean coincidentes los criterios que deberían seguirse para ello), solo puede concluirse que una IA predictiva en solución de casos solo agravaría las dificultades del presente, porque a través de su implementación podrían únicamente re-

validarse criterios con los que la doctrina en general no concuerda (aunque por diversas razones).

Nuevamente tomemos un ejemplo para comprender el fenómeno, en las plataformas que conocemos muchas veces se toma como información (datos) la devolución que realizan los consumidores o usuarios de productos o servicios.

En efecto, en la hipótesis de una IA predictiva de soluciones en supuestos de conflictos societarios, el “feedback” respecto de la utilidad y eficacia de la ley actual y las soluciones judiciales que de ella se derivan es generalmente negativo, la posición de disconformidad con el cuerpo legal y con las soluciones judiciales es mayoritaria. Entonces ¿cuál sería el resultado útil de construir un sistema en base a esa información? Ninguno.

En razón de ello la implementación de una IA construida con la información derivada de los fallos con los que contamos hoy, solo serviría para repetir criterios que en realidad – desde la doctrina – pretenden ser modificados, pero que el sistema (IA) nunca podrá revertir por sí solo.

De esta manera, si quisiéramos pensar en soluciones de IA, la postulación de este trabajo es que debe construirse en una antesala del proceso al de las resoluciones, por ejemplo, con una base de datos que nos ayude a determinar la elección del proceso o la vía jurídica más adecuada en cada caso, preparando el sistema con los datos o parámetros de la ley, o bien, para determinar los elementos con los que debemos contar previamente a la promoción de un juicio.

Es necesario tener en cuenta que los datos para la construcción de un esquema de IA tienen que ser acordes a los resultados valiosos que pretendemos obtener. Es decir, tienen que ser datos suficientes y adecuados a los objetivos que queremos alcanzar.

Si verdaderamente existe un consenso sobre la necesidad de profundas reformas en el derecho societario, sería contraproducente construir un sistema con la información que no nos satisface. En este sentido parece más adecuado primero modificar la ley y generar nuevos criterios, para después construir sistemas predictivos de soluciones.

En definitiva, si no contamos con datos que nos permitan alimentar una IA que pueda dar soluciones a los conflictos legales, que nos resulten satisfactorias, habrá que limitar la utilización de las herramientas tecnológicas para otras soluciones que brinden transparencia, seguridad, eficiencia; como por ejemplo, procesos de constitución de las sociedades, registros contables y societarios digitales, que las pymes puedan acceder a la inteligencia artificial mediante la obligatoriedad en su utilización a partir de plataformas gubernamentales (como AFIP), teniendo en cuenta que la IA puede ser utilizada como un sistema de categorización, y que con tal alcance en la actualidad solo podría aplicarse (de forma eficiente) en etapas intermedias para la mejor selección de procesos y estrategias adecuadas.

LA CONFLICTOLOGÍA COMO APORTE DEL ABOGADO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

Ayelén María Gaitán

SUMARIO

El avance tecnológico irrumpe en la profesión legal reemplazando sus tareas. Sin embargo, el aporte que el abogado asesor puede hacer al momento de constituir una sociedad no sólo impide tal reemplazo, sino que permite realizar un aporte de valor. La conflictología es una herramienta para lograrlo.

PONENCIA

1. Una inquietud personal

Corresponde comenzar diciendo que la cuestión a abordar no es nueva para mí. Podría decirse que pretende ser la continuación de una inquietud que me surgió con la sanción de la Ley de Apoyo de Capital Emprendedor en el año 2017 y que expuse en el Congreso de Derecho Societario último, en el año 2019¹. No sería pertinente repetir dichas palabras, por lo cual solo haré una breve referencia a los fines de que sea útil como punto para continuar el razonamiento, pues esta ponencia intenta avanzar en la reflexión académica sobre el tema, dando un paso más en aquella inquietud personal.

La gran irrupción que trajo aparejada la sanción de la mencionada Ley N° 27.349 hizo que parte de la doctrina califique a tal fenómeno como EFECTO S.A.S., estudiándose las consecuencias en las distintas aristas de la sociedad: el capital, el objeto, los órganos societarios, la digitalización de los libros, entre otros. De estas diferentes aristas, particularmente me interesa el papel de la autonomía de la voluntad, haciendo foco en lo que muchos denominan la posibilidad de hacer “el traje a medida”. En la ponencia anterior indagaba acerca si los profesionales del Derecho, verdaderos operadores jurídicos, sabíamos y en consecuencia utilizábamos esa posibilidad. Puse especial énfasis en las nuevas tecnologías y su efecto en la vida profesional. Desde ya adelanto que mi posición personal se enrola en considerar que, el abogado, tiene un terreno muy fértil para trabajar al momento de asesorar a uno o varios socios/as que desean constituir una sociedad, no considerando útil que nos atengamos a los estatutos preelaborados sugeridos por los organismos de contralor en pos de la celeridad. Lo veloz no siempre es sinónimo de eficiente. El momento de constitución de una sociedad es un terreno fértil para desplegar nuestras habilidades como operadores jurídicos, haciendo especial énfasis en la Conflictología como disciplina de gran utilidad para esta etapa.

¹ GAITÁN, Ayelén María. Efecto S.A.S.: ¿Jaque a la abogacía? Hacia un nuevo derecho societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Compilado por Gabriela Calcaterra. 1° ed. Córdoba: Advocatus, 2019. Pág. 1061.

2. La Conflictología: dilema para abogados²

La primera vez que tomé contacto con el estudio de los conflictos de manera sistematizada fue con el libro del maestro Remo F. Entelman: *TEORÍA DE CONFLICTOS*. Hacia un nuevo paradigma.³ Fue tan claro su análisis que inmediatamente comencé a formarme, allá en el 2011, en el Seminario que lleva su nombre y es dirigido por el Dr. Héctor R. Sandler y coordinado por el Prof. Rubén A. Calcaterra en el Instituto Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Allí continué mi formación y desde ahí nunca más cesó.⁴ Existe una pregunta central que sirve de puntapié para idea central: ¿con qué trabajamos los abogados? Si esta pregunta me la hacían al finalizar mis estudios de grado, inmediatamente mi respuesta hubiera sido: leyes. Hoy considero que esa respuesta es errónea y lo correcto debería ser hablar de CONFLICTOS. La ley, a mi entender, sirve como marco de acción. No podemos ir fuera de la ley, pero el terreno por donde movernos es extenso. En especial con el tema que nos trata: los conflictos societarios. Aquí, debe desterrarse otro mito, y es que los abogados somos necesarios cuando el conflicto ha acaecido, no antes. Todos sabemos lo perjudicial que puede resultar la judicialización de un conflicto societario, y prueba de ello es el bajo número de casos en comparación con otras materias. *“La conflictología designa a las ciencias del conflicto, el compendio de conocimientos científicos y de los métodos y técnicas de intervención que se derivan. Es una disciplina abierta, plural e integradora dedicada a la observación, comprensión e intervención de los procesos conflictivos de cualquier tipo. Trabaja desde planteamientos internos y multidisciplinarios, y no pretende imponer ningún tipo de solución externa a las partes en conflicto; procura, eso sí, facilitar que las partes en conflicto encuentren por ellas mismas fórmulas o sistemas de transformación positiva y constructiva de sus conflictos, especialmente de aquellos a los que, por sí mismos, les resulta difícil hallar soluciones”*.⁵ Ésta es sumamente para el abordaje de los conflictos que se suscitan, sin embargo, más útil deviene en su faz preventiva. ¿En qué momento? Justamente en el momento de la elaboración del estatuto. Siendo éste el ámbito donde prever los conflictos.

3. Una oportunidad para los emprendedores

Dentro del Derecho Societario encontramos diferentes situaciones que pueden suscitar conflictos: en grandes empresas, en empresas familiares, entre emprendedores, por citar algunos casos. En esta ponencia me refiero a los emprendedores, atento pretender continuar la reflexión de mi ponencia anterior sobre el efecto SAS. Una cuestión a remarcar es analizar la idiosincrasia del emprendedurismo en Argentina, porque a partir de eso uno puede distinguir los sujetos del conflicto, me refiero a los sujetos actores o terceros como sujetos de la relación de conflicto.⁶ Por lo general, quien emprende lo hace (en caso de que no sea unipersonal) con amigos o familiares. Así es la mayoría de los casos. Si bien la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor fomenta el sistema de financiamiento colectivo y el fomento de inversores en capital emprendedor, cuando uno observa la composición de la mayoría

² La titulación del segundo punto lo hago en un juego de palabras entre la Conflictología y el artículo del profesor Remo F. ENTELMAN: El conflicto: dilema para abogados. Publicado en: LA LEY 1997-F, 1377. Cita Online: AR/DOC/17600/2001.

³ ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Editorial Gedisa. España, Año 2009.

⁴ En la actualidad, además de participar en el Seminario mencionado, integro parte del proyecto de investigación sobre el tema que se desarrolla en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

⁵ VINYAMATA CAMP-LUNA. *Introducción a la Conflictología*. Citado en CALCATERRA, Rubén A. *El conflicto como sistema*. 1° ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2021. Pág. 357.

⁶ Esta clasificación de sujetos la desarrolla Rubén A. Calcaterra en la obra precedentemente citada, agregando la categoría de operadores del sistema.

de las sociedades suele ocurrir que los emprendedores se asocian con gente conocida. Esto incide en la prevención de conflictos, pues lo torna más dificultoso, al ser el cliente reacio al escuchar que el abogado, en su afán por prevenir conflictos, imagina escenarios hipotéticos de índole negativa. A modo de ejemplo me ha pasado hablar de la utilización de establecer la acción de exclusión del socio, qué ocurre en caso de fallecimiento, o bien, hacer uso de lo estipulado en el art. 48 segundo párrafo de la Ley N° 27.349 respecto la prohibición de transferencia de acciones por el término de 10 años. En este caso nos estaríamos apartando del estatuto modelo de la provincia donde ejerzo, que en su artículo sexto establece la libre transmisibilidad de las acciones.⁷ Como conclusión de este punto cabe recordar que el art. 57 de la citada normativa procura solucionar amigablemente el diferendo, pudiendo preverse la intervención de árbitros. Si bien es un gran avance, la solución no llegaría de manera preventiva sino ya acaecido el conflicto, pues el arbitraje no deja de ser un método más (heterocompositivo en este caso) en la gestión de conflictos, pero lo que se pretende es estudiar al conflicto como fenómeno en sí, de manera previa.

4. El abogado frente a las nuevas tecnologías.

La tecnología es una herramienta transversal a todo el campo humano. Se ha estudiado mucho en este último tiempo su impacto en las sociedades. En esta ponencia quiero hacer referencia a su impacto en la profesión del abogado, deteniéndome en el rol del abogado al momento de constituir una sociedad. Debo aclarar que no tomo una postura ni negativista ni positivista frente al avance de la misma, sino más bien pragmática frente al acontecer de los hechos. Con respecto a la abogacía, estudios demuestran que la inteligencia artificial interviene en la redacción de contratos, la búsqueda de citas bibliográficas e incluso, existen modelos de gestión de justicia que resuelven pleitos. Por su parte, es sabido que, frente al avance de las tecnologías, lo que va a sobrevivir son los trabajos que requieran de las llamadas “habilidades blandas”, entre ellas, la capacidad de gestionar conflictos. Existen plataformas (ya existían en el 2019 y ahora hay más) que permiten la creación de sociedades sin la intervención de un abogado. Uno se suscribe al plan que mejor se adecua, completa datos y así se crean sociedades y se redactan actas, entre otras cosas. No es mi intención contrariar estas aplicaciones sino destacar que si los abogados nos limitamos a llenar formularios preelaborados seguramente seremos reemplazados por máquinas. En cambio, si sacamos provecho de ese momento para advertir posibles conflictos que pueden suscitarse entre los futuros socios y, en consecuencia, elaborar cláusulas que funcionen de manera preventiva de conflictos, lo veo más difícil. Una vez analizada la cuestión por el letrado, no me parece mal que se use la tecnología para la automatización de ciertos aspectos, pero no para su reemplazo total. Por su parte, y no menos importante, es la oportunidad de crear un real valor con nuestro trabajo, y es por eso el juego de palabras en el título de la ponencia: los abogados también podemos (y debemos) agregar valor a lo que hacemos. Yo encuentro a la Conflictología como una manera de concretar tal fin.

5. Conclusión

Quien escribe un texto académico debe que conocer cuál es su público. En este caso, es un ámbito que reúne a abogados en ejercicio liberal de la profesión, funcionarios de orga-

⁷ Modelo de estatuto disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/tramites/modul1/index?m=descripcion&id=244006>

nismos públicos, jueces y también docentes. Mi intención, lejos de pretender elaborar un artículo científico eminente es invitar a reflexionar acerca del rol del abogado de hoy, cuyo escenario cambiará seguramente al próximo Congreso, pues así es como embate hoy la tecnología. La sociedad actual necesita de un abogado que no solo sepa resolver conflictos, sino que posea la habilidad para prevenirlos. De allí que el Derecho Preventivo es una forma de ejercer el Derecho que aporta gran valor. Mi experiencia asesorando emprendedores me enseñó que, si bien es útil lograr de forma rápida que la sociedad obtenga un instrumento inscripto con CUIT para empezar a operar, de poco sirve si esa herramienta queda en desuso a los pocos meses o al año por conflictos entre los socios. Procuero el estudio de una Teoría General del Conflicto Societario, muchas veces omitida, pues cuando uno analiza Conflictos Societarios ve que se hace foco directamente en los conflictos específicos en sí. Mi inquietud personal es una inquietud profesional y procuro compartirla humildemente en este espacio. Avances tecnológicos, una sociedad con nuevas demandas a satisfacer, momento de aceleración histórica: todo eso constituye el escenario donde se desempeña el abogado societarista hoy. Por eso, si no queremos quedar en desuso, si no queremos ser reemplazados en su totalidad por la tecnología, escuchemos el consejo de quien dedicó su vida al estudio de la evolución, Charles Darwin: ***“No es el más fuerte de las especies el que sobrevive, tampoco es el más inteligente el que sobrevive. Es aquel más adaptable al cambio”.***

INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿EL NUEVO DESAFÍO DEL DERECHO SOCIETARIO?

Julia Clara Galván y Agostina Ailín Migliorati

SUMARIO

El Derecho de sociedades es un derecho en continuo avance, en continuo proceso de modernización. En dicho proceso influye la necesidad de adaptarse a los nuevos hechos, como son las exigencias de un mercado globalizado. El crecimiento y auge de las tecnologías de la información y la comunicación trae consigo la producción y circulación incesante de una descomunal cantidad de datos. Junto con estos, aparece la Inteligencia Artificial generando un efecto disruptivo tanto en la economía con el Derecho. Frente a estos avances tecnológicos, e independientemente de si la legislación societaria es suficiente para regular todos estos procesos, consideramos imperioso comenzar a discutir si a las personas humanas integrantes de órganos de administración debería permitírseles u obligárseles a confiar en la Inteligencia Artificial, como un acercamiento hasta llegar al reemplazo total de personas humanas por directores digitales.

I. Introducción

En un comienzo, las relaciones jurídicas únicamente podían darse entre dos personas. Con el pasar de los años, las sociedades fueron evolucionando y por ello, fue imperioso crear nuevas categorías jurídicas a los fines de regular los comportamientos que acontecían por fuera de la norma.

De esta manera, la personalidad jurídica era una derivación de un acto de soberanía del Estado, que le reconocía esos atributos en la medida en que lo consideraba conveniente para el mejor desarrollo de las relaciones patrimoniales.

No caben dudas de que el concepto de sociedad no era el mismo hace 50 años atrás cuando se sancionó la ley. Incluso, tal como manifiesta la mayoría de la doctrina, la ley 19.550 fue mucho más que solamente una recopilación de leyes del momento, fue innovadora y creativa dando respuestas a los interrogantes de la época.

De esta manera, la última modificación de la Ley General de Sociedades vino de la mano de la sanción de la Ley 26.994, que reformó el CCyC, cambiando las bases sobre las que descansaba el Derecho Societario e incorporando una comunicación entre los principios constitucionales y los principios del derecho privado.

Hoy, el estudio de la sociedad comercial debe tener en cuenta una característica distintiva del siglo que transitamos: la economía globalizada. Y frente a este fenómeno, surgen los interrogantes: ¿qué pasaría si existiera un algoritmo que pudiera tomar decisiones sin la necesidad de una persona humana?, ¿El Derecho lo debería reconocer como un sujeto de derecho nuevo? ¿Deberían regular su intervención?

La tecnología más disruptiva de la Cuarta Revolución Industrial que transitamos es la inteligencia artificial, en adelante, IA. Los algoritmos, el *machine learning* y los avances en robótica junto a otras áreas, son capaces de igualar y en muchos casos superar habilidades que estaban exclusivamente reservadas al cerebro. Esto modifica profundamente la

naturaleza de nuestras actividades¹ y nos reta a los humanos a reinventarnos a la hora de realizar estas últimas.

2. La inteligencia artificial en el órgano de administración de las Sociedades Anónimas

Frente a este contexto, cabe preguntarnos ¿Qué es la inteligencia artificial?

Aún no se ha llegado a una definición única respecto de qué es la IA, sin perjuicio de que se ha consensuado que esta tiene como objetivo alcanzar un fin específico, maximizando los recursos, analizando la información de igual manera que lo haría un humano para que sus decisiones se asemejen a las que tomaría una persona.

Asimismo, hay que diferenciar entre *soft-IA* y la *hard-IA*. La primera se caracteriza por realizar tareas específicas, por ser unidisciplinaria, ya que no logra razonar, ni aprender de los ejemplos ya insertos en ella y requiere de la programación humana.

La segunda es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano, resolviendo problemas abiertos de manera flexible, siendo proactiva, auto programándose y teniendo muchas redes neuronales complejas que retroalimentan.

El quid de la cuestión en esta oportunidad es preguntarnos ¿es posible la aplicación de IA dentro del órgano de administración de una Sociedad Anónima?

Para poder desarrollar su actividad interna y externa, la sociedad anónima necesita un órgano que decida, ejecute, que lleve a cabo la gestión cotidiana y la represente, y obligue ante terceros².

El directorio es la estructura institucional de la sociedad anónima de carácter continua y permanente, integrada por una o más personas que tiene a su cargo la dirección y la administración de la sociedad³.

La posibilidad de utilizar la IA dentro de este órgano, nos brinda grandes ventajas, ya que nos ayuda a tomar decisiones más informadas, al gestionar racionalmente grandes cantidades de datos que de otra manera serían difíciles de interpretar, permite a las empresas diseñar mejores estrategias, destacar sobre la competencia o tener mayor conocimiento de los clientes e incluso de sus propios productos.

Pero frente a la implementación de la IA, surgen nuevos interrogantes, por ejemplo ¿Cómo iniciamos una acción social de responsabilidad contra un algoritmo? ¿Cómo determinamos la responsabilidad de la IA? ¿Podemos esperar que un algoritmo actúe con lealtad y diligencia? El régimen de responsabilidad de los administradores está dado por la ley 19.550, en la que se crea esta figura y que regula las obligaciones, deberes, derechos y responsabilidades.

Como ha sido señalado por la doctrina, el artículo 58 de Ley General de Sociedades contiene normas particulares en relación con el régimen de representación de las sociedades comerciales.

En este sentido, en materia de responsabilidades de los administradores podemos mencionar las siguientes: Responsabilidad por haber realizado actos notoriamente extraños al objeto social; responsabilidad por haber realizado actos extraños al objeto social pero no “notoriamente” extraños; violación al régimen de presentación plural; actos cumplidos con conocimiento efectivo del tercero respecto de la infracción cometida por los administradores en relación con la representación plural.

En adición, bajo las disposiciones del artículo 59 de la 19.550, se impone un deber de actua-

¹ CEVASCO, Luis – CORVALÁN, Juan G. – LE FEVRE CERVINI, Enzo M. “Inteligencia artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo”.

² URÍA, Rodrigo, “Derecho Mercantil”, Madrid, 1989, 16° ed., p. 267.

³ ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada”, Buenos Aires, 2006, tomo IV, p. 307

ción que al mismo tiempo supone la abstención de actuación en contra del interés social y hasta la sanción en caso de omisión.⁴

Como consecuencia de ello, los administradores y representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

En efecto, podemos clasificar los diversos supuestos de responsabilidad según el artículo 59 de la siguiente manera: Actuación desleal; no actuar con la diligencia de un hombre de negocios; faltar a sus obligaciones.

Determinar a quién se imputará la responsabilidad generada por una falla de la IA es uno de los grandes desafíos del Derecho Societario actual.

Entendemos que es relevante a estos fines primero, tener en cuenta frente a qué tipo de IA nos encontramos.

Si el órgano de administración de una SA utiliza *soft-IA* y esta falla en el procesamiento de datos, llevando al director a tomar una mala decisión que genere perjuicios a la sociedad o a terceros ¿quién será responsable?

Teniendo en cuenta que en nuestro país el ordenamiento jurídico no ha reconocido personalidad jurídica a las IA, podríamos decir que la responsabilidad recaerá en cabeza del director. En ese caso ¿los administradores pueden ser obligados a trabajar conjuntamente con la IA asumiendo responsabilidad por sus errores?

Si bien las posibilidades de equivocaciones son mucho menores que las de un humano, el punto clave se encuentra en que en determinados casos es humanamente imposible supervisar la tarea que realiza la IA, a diferencia del control que podría tener un superior, por ejemplo, respecto de un personal administrativo.

A su vez, podemos ver esto desde un punto de vista diferente y cuestionarnos, el administrador que teniendo la posibilidad de utilizar IA decide no hacerlo ¿está actuando con la diligencia de un buen hombre de negocios? habida cuenta de la cantidad de beneficios y ventajas que la Inteligencia Artificial trae aparejada.

Por otro lado, si el órgano de administración de una Sociedad Anónima utiliza *hard-IA*, estaríamos frente a un supuesto de reemplazo de uno de sus directores por la IA.

Esta posibilidad es aún discutida porque el director de empresa debe enfrentarse con problemas concretos que requieren soluciones del mismo calibre. Carlos Llano Cifuentes dice que *“la empresa ha dejado de ser un mecanismo cuya dirección está ya previamente señalada, para convertirse, análogamente, en un organismo vivo, que requiere de un ‘cerebro’ rector en constante ejercicio, porque las variantes circunstancias externas le hacen cambiar constantemente de rumbo, y aun de objetivo”*⁵. Es decir, que la actividad de los directores es eminentemente práctica y requiere de la capacidad de intuición.

Es cierto que la IA carece de emociones porque se basa en un saber teórico. Kai Fu Lee, experto en inteligencia artificial, creador de “Siri” señala que la inteligencia artificial no tiene emociones, ni sentimientos, al igual que excel. Sin embargo, puede detectar las emociones, con gran precisión. Cuando conozca una emoción y deduzca computacionalmente cómo reaccionar, podrá fingir felicidad, tristeza o frustración⁶.

Sin embargo, no caben dudas de que existen cuestiones complejas en materia de composición y actuación de los órganos de administración que podrían encontrar novedosas

⁴ VITOLLO, Daniel R, “Responsabilidad de los Administradores de Sociedades Comerciales”, Legis, 2007.

⁵ CIFUENTES, Carlos L., “Análisis de la acción directiva”, Limusa Noriega Editores. 2004.

⁶ KAI FU, Lee, “Las claves educativas en la era de la inteligencia artificial”. Clase del programa BBVA Aprendemos Juntos 2030

soluciones con la incorporación de IA en los directorios de las empresas.

Ante los múltiples beneficios que trae aparejada la Inteligencia Artificial, debemos volver sobre la incorporación de esta en el directorio, pero ya no como una herramienta para los directores sino como reemplazo de los mismos.

Y en tal supuesto, ¿dicha designación se adecúa a la regulación contenida en la Ley General de Sociedades? Esto nos presenta otro gran desafío técnico-jurídico: puesto que la estructura actual del derecho societario o corporativo concibe a los directores de sociedades como personas humanas y forzosamente les impone un marco de deberes y responsabilidades.

¿La inteligencia artificial es capaz de dar respuesta a estos últimos? ¿Podemos exigirle que actúe con lealtad a un algoritmo?

En muchos aspectos de la gestión empresarial, la IA superará a los humanos. Es difícil imaginar que esta infrinja los deberes básicos de un director de una sociedad o que incumpla los deberes que se le imponen. Esto, sin perder de vista que no serán valores inherentes a la IA, sino que aquí cobrará relevancia lo que la doctrina, y la misma sociedad, considere, por ejemplo, como un actuar leal, que será lo que en definitiva la Inteligencia Artificial incorporará como deber.

Continuando en la misma línea de pensamiento, en el supuesto de que fuese posible la designación de la *hard-IA* en el órgano de administración ¿Quién responde ante el daño que pueda causar el accionar de la misma?

Ante esta realidad, surge otro abanico de opciones. ¿Se puede responsabilizar al programador de la Inteligencia Artificial por un error en el actuar del algoritmo? Entendemos que el programador o diseñador de la inteligencia artificial no puede, en el marco de la responsabilidad, quedar ligado a un algoritmo con capacidad propia de aprendizaje.

La opción más polémica es el reconocimiento de la personalidad jurídica a la Inteligencia Artificial, como centro de imputación diferenciado del de su programador, reconociendo los atributos de la persona humana, dotándola de capacidad, y de un patrimonio propio que constituya garantía suficiente para hacer frente a las eventuales responsabilidades que, por ejemplo, puede estar compuesto de la retribución que la Ley General de Sociedades prevé para los directores.

3. Conclusión

A modo de conclusión de esta ponencia, comprendemos la actualidad del tema y el incipiente desarrollo de la inteligencia artificial en nuestro país. En este contexto entendemos que, su existencia en un directorio de una sociedad, con capacidad casi ilimitada de analizar datos con mucha velocidad y proponer respuestas, no presume —ni propone—, por el momento, reemplazar a los directores humanos.

Pero no podemos dejar de reconocer que lo que nos parecía imposible hace 20 años atrás, hoy es una realidad.

Esta ponencia no pretende dar una respuesta a todos estos interrogantes que hemos planteado, pero sí pretende poner en la agenda estos temas que nos competen de cara al futuro. La única conclusión cierta, es que el avance de las tecnologías es inevitable y están siendo explotadas en el mundo en el ámbito societario para generar empleo, mayor rentabilidad y mayor eficiencia.

Consideramos que muchas veces, en esa incesante búsqueda de seguridad jurídica, tenemos una mirada desconfiada de las nuevas formas de hacer negocios, de las nuevas modalidades de trabajo; sin perjuicio de que conocemos muchas de las trampas que se hacen en

relación a cuestiones ya reguladas en la ley.

Esto nos lleva a seguir defendiendo normas imperativas y continuar con la idea de que la regulación trae de la mano seguridad.

Y esto ha cambiado, hace no muchos años atrás nadie consideraba la posibilidad de tokenizar acciones, ni de constituir una sociedad de manera online, ni llevar libros digitales con sistema *blockchain*, ni la existencia de plataformas de Crowdfunding, entre muchos otros ejemplos. Todos estos acontecimientos, nos plantean una forma diametralmente diferente de hacer las cosas, que seguramente será desafiante. No sólo porque tendremos que darles un encuadre jurídico, sino porque modifican lo que ya conocemos y eso implicará, en primer lugar, desaprender prácticas que se encuentran muy arraigadas para aprender nuevas y más eficientes. Y, en segundo lugar, porque uno de los factores clave en la utilización de la innovación en las empresas es la cultura de tolerancia social con el fracaso individual⁷.

Muchas veces hemos discutido diferentes aspectos de la responsabilidad de los administradores y hemos hablado de su “derecho a equivocarse”, indudablemente, frente a la existencia de la IA debemos realizar nuestros máximos esfuerzos para posibilitar el aprovechamiento de todas sus bondades y, a su vez, proteger a los terceros, a la propia sociedad y a sus socios, siempre teniendo en cuenta que la implementación de la misma en los órganos societarios será un proceso, que probablemente tenga fallas y vaya perfeccionándose con el paso del tiempo, de aquí también surge la relevancia que tendrá la autonomía de la voluntad y la posibilidad de la regulación por vía estatutaria.

Haciendo eco del lema de este congreso “*Por un nuevo derecho societario: Libertad bajo responsabilidad*”, creemos que debemos alzar la voz, poner estos temas sobre la mesa, para encontrar la manera de garantizar seguridad jurídica mediante normas imperativas, pero a su vez, brindar libertad y flexibilidad mediante normas supletorias, que no obstaculicen la utilización de nuevas tecnologías, sino que las promuevan, porque cuando el derecho se olvida la realidad, la realidad se olvida del derecho.

Bibliografía

- CEVASCO, Luis – CORVALÁN, Juan G. – LE FEVRE CERVINI, Enzo M. “*Inteligencia artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma de empleo*”.
- CIFUENTES, Carlos L., “*Análisis de la acción directiva*”, Limusa Noriega Editores. 2004.
- KAI FU, Lee, “*Las claves educativas en la era de la inteligencia artificial*”. Clase del programa BBVA Aprendemos Juntos 2030.
- OPPENHEIMER, Andrés, “*Crear o morir. La esperanza de América Latina y las cinco claves de la innovación*”. Editorial Debate. 2016.
- ROITMAN, Horacio, “*Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada*”, Buenos Aires, 2006, tomo IV.
- URIA, Rodrigo, “*Derecho Mercantil*”, Madrid, 1989, 16° ed.
- VITOLLO, Daniel R, “*Responsabilidad de los Administradores de Sociedades Comerciales*”, Legis, 2007.

⁷ OPPENHEIMER, Andrés, “*Crear o morir. La esperanza de América Latina y las cinco claves de la innovación*”. Editorial Debate. 2016.

INSCRIPCIÓN DE INMUEBLES A NOMBRE DE LA SOCIEDAD: NECESIDAD DE ESTUDIO DE TÍTULO

María Valeria Sala Mercado y Cristian Ariel García Li Muli

SUMARIO

A los fines de dotar de seguridad jurídica, la inscripción de inmuebles a nombre de cualquier sociedad requiere de un verdadero “estudio de título”.

En nuestro sistema jurídico argentino se requiere de título y modo a los fines de la transferencia de inmuebles situados en la república (art. 1892 CCCN) y la adquisición o transmisión de derechos reales no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente (art. 1893 CCCN). Dicho esto, entonces, no alcanza con presentar la matrícula/folio real digitalizada sino que será necesario hacer un “estudio de título” cuando se inscribe/transfiere un bien inmueble a nombre de la sociedad. Es que será necesario verificar durante los últimos 20 años la situación posesoria y la cadena de transmisión del inmueble.

De otro costado, si los trámites ante la Inspección de Personas Jurídicas pueden ser realizados sin intervención de profesional especializado¹, Quiénes realizarán tal estudio de título? ¿Recaerá tal control en los entes de contralor, es decir, la Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia y el Registro de la Propiedad?

¹ La ley 10.724 dispone que la IPJ debe cumplir sus funciones de conformidad a la ley 10.618, la cual establece que la actividad de la administración se desarrolle mediante tecnologías de información y comunicaciones, y de esta forma se canalizan por medios electrónicos o digitales las relaciones entre ciudadanos y la administración. A su vez, por medio de la resolución n°57-C/20 del 23/12/2020 de la Inspección de Personas Jurídicas de la Provincia de Córdoba (BO 4/1/2021) se reglamentan las modificaciones dispuestas por la ley 10.724 a la ley orgánica de la IPJ, ley 8652. Conforme al portal web, <https://portalde tramites.cba.gov.ar/doc/MINFIN/IPJ/515.pdf> el TRAMITE requiere: “PRESENTACIÓN DE OFICIOS PARA TRANSFERENCIA DE BIENES REGISTRABLES Inscripción de bienes registrables: Para el libramiento de los oficios de inscripción de bienes registrables, debe presentarse: a) Nota firmada por la persona a cargo de la Representación Legal de la Sociedad solicitando que se libren los oficios, constituyendo domicilio legal electrónico a los efectos del trámite y especificando la documentación que se adjunta. b) Los oficios por triplicado según modelo aprobado por esta Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas, y que se encontrarán disponibles en el Portal Web. c) Informes de dominio y gravámenes actualizados, los que no podrán exceder de los quince días desde su emisión.”

URGENTE NECESIDAD DE LA REFORMA INTEGRAL DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES - INNOVACIONES TECNOLÓGICAS. TIPOS SOCIALES VIGENTES Y A SUPRIMIR. REFINACIÓN DE NORMAS

María Cristina Giuntoli

La Ley General de Sociedades, debe ser objeto de una reforma y adaptación a los tiempos digitales: precisando los Tipos Societarios de real uso; fijando reglas que permitan a las sociedades utilizar las TICs (reuniones por video, digitalización de libros, firma, acciones y certificados por medios inalterables) y aclarando puntos como el de la pluralidad de objeto social, la emisión bajo la par entre otros. Y dejando en claro conforme el Art. 19 de la C.N. que los Organismos Públicos sólo pueden interpretar las normas legales pero nunca integrarlas.

Preliminar

El cuerpo normativo fue puesto en vigencia en el año 1972. Tuvo una modificación bastante amplia de su articulado en el año 1984 por ley 22.903 creando y modificando algunos institutos y dando mayor precisión a otros conforme la experiencia recogida jurisprudencial y doctrinariamente sobre la aplicación de su articulado (arts. 11; 12; 22; 33; 50; 54; 55; 61; 62; 63; 64; 65; 67; 68; 70; 72; 73; 75; 76; 77; 78; 79; 80; 81; 82; 83; 84; 86; 87; 88; 94; 95; 98; 110; 129; 149; 150; 152; 153; 154; 155; 157; 158; 159; 160; 162; 183; 184; 186; 187; 194; 195; 197; 199; 200; 201; 203; 208; 214; 215; 223; 238; 241; 244; 245; 251; 256; 258; 259; 260; 263; 264; 267; 271; 274; 280; 284; 287; 297 y 366). En el año 2015 cuando se derogan los más que centenarios Códigos Civil y Comercial reemplazándolos por un novedoso Código Civil y Comercial único, conforme la ley 26.994, también por este precepto se cambia la denominación de la “Ley de Sociedades Comerciales” por la de “Ley General de Sociedades” -suponemos que a efectos de contener en ella al olvidado Título VII de la Sección Tercera del derogado Código Civil referido a las Sociedades Civiles- se le da nueva redacción a la Sección IV de su Capítulo I, la que resulta muy favorable para las sociedades que carezcan de regularidad registral inicial o sobreviniente (aquí creo que encuadramos también a las Sociedades Civiles existentes que perdieron su lugar en el actual C.C.y C.), y se efectúan agregados incrustados a normas ya existentes para contener en esta directriz a las Sociedades por Acciones Unipersonales (SAU).

I. Sinceramiento: ¿Sociedades Anónimas? No: Sociedades Accionarias

Se sigue regulando como “Sociedades Anónimas”, inexistentes en nuestra régimen desde hace 27 años conforme lo dispuesto por la Ley 24.587 de “Nominatividad de Títulos Valores Privados” de 1995, a las Sociedades por Acciones de la Sección V del Capítulo II de las disposiciones, tanto en el título como en la referencia a “Acciones al Portador” y en

el articulado siendo la única referencia a que ya no existe el anonimato de los titulares de las Acciones, el “Asterisco” puesto en el Art. 208 referido justamente a la “Forma de los Títulos”. Por ello es imprescindible sincerar que en nuestro derecho societario no existe la Sociedad Anónima y no conservar en la el cuerpo legal, un tipo societario derogado.- También resulta indispensable dar rango legal a la existencia de Acciones Digitales, así como la expedición a sus titulares, del respectivo certificado en igual soporte, para su acreditación a los fines participar en asamblea o realizar otros trámites ante la sociedad. Así también dar cabida a la posibilidad de que lleven libros digitales que la actual tecnología permite que sean inalterables, tanto a las sociedades por acciones, como todas las que la nueva redacción legal les confiera entidad de Sociedades Regulares.

II. Innovaciones tecnológicas. Admitir su uso por todas las sociedades.

Se reitera la necesidad de regular la posibilidad de que los libros sociales sean llevados en forma digital, con las medidas de seguridad tecnológicas que los hagan inviolables¹.-

Es urgente también dar eficacia legal a las **Innovaciones Tecnológicas**, a las que la “Pandemia 2020/2022?” nos hizo llegar tan rápidamente, así como a la posibilidad de que las **Reuniones de Socios o Asambleas de Socios o Asambleas de Accionistas se celebren por medio de Video-conferencias, permitiendo participar de ellas aun a socios que se encuentren en el exterior, ya que todas las plataformas que han permitido la realización de este tipo de reuniones** (las que fueron aprobadas por Autoridades de Control Societario, durante la vigencia de las restricciones de contacto social establecidas por la pandemia), cuentan con sistema de grabación del video². Y dado que existen en el país Entidades Públicas y Privadas Certificantes de Firma Digital (ejemplos: Autoridad Certificante ONTI Ministerio de Modernización (en trámite de modificación su denominación conforme Decreto N° 50/2019), “Box Custodia de Archivos S.A.”, “DIGILOGIX S.A.”, “ENCODE S.A.”, “LAKAUT S.A.”) , **puede reverse su incorporación a la LGS y también realizar la modernización propuesta respecto de los miembros del Órgano de Administración, así como los del de Control Interno y los socios (para poder a más de participar de las Reuniones puedan ser firmantes de ellas), tengan oportunidad de utilizar la firma digital.**

En este tema se ha tomado la propuesta de la Senadora Carmen Lucila Crexell (salvo en lo que denomina “sociedad anónima”), en el Proyecto S-0071/2022 que se encuentra desde el 10 de marzo de 2022 a consideración de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Senadores de la Nación³, ya que resulta mucho más amplio en el uso de las TICs que la reforma al Art 61 LGS de la ley N° 27.444 .-

Se hace la salvedad en esta ponencia, de que aun en épocas de normalidad será lo más congruente para el legítimo actuar de las sociedades: que **los miembros del Órgano que cita a reunión de socios por Video-conferencia deben encontrarse en la Sede Social** (ya que allí es donde las Autoridades de Control o la Judicial, deben dirigirse físicamente por control o reclamos).

¹ “Ley General de Sociedades: apuntes para la adecuación al presente y al futuro”. especialmente punto III, por Fraguas, M y Schnidrig, A publicado en RCC y C 2022 (junio), 07/06/2022, 70. Cita TR LALEY AR/DOC/1487/2022.

² “Reuniones a distancia”, Cordero Anahí, DECONOMI, Año 3 N° 3 Págs. 49 a 67

³ Expediente Senado: 0071-S-2022 Publicado en: Diario de Asuntos Entrados N° 4 Fecha: 02/03/2022: Crexell reproduce el Proyecto de Ley que modifica su similar 19.550 -Sociedades Comerciales-, Respecto de la posibilidad de realizar Reuniones Societarias No Presenciales y la Utilización de Registros Digitales (ref. S. 862/20). <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verexp/71.22/s/pl>

III. Los tipos societarios. Tipos caídos en desuso. Tipos vigentes a considerar. Quizá un nuevo tipo.

No puede ignorarse que en la actualidad las personas desean encarar sus negocios exponiendo en ellos, sólo parte de su patrimonio, solicitando la limitación de su responsabilidad individual. Esto llevó a admitir en legislaciones de un importante número de países, a la organización comercial armada por una sola persona como tipo societario, **la que sólo responderá por dicho emprendimiento con el capital que haya destinado al objeto determinado de la misma así como con el patrimonio que se forme a partir de sus específicas operaciones**, sobre lo cual por ejemplo, la UNCITRAL dentro del marco de políticas de apoyo a las MIPYME, desde su Reunión Anual de 2014 señaló que: “la tendencia más reciente en la mayoría de los regímenes jurídicos es a permitir la constitución de una empresa unipersonal de responsabilidad limitada...”⁴, la que recomendó como adecuada para proteger a las pequeñas empresas, basándose en una anterior Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y su propio Consejo, del 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de socio único⁵, y encontrándose este tipo incorporado a la LGS en nuestro país desde 2015 como Sociedad Accionaria Unipersonal (SAU) y creándose la denominada “Sociedad Accionaria Simplificada” (SAS) por Ley N.º 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor, similar a las formas así reguladas en otros países de Latinoamérica (Chile, Colombia, Perú, Dominicana, Uruguay), sobre ello, en la reforma propuesta debería:

- A. preguntarse si resulta útil mantener en la Ley General de Sociedades normas relativas a las denominadas Sociedades de Interés: las **Sociedades Colectivas, las Sociedades en Comandita Simple y las Sociedades de Capital e Industria, y la respuesta es que no**. Pero como sin embargo existen aún personas jurídicas actuando bajo esos tipos, si debería establecerse en una o unas pocas normas, que ellas se seguirán rigiendo para su funcionamiento, por sus contratos y modificaciones regularmente inscriptos y para la disolución por la legislación de sociedades vigente a ese momento;
- B. analizarse a las actuales **SAU y SAS**, desde el punto de vista de la realidad, es decir el del **Empresario Individual**, generalmente un **pequeño inversor, que quiere limitar su responsabilidad respecto de los actos objeto de su giro comercial (MIPYME o potencial Startup), a un capital que determinará en una declaración jurada (no contrata consigo mismo) a registrarse para que sea conocida por los terceros, y al patrimonio que surja de la empresa que acomete**. Parecería que la sociedad regulada en el Título III de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, no es la forma adecuada para dar inicio a la actuación de un pequeño emprendedor, y por eso ya se presentó -en 2019- un proyecto de ley para cambiar su sustancia jurídica denominándolas “Instituciones” o “Emprendimientos” como hace la ley vigente respecto de los terceros aportantes de capital (no emprendedores) que invertirán en los emprendimientos, firmado por los Di-

⁴ A/CN.9/WG.I/WP.86 – UNCITRAL “23º período de sesiones, 17-21 de noviembre de 2014, Viena” Microempresas y pequeñas y medianas empresas - Cuestiones jurídicas relativas a la simplificación de la constitución de sociedades Págs. 13/14 https://uncitral.un.org/es/working_groups/1/msmes .

⁵ DIRECTIVA 2009/102/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 16 de septiembre de 2009 en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0020:0025:ES:PDF>

putados Lipovetzky y Borsani ⁶. Sin embargo, se entiende que resulta más conveniente, como soporte del emprendedor, la: **“Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL)”** con **Un Titular Persona Humana** (nace para apoyar al pequeño emprendedor) dentro de los lineamientos generales del Proyecto S-288-2019, de la Senadora Norma Haydee Durango: *“Toda Persona Humana con capacidad legal para contratar podrá constituir una o más Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL), con objetos distintos, afectando a cada una de ellas una parte de su patrimonio que constituirá el capital inicial de cada unidad. Los bienes que conformen el capital de la EIRL constituirán un patrimonio de afectación, separado del patrimonio general del titular.”*, según el texto con media sanción de la Cámara Alta de fecha 17 de julio de 2019⁷, pero con la salvedad que denominaría a este como sujeto: **“Empresario Individual con Responsabilidad Limitada”**;

- C. considerarse **eliminar**, como ya propusiera en el año 2004⁸, la **“Asociación Civil Bajo Forma de Sociedad”** aún regulada en el artículo 3ro. de la LGS, ya que esta estructura, **no constituye un Sujeto de Derecho sino que se utilizó como forma de reglamentar Derechos Reales**, ejemplos: los “Complejos Habitacionales Cerrados”, “Cementerios Privados” y el “Sistema Vacacional de Tiempo Compartido” a los que el actual C.C. y C. ya ha dado expresas soluciones;
- D. y decidir si la **Sociedad Civil**, hoy subsumida dentro de las “Sociedades de la Sección IV”, será incorporada como Tipo Regular, o permanecerá dentro del limbo, muy favorable de las atípicas, que si bien no se inscriben pueden adquirir bienes registrables (aun un inmueble) indicando la proporción del valor de los mismos que pertenecen a cada socio ante el Registro Público correspondiente al bien, indicación que servirá seguramente, si tuvieran una disolución litigiosa, para determinar la participación de cada socio. Y sobre **las sociedades atípicas** resolver si continuaran bajo un régimen amplio de actuación sin cumplir las obligaciones que tienen las que adoptan los tipos regulares, observándose que el resultado de mantener estas normas puede producirá un fomento de la informalidad de los sujetos comerciales colectivos en su giro mercantil, en tanto que ni los organismos oficiales les requieren subsanación para adquirir o enajenar bienes registrables, o para obtener su CUIT ante la **AFIP**. Al respecto deberá tenerse en cuenta que la misma **UNCITRAL** ya recomendaba en 2018 en el *“Proyecto de guía legislativa sobre los principios fundamentales de un Registro de Empresas:...que los Estados, incluso los que no exijan la inscripción registral de las empresas como requisito indispensable, consideren la posibilidad de permitir, aunque no necesariamente exigir, que las empresas de todos los tamaños y formas jurídicas se inscriban en el registro de empresas... y adoptar medidas para racionalizar y simplificar sus sistemas*

⁶ Expediente Diputados: 3020-D-2019. Trámite Parlamentario N° 79 Fecha: 18/06/2019. Apoyo al Capital Emprendedor - LEY 27349 -. Modificaciones. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3020-D-2019&tipo=LEY>

⁷ Proyecto 288/19. Senado de la Nación: Proyecto De Ley. Durango: Reproduce el Proyecto de Ley que crea la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada (EIRL) . (REF. S. 2175/17) <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/288.19/S/PL>

⁸ IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa . San Miguel de Tucumán 2004, “Asociación Civil bajo forma de Sociedad eliminación de la figura de ley de sociedades. Giuntoli, M.C. Libro Ponencias Págs. 311 a 313. Antes en “Asociaciones bajo forma de sociedad: aplicación de la realidad.”, Giuntoli, M.C. en “Negocios Parasocietarios” Obra Colectiva. Págs. 258 a 271 . Ed. Ad Hoc Bs. As. 1994. <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1466/CDSo9o1o311.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de inscripción registral de empresas. Cabría esperar que, si se agilizan y simplifican los trámites necesarios para inscribir una empresa en el registro, se facilite la constitución de empresas de todos los tipos y tamaños...⁹.-

IV. Mayor precisión de algunas normas

Por supuesto resulta conveniente realizar en la reforma propuesta especificaciones relativas a:

la pluralidad de objeto social, la cual ahora interpretamos desde el Art. 31 de la sistema jurídico societario, en cuanto señala la prohibición tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad salvo para el caso de aquellas “cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión” y en el entendimiento de que, como expresara Efraín Hugo Richards en su trabajo: “Objeto Social (Comercial o Civil de Sociedad Civil o Comercial y lo Importante)”, en 2010, referido a Artículos actualmente vigentes en la Ley General de Sociedades: “el objeto social no es un conjunto de categorías de actos sino que su función es determinar las operaciones que la sociedad necesita realizar para el funcionamiento de la empresa de la que es titular. Esto conlleva no a una restricción en la legitimación para actuar sino la exigencia impuesta a los órganos societarios de respetar tal elemento esencial y actuar encuadrándose en el mismo...” “...el art. 11 inc. 3º al exigir que el objeto social sea preciso y determinado .debe interpretarse en función de los arts. 58, 94 Inc. 4º, 244, 245 además de los arts.18, 19 y 20”¹⁰. Al respecto existe un proyecto del Diputado Luis Contigiani, que modifica el Artículo 2º de la LGS aclarando en su Inc. c) que su Objeto podrá ser plural ¹¹;

el tema de la libertad de interpretación por los constituyentes de una sociedad o los socios de la misma de las regulaciones de la LGS respecto de todo aquello que no vaya contra normas imperativas de la propia LGS u otra legislación especial. Si bien al respecto existe presentado en la Cámara de Diputados Proyecto de “Modificaciones sobre la Libertad de Asociación. Modificación del Código Civil y Comercial de la Nación” de los Diputados Patiño, Sánchez, Stefani, Torello, Alcega, Fregonese, Schiavoni y Aseff,¹², debo dejar constancia que no puedo compartir el mismo, atento a que su redacción es tan radical que impide aún el control más austero de los Registros Públicos de Comercio y/o Direcciones/ Inspecciones de Personas Jurídicas. Organismos a los que se les atribuyó, en ejercicio del Poder no Delegado por las Provincias, por leyes de cada una de las jurisdicciones la facultad de interpretación de la LGS, conforme su letra y espíritu, tal como surge de lo que tenemos cual guía rectora en materia jurídica: los *Principios Generales del Derecho*, y en consonancia con las demás leyes especiales que fijen pautas imperativas en la materia. Además reiteraríamos lo expresado en el Art. 19 de la Constitución Nacional, respecto a que nadie

⁹ A/CN.9/WG.I/WP.109 - Proyecto de guía legislativa sobre los principios fundamentales de un registro de empresas Pág. 3 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V18/000/35/PDF/V1800035.pdf?OpenElement>

¹⁰ Objeto Social (Comercial o Civil de Sociedad Civil o Comercial y lo Importante) Efraín Hugo Richards, Libro AAVV en “Homenaje al Dr. Juan B. Farina Págs. 287 a 328”, “Conflictos en Sociedades Comerciales y Concursos”, Ed. Zeuz, Rosario, sin fecha de edición, presentado en Rosario en Acto del 30 de marzo de 2010.

¹¹ Expediente Diputados: 2566-D-2021. Diputado Contigiani. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 72. Fecha: 14/06/202. Sociedades Comerciales - LEY 19550 -. Modificación del Artículo 11, sobre Instrumento de Constitución. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/2566-D-2021.pdf>

¹² Expediente Diputados: 3690-D-2021 Publicado en: Trámite Parlamentario N° 127 Fecha: 02/09/202. Sociedades Comerciales - Ley 19550-. Modificaciones sobre la Libertad de Asociación. Modificación del Código Civil y Comercial de la Nación. <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/3690-D-2021.pdf>

“será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, por tanto resulta el proyecto redundante en lo jurídico. Y en lo político tampoco modificará tendencias y actividades consecuentes.

Conclusiones

De todo lo analizado se desprende que a 50 años de su entrada en vigencia y pese a sus dos acotadas modificaciones (1984 y 2015), la hoy titulada Ley General de Sociedades, debe ser objeto de una profunda reforma jurídica y de adaptación a los tiempos digitales, de esta segunda decena del Siglo XXI. Redactándose con claridad las normas que ordenarán: 1) los Tipos Societarios vigentes y de utilización real; 2) añadiendo en sus disposiciones la aptitud de ellas para utilizar todas las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs): como las reuniones por video-conferencia, digitalización de libros sociales, firma de sus autoridades y socios, acciones y certificados digitales, con requerimiento estricto de seguridad e inalterabilidad de los medios; 3) reglando cuestiones como: la referida a la pluralidad de objeto social; qué emisión de acciones bajo la par; 4) precisando que conforme lo dispone el Art. 19 de la Constitución Nacional que los Organismos Públicos solo pueden interpretar las normas legales pero nunca integrarlas, sin olvidar que ello no es impeditivo de su aplicación de leyes especiales, de carácter imperativo que alcancen a las sociedades. –

LA TRANSFORMACIÓN TECNOLÓGICA EN LOS PROCESOS SOCIETARIOS. EL BLOCKCHAIN COMO INSTRUMENTO DE SEGURIDAD JURÍDICA DEL FUTURO

Ricardo Mariano Lucarelli Moffo¹. Colaboración de Pamela Cecilia Almirón²

SUMARIO

Las nuevas tecnologías impactan día a día en los diversos aspectos de la actividad jurídica. El derecho societario no es ajeno a ello. Un instrumento que viene generando amplia aceptación y genera eficiencia y transparencia en los procesos es la tecnología Blockchain. Un sistema de bloques sucesivos que permite el resguardo inalterable y seguro de información. Los procesos societarios y el resguardo de la información primordial para el cumplimiento de los objetivos de aquellas, podrán tener una adecuada respuesta tecnológica en el uso del Blockchain, que asimismo permite su combinación con instrumentos de inteligencia artificial.

Las sociedades comerciales en la Argentina cuentan, desde 1972, con una regulación específica de su existencia y funcionamiento a través de la sanción de la ley 19550. Desde su inicio, esta norma ha planteado estructuras semi rígidas a través de formas asociativas cerradas, llamados tipos societarios. La impronta de esta regulación ha sido, en sus orígenes, dotar a la tipicidad como el signo de seguridad jurídica.

El formato papel y la presencialidad han sido factores fundamentales en la ley societaria. Sin embargo, los avances y cambios del tráfico comercial se han orientado hacia una mayor flexibilidad en la construcción de estructuras jurídicas para el establecimiento de emprendimientos que respondan más adecuadamente a las necesidades de cada caso en particular. Así, en 2015 con la reforma de la misma ley, se han introducido novedades que han flexibilizado las figuras y los procesos societarios. Sin perjuicio que la normativa podría decirse que ha quedado a medio camino, hoy puede afirmarse que nos encontramos frente a la posibilidad de la modernización del derecho societario argentino. A ello, ha contribuido positivamente la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que ha introducido novedosas posibilidades de dar respuesta a circunstancias societarias mucho más eficientes y modernas (reuniones a distancia, documentos digitales, entre otros).

Las tecnologías más modernas han penetrado transversalmente en todos los aspectos del mundo jurídico, y el derecho societario no ha sido ajeno a ello. La mentada modernización de esta disciplina, hoy se encuentra al alcance de la mano, en muchos aspectos en forma operativa actualmente (registros digitales, firma digital, reuniones a través de teleconferencias, inteligencia artificial, son algunos ejemplos). Sin embargo, existen nuevos recursos tecnológicos que permiten dotar a los procesos societarios de mayor transparencia y segu-

¹ Profesor Asociado Ordinario del Departamento de Derecho de UADE

² La presente ponencia se ha realizado con la colaboración de Pamela Cecilia Almirón, alumna de la carrera de Abogacía de UADE

ridad jurídica, garantizando confiabilidad y eficiencia.

En este contexto, encontramos la *Blockchain* como una tecnología de datos que permite a los individuos compartir el acceso a los datos con confianza, y que puede contribuir significativamente en la práctica societaria. Por medio de ella, los individuos pueden compartir datos de una manera segura, pueden confiar en que los datos no se han manipulado y pueden controlar el acceso en cuanto a quién puede verlos. En la actualidad, esta tecnología tiene una gran popularidad en lo que respecta a los servicios financieros por su uso en el soporte de transacciones, pagos y criptomonedas. Mediante la aplicación de la *Blockchain* en el área del derecho societario se puede lograr una mejora en los aspectos fundamentales del mismo.

Breve reseña de los principios básicos de la tecnología *Blockchain*.

Blockchain es una tecnología que proporciona una base de datos distribuida, inmutable y basada en una secuencia creciente de bloques, de ahí su traducción al español como “cadena de bloques”. Estos bloques, al ser públicos, conforman un sistema abierto que potencia la confianza en base a la transparencia y a la solidez de la técnica de construcción de la *Blockchain*. La tecnología descrita permite a las partes intercambiar cualquier tipo de datos digitales sin necesidad de un intermediario, gestionando su registro propio los participantes de la red o cadena (Boucher). Estos datos pueden representar desde dinero hasta contratos y certificados o cualquier tipo de transacción o activo que pueda ser digitalizado. Asimismo, uno de los elementos más importantes a considerar sobre esta tecnología es que, por definición, se trata de un sistema que permite a las partes que no tienen plena confianza entre sí mantener un consenso sobre la existencia, estado y evolución de un conjunto de factores compartidos: los datos. El consenso es precisamente la clave de un sistema de cadena de bloques porque es la base que permite a todos los participantes confiar en la información registrada en él. Este es un aspecto con un enorme potencial para transformar innumerables actividades del ámbito societario³.

El contenido del *Blockchain* está dado por datos que son almacenados en un determinado bloque y periódicamente copiados en otros para asegurar su resguardo. De esta forma, se genera una sucesión de copias idénticas entre sí, que permite la confianza del sistema, dado que, al requerirse la reproducción del dato guardado, cada copia o bloque estará garantizando la exactitud del propio dato guardado en los bloques. Se torna casi imposible la posibilidad de alterar información que contenga la sucesiva cadena.

Los datos guardados en *Blockchain*, queda resguardado en forma inalterable. Una vez generado el dato y guardado en la cadena, nadie podrá modificar sus contenidos, sin las debidas autorizaciones, o avisando a las partes involucradas que el dato sufrió alguna alteración. Este proceso se asemeja a un sellado de información entre bloque y bloque.

La garantía de copiado de información en los diferentes bloques, se concreta gracias a que los datos resguardados se almacenan en los llamados “nodos” que son computadoras enlazadas entre sí a través de un mismo software, y conectados todos ellos a la red. Los bloques con datos, se genera sucesivamente, a través de los llamados “hash”, que constituyen algoritmos matemáticos capaces de reproducir la sucesión de bloques con la misma información de datos⁴.

³ Preukschat, A.; Kuchkovsky, C.; Gómez Lardiez, G.; García Díez, D.; Molero, I. (2017). *Blockchain: la revolución industrial de Internet*. Barcelona: Grupo Planeta. p. 12-13. ISBN 978-8498754476.

⁴ Bartolomeo, Alejandro; Machin Urbay, Gustavo. (2020). *Introducción a la tecnología Blockchain: Su impacto en las ciencias econó-*

Entre las ventajas de este sistema, podemos destacar varios factores: la seguridad que otorga a cada operación que involucre el *Blockchain*, que determina la encriptación en un determinado código de toda operación, lo que permite garantizar la efectividad de la misma, y el resguardo de todo respaldo documental. La celeridad, por su capacidad de procesar mucha información al mismo tiempo. Y la finalmente la garantía de que no existe intermediación en las operaciones con *Blockchain*; no habiendo terceros entre las partes⁵.

Ventajas en el derecho societario.

La utilización de *Blockchain* en sociedades, ha sido recepcionada desde 2016 en el Estado de Delaware (Estados Unidos), a través de una modificación a su ley societaria, incorporando la implementación de bases de datos en archivos públicos, y la automatización de operaciones societarias a través de *Blockchain*.

La implementación de esta herramienta tecnológica podría ser de significativa evolución del derecho societario.

A través de esta tecnología, se puede dotar de mayor eficiencia a la tramitación de procesos ante los Registros Públicos, junto con la aplicación de inteligencia artificial puede contribuir significativamente a automatizar la expedición o renovación de documentos de la sociedad ante la autoridad de registro, como así también aumentar la velocidad de búsqueda de los mismos, lo que reducirá errores y, por consiguiente, también costos. Además, los certificados que se emitan no requerirían una auditoría o revisión previa⁶.

Asimismo, el sistema de registro de capital social en sociedades por acciones también se agiliza con el uso de *Blockchain*, en tanto éste funciona como almacenamiento de todos los datos vinculados a los accionistas de la sociedad, dotando de transparencia e inmediatez cualquier tipo de modificaciones en las tenencias y titularidades. Este recurso permite mejorar sensiblemente la información que se requiere en tiempo real y en forma simultánea en los procesos de transacciones dinámicas del mercado de capitales. En mercados como el Nasdaq, se utiliza la tecnología *Blockchain* a través de la plataforma Nasdaq linq, que permite agilizar el acceso a información para inversores de alto riesgo. También la plataforma utiliza inteligencia artificial y construye intuitivamente escenarios de riesgos y oportunidades, de acuerdo con los datos volcados a la *Blockchain*. También la Bolsa de Comercio de Santiago (Chile), ha implementado la tecnología *Blockchain*⁷. Se puede garantizar de esta forma una mejora en todo el sistema de cumplimiento de información y procesos que requieren las autoridades de mercado de valores. Las acciones y la información relacionada con la sociedad estarían claras para inversores, intermediarios y emisoras en tiempo real.

Se mejora la gestión de los registros societarios internos. Actualmente, los registros (contables y transaccionales) están centralizados, lo que genera que el almacenamiento de datos se encuentre en una sola ubicación informática. Esto no solo genera demoras innecesarias al momento de emitir certificados y constatar la información, sino que también se constituye como una amenaza a la ubicación informática de esos datos, siendo un blanco perfecto para un ataque informático. Al implementar la tecnología *Blockchain*, se logra una

micas. Universidad Nacional de Cuyo. Disponible en <https://cvl.bdigital.uncu.edu.ar/15304> (último acceso 24/07/22).

⁵ Matesanz, Vanesa. (2022). *Qué es el Blockchain, cómo funciona y cuál es su relación con los criptos*. Disponible en www.finect.com. (último acceso 25/07/22).

⁶ Remolina, Nydia. (2017). *La incorporación de Blockchain en el Derecho de sociedades de Delaware*. Disponible en www.derechoyfinanzas.org (último acceso 25/05/22).

⁷ Bartolomeo, A.; Machin Urbay, G. Op. Cit.

gestión distribuida que replica la información y los activos digitales en los distintos nodos de la red, resultando en un almacenamiento más confiable, transparente y seguro.

Una gran utilidad del sistema de la cadena de bloques es que todos los procesos, cambios y transferencias realizadas con relación a una sociedad quedarán inmediatamente registradas en dicha cadena de bloques. Esto vuelve a la información contenida en los bloques verificables, trazables e inmutables.

La tecnología *Blockchain* permitiría generar un registro digital del voto de cada socio en el órgano de gobierno, las decisiones del órgano de administración y del órgano de control, ya sean estas virtuales o presenciales. El proceso de construir un bloque de transacciones y agregarlo permanentemente a la cadena de bloques se llama sellado o minería y, tal como hemos mencionado anteriormente, una vez que se sella un bloque, la información que contiene se convierte en parte integrante de una cadena permanente, inmutable e inalterable. Los beneficios que ofrece este sistema para proteger el derecho a voto se pueden resumir en: validez de resultados, transparencia de procesos y velocidad de conteo, propiciando un aumento en la eficiencia operativa en la seguridad en el ejercicio del derecho. Asimismo, se optimizan los tiempos, se eliminan trámites y se accede en tiempo real a la información sobre la votación realizada por cada socio miembro del órgano de administración o de control. Por último, se verifica una posibilidad de dotar a las transacciones de la sociedad con terceros, a través de la vinculación contractual que se genere a partir de inteligencia artificial y la utilización de *Smart contracts*, resguardada por el *Blockchain*. Ello permite una customización y satisfacción acabada de cada operación contractual de la sociedad con su entorno, así como también elimina costos, dado que la transparencia del *Blockchain* agiliza procesos de autorizaciones que existen en el sistema tradicional. Varias sociedades ya utilizan este sistema de una manera eficiente, y verificando en tiempo real el sentido de los votos de accionistas dispersos en diferentes partes del planeta, con la seguridad en la verificación de sus identidades.

Conclusiones.

Aplicado al derecho societario, el uso del *Blockchain* permite la automatización y absoluta seguridad de procesos societarios, tales como inscripciones registrales en registros públicos, la inalterabilidad de los contratos que se celebran en nombre de esta, el registro de toda la documentación societaria, la información automatizada y en tiempo real de los socios que conforman a la sociedad, así como también, la posibilidad de dotar a la sociedad con aportes en criptomonedas (algo inédito en Argentina).

Resultaría entonces necesario evaluar en el futuro, cuáles serían las regulaciones necesarias en nuestra estructura normativa para habilitar, de una forma adecuada, las nuevas tecnologías que ya están desarrollándose con fuerza en diferentes mercados del mundo y que inexorablemente impactará en nuestro medio en poco tiempo, o ahora mismo.

TOKENIZACIÓN DE ACCIONES: LA TITULIZACIÓN DEL FUTURO

Rocío María Inés Niño

SUMARIO

La tokenización de acciones es jurídicamente posible en la República Argentina. La representación digital de acciones en un registro digital encriptado, es una forma más de titulización de esta clase de títulos valores. La Ley General de Sociedades (LGS) admite lisa y llanamente prescindir de las formalidades impuestas por el art. 213 LGS (libro de registro de acciones) y llevar los libros societarios en Registros Digitales y no impone ninguna limitación en tal sentido. La tokenización de acciones proporciona seguridad jurídica, transparencia y trazabilidad de las transacciones, de manera tal que - a diferencia del registro papel "rubricado y foliado" - constituye verdaderamente un medio adecuado para el cumplimiento de todos los fines que persiguen diversas normas de la LGS, principios del ordenamiento jurídico argentino en general y normativa nacional e internacional antilavado, anticorrupción, identificación y verificación de la identidad del titular de acciones, entre otros beneficios que reducen costes de transacción.

*"Después que se ha contemplado los conceptos en toda su pureza y hermosura ideales, se espanta uno al mirar estos esferpentos."*¹

Planteo del problema.

Se denomina acción a la parte alícuota en la que se divide el capital social de una sociedad por acciones, al derecho que tiene el socio a dicha porción de capital y al título representativo del status de socio.²

La Ley General de Sociedades (en adelante LGS), establece que las acciones pueden ser representadas en títulos (art. 208), los cuales actualmente solo pueden ser del tipo nominativos no endosables (conforme Ley 24.587) o, que no se representen en títulos, sino que se inscriba a sus titulares en cuentas, en un registro que llevará la sociedad emisora o entidades autorizadas (art. 208 párr. 5 LGS): las llamadas acciones escriturales.

Asimismo, en el caso de optar por la emisión de títulos, la ley exige un contenido mínimo de los mismos (art. 211 LGS) y, en cualquier caso (tanto para las nominativas no endosables como para las escriturales), establece la obligatoriedad de contar con un libro de registro de acciones (art. 213 LGS), en el cual se asentará la situación jurídica de las acciones y sus modificaciones. Particularmente, en cuanto a la transferencia de acciones nominativas o escriturales, la norma de circulación impone para su oponibilidad la inscripción en dicho libro (art. 215 LGS). Esto implica que, las partes (transmitente y adquirente), requieren de un tercero (sociedad emisora, Directorio con control del registro, entidad autorizada, etc.) que efectivice tal

¹ VON IHERING, R., *Jurisprudencia en broma y en serio*. En el cielo de los conceptos jurídicos. Traducción de la tercera edición alemana por ROMÁN RIAZA, Catedrático de Historia del Derecho, Madrid, 2015, p. 328.

² FISHER, R.: *Las Sociedades Anónimas, Su régimen jurídico*. Trad. W. Rocés, Madrid, 1934, citado CERVANTES AHUMADA: *Títulos y Operaciones de Crédito*, Tercera edición. Ed. Herrero, México D.F., 1961, p. 162

registro, que en cierta manera “valide” esta operación y, pareciera ser que hasta tanto ese registro no está satisfecho, el contrato de transmisión de acciones no surte plenos efectos.³ En este punto es dable inquirir: ¿Es el registro papel un registro verdaderamente confiable, transparente y trazable de las transmisiones accionarias? ¿Podría ser este proceso más eficiente, seguro y verdaderamente transparente?

Tokenización de acciones

a) Generalidades

La tokenización de activos no es una novedad en Derecho. Existen diversas experiencias en la que este fenómeno es ya una realidad⁴ y, también, algunos países que han dado un marco legal a la temática de manera particularizada.⁵

La tokenización, es un proceso en el cual un activo real (que puede ser básicamente cualquier cosa: material o digital) es representado digitalmente, mediante herramientas de programación, en un libro mayor digital, que se encuentra en un registro distribuido o descentralizado.⁶

Este registro distribuido (DLT) es una base de datos encriptada, compartida y distribuida que sirve como un depósito público irreversible e incorruptible de información.⁷ Decimos que es distribuido porque existen múltiples copias idénticas de los datos contenidos en él, distribuidas entre varios participantes, las cuales se actualizan de manera sincronizada por normas de consenso establecidas por las partes.

Una de las especies de tecnologías DLT es la *blockchain*, o cadena de bloques. En la cual, se agrega un nuevo bloque de datos al final de la cadena, solo después de que las computadoras en la red (nodos) alcancen consenso en cuanto a la validez de la transacción.⁸ Siendo entonces su principal característica, la imposibilidad de modificar o alterar la cadena y la descentralización, en tanto la misma no puede ser controlada por nadie.

Todo lo cual, le otorga a este registro mayor ciberseguridad, aumenta la transparencia y la trazabilidad de las transacciones. Puesto que, una vez que se ha agregado un bloque a la cadena de bloques, ya no puede ser eliminado y, además todas las transacciones que contiene pueden ser accedidas y verificadas por cualquier persona en la red. De esta manera,

³ Así lo entiende y la ha entendido la doctrina y jurisprudencia argentina imperante sobre el asunto. Ver, por ejemplo: CÁMARA SE-GUNDA DE APELACIONES de la provincia de Mendoza, “Sorrentino Ariel C/ Alfredo S. Sorrentino S.A. P/ Cuestiones Derivadas De La Ley De Sociedades”. 12 /09/2016. CNCom. SALA C Rodríguez, Ana María c. Pedro Rodríguez Cima SCA s/medida precautoria, 24/05/2012. Cita: TR LALEY AR/JUR/30299/2012.

⁴ Suiza, 2019 primera tokenización inmobiliaria, mediante tokenización de acciones, recuperado de <https://medium.com/blockimmo/hello-world-from-the-crypto-valley-first-real-estate-transaction-on-blockchain-zbf985b0ff3>. Francia, 2019, primera tokenización en Francia bajo legislación francesa, recuperado de <https://www.forbes.com/sites/kamranrosen/2019/06/30/europe-completes-its-first-ever-blockchain-real-estate-sale-for-65-million/?sh=43ee2bd05a89>.

⁵ El estado de Delaware en 2017, admitió la tokenización de acciones; Iowa y Wyoming reconocen validez legal a los *smarts contracts*. Ver, por ejemplo, el caso de las legislaciones de: 1) Suiza, que modificó el Código de las obligaciones, permitiendo expresamente que la DLT (entidades que llevan el registro electrónico) puedan actuar como registro electrónico de derechos, de manera tal que puedan garantizar el tráfico de títulos valores tokenizados. Es importante reseñar que también se modificó la ley de mercado de capitales y de quiebras; 2) Liechtenstein, su legislación ha previsto expresamente que cualquier derecho puede ser digitalizado y tokenizado. El activo tokenizado no cambia su naturaleza, en el caso de una acción, por ejemplo, la misma no dejará de ser un título valor, sino que pasará a tener una forma de representación digital, que permita facilitar su negociación. En el modelo de Liechtenstein cada paso para la creación de un token requiere de una licencia o autorización estatal específica, desde su generación (*token generator*), su validación física (*physical validator*), su emisión e intercambio (*token exchange*) y custodia (*token depositary*).

⁶ OECD (2020), *The Tokenization of Assets and Potential Implications for Financial Markets*, OECD *Blockchain Policy Series*, disponible en: www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.htm.

⁷ WRIGHT, AARON - DE FILIPPI, PRIMAVERA, *Decentralized blockchain technology and the rise of Lex Cryptographia*, publicado en 2015, recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664.

⁸ PEDRO FRANCO, *UNDERSTANDING BITCOIN: CRYPTOGRAPHY, ENGINEERING, AND ECONOMICS* 15 (2014), citado por: WRIGHT, AARON - DE FILIPPI, PRIMAVERA, 2015.

se convierte en un registro de carácter permanente que todas las computadoras conectadas a la red pueden usar para coordinar una acción o verificar un evento cualquiera.⁹ Por supuesto, con las salvedades del caso de las redes privadas.

b) Procedimiento de tokenización. Utilidad: ventajas y desventajas.

Todo activo real existente en el mundo *off-chain* puede ser tokenizado, no sólo para almacenar en una blockchain datos asociados a su ciclo de vida y otros aspectos, sino también para facilitar transacciones *on-chain* sobre bienes *off-chain* que se tokenizan al efecto.¹⁰ Ahora bien, estos activos con sustrato real, en el caso de participaciones accionarias, pasarán a estar registrados en la cadena de bloques, pero, ¿cómo es esto posible?

Básicamente, en líneas generales, el proceso consiste en diseñar un *smart contract*, que no es técnicamente un contrato, sino un protocolo de transacción que ejecuta los términos de un contrato¹¹, se encuentra escrito en un lenguaje de programación específico y compilado en un código de bytes, que una máquina virtual descentralizada, lee y ejecuta.¹²

Así, el tenedor del token acreditará su calidad de tal mediante el token y el registro *on-chain* de su tenencia. Se legitimará entonces como socio a aquel que controle la dirección de blockchain en la cual los tokens están acreditados. Este control lo tendrá aquel que tenga la llave privada (contraseña) gestionada a través de su *wallet* (billetera virtual) en la cual se almacena el token en cuestión.

Redefiniendo así la tradicional noción de literalidad, mediante pautas objetivas de referencia del derecho concedido al portador legitimado, conocible por éste y obligatorias para los deudores¹³ (sociedad emisora), que en este caso estará dado por el protocolo o contrato inteligente.

Este contrato inteligente será el que regule la creación del token¹⁴, su emisión y todas las cuestiones atinentes al mismo, el cual se vinculará con una red ya existente o una creada a tales efectos.

Una cuestión muy importante a determinar será la DLT a utilizar. Pues, no será lo mismo optar por una red pública no permitida, como por ejemplo, la de *Ethereum*, o una red de tipo privada o cerrada. La diferencia entre ambas radica en la existencia o no de un sistema de permisos para participar en la red, de lo que se derivan, asimismo, diferencias en los protocolos de consenso utilizados¹⁵, y por supuesto que esto incide directamente en el aspecto descentralización que mencionábamos anteriormente.

Sin embargo, las redes públicas plantean dos dificultades principales: la primera de ellas se vincula con la forma de consenso adoptada (pruebas de trabajo criptográfico); la segunda dificultad en cómo mantener la privacidad de las transacciones (privacidad de datos, derecho al olvido, etc.).

En contraste, la red privada, permite a los operadores de la red restringir en cierta medida el acceso a participantes en los que se confía, así como la asignación de roles diferenciados a los mismos, lo que a priori permitiría aligerar los requisitos de validación de un registro, mejorando la escalabilidad y limitando posibles problemas de seguridad.¹⁶ Aquí adquiere relevancia la

⁹ WRIGHT, AARON - DE FILIPPI, PRIMAVERA, op. cit.

¹⁰ HEREDIA QUERRO, S., *Smart Contracts*. Qué son, para qué sirve y para que no servirán. IJ Editores, 2020, p. 208.

¹¹ Conf. SZABO Nick, *Smarts contracts*, 1994, citado por MORA, S., *La tecnología blockchain en AAVV Las nuevas tecnologías ante el Derecho Comercial*. Ediciones Didot, 2019, p. 76.

¹² BINANCE ACADEMY. *La Historia de Blockchain*. Publicación: Dec 5, 2018, recuperado de <https://academy.binance.com/es/articles/history-of-blockchain>

¹³ Conf. ALEGRIA, H. *La desmaterialización*, RDCO, 1988, n° 126.

¹⁴ Hay una variedad de sitios web y herramientas disponibles para crear un token, especialmente en BSC y Ethereum. Ver más en: <https://academy.binance.com/es/articles/how-to-create-your-own-cryptocurrency>. Será importante el tipo de cadena de bloques con el cual se vincule, principalmente respecto de la "descentralización" a la que hemos aludido.

¹⁵ Dichos procedimientos permiten asegurar a todas las partes que las anotaciones no son el resultado de una operación fraudulenta.

¹⁶ ROMERO UGARTE, José Luis, *Tecnología de registros distribuidos (DLT): una introducción*, BOLETÍN ECONÓMICO 4/2018

cuestión de los términos y condiciones (SLA) y, el grado de descentralización de las mismas. Será importante, en todos los casos, determinar quién tendrá el control de la red, ya que tratándose de una red de tipo privada, no estaremos una verdadera descentralización con todas las ventajas que hemos mencionado. En tales casos, por ejemplo, se debería establecer un número mínimo de validadores para estimar un cierto nivel de seguridad y evitar arbitrariedades.

Por supuesto que, si los socios o la sociedad desearan, por ejemplo, hacer su propia blockchain privada, será vital un equipo de desarrolladores expertos. Así como también, será necesaria una formación especial para programar el contrato con las particularidades que las partes deseen establecer, en relación al régimen de las acciones tokenizadas.¹⁷ En tal sentido, la formación de futuros abogados deberá incluir conocimientos en ingeniería informática, ya que cualquier *smart contract* requiere, previamente, un contrato *off-chain* celebrado entre las partes interesadas donde se regulen los términos de la programación que regirá el *smart contract*.¹⁸

En este punto la creatividad prácticamente no tiene límites: es posible, por ejemplo, incorporar pactos de mando y de voto, pactos de bloqueo, con ejecución automática; limitar la transmisibilidad de las acciones o sujetarla a una cierta conformidad de los tenedores del token, todo lo cual sería perfectamente trazable y transparente; también facilitaría enormemente la cuestión sucesoria, y la forma de administración de las acciones. Los beneficios o utilidades, también podrían ser distribuidos de manera más eficiente y transparente, mediante mecanismos automáticos que se ejecutan directamente, todo ello mediante el contrato inteligente.

Aunque la tecnología y la práctica de la tokenización, aún está en sus comienzos, sus beneficios teóricos incluyen: ganancias de eficiencia impulsadas por la automatización y la desintermediación, puesto que reduce los costes de transacción; aporta mayor transparencia, tanto para las partes como para los reguladores, que pueden tener acceso en tiempo real sobre aspectos o momentos del ciclo de vida del token, facilitando procedimientos de *compliance*, antilavado, anticorrupción, prevención de fraudes, identificación y verificación de la identidad del titular de acciones (registro claro de los beneficiarios reales con certeza en cualquier momento), mediante auditabilidad automática, etc.¹⁹ ²⁰

Además de las ganancias de eficiencia impulsadas por su potencial de desintermediación, la tokenización de activos puede traer beneficios de una mayor transparencia con respecto a los datos transaccionales y la información sobre el emisor y las características de los activos, a través de un mejor registro e intercambio de información.²¹

La tokenización también puede cumplir una importante función de inclusión financiera al permitir a inversores minoristas participar en negocios que normalmente están reservados para inversores institucionales, con un gran beneficio potencial para pymes como sujeto y

ARTÍCULOS ANALÍTICOS. Repositorio Institucional de la Biblioteca del Banco de España. 16 de octubre de 2018, recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/322621905.pdf>.

¹⁷ Actualmente existen estándares preexistentes, tales como BEP- 20 y ERC- 20. Ver más en: Binance Academy, "¿Cómo crear tu propia criptomoneda?". Publicación: Oct 29, 2021. Actualización: Jan 6, 2022, disponible en: <https://academy.binance.com/es/articles/how-to-create-your-own-cryptocurrency>. La *International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*, desde 2019 viene impulsando la creación de *smart derivatives contracts* que incluyen librerías de cláusulas usuales insertas en contratos derivados que pueden ser automatizadas, ver más en: <https://www.isda.org/2019/10/16/isda-smart-contracts/>; <https://www.isda.org/2020/11/30/legal-guidelines-for-smart-derivatives-contracts-fx/>;

¹⁸ HEREDIA QUERRO, Sebastián: *Token economics y corporate finance*, Publicado en: LA LEY 10/07/2019.

¹⁹ HEREDIA QUERRO, Sebastián: *Smart Contracts*, p. 328.

²⁰ Por supuesto en caso de utilizar redes públicas no permissionadas.

²¹ OECD (2020), *The Tokenisation of Assets and Potential Implications for Financial Markets*, *OECD Blockchain Policy Series*, www.oecd.org/finance/The-Tokenisation-of-Assets-and-Potential-Implications-for-Financial-Markets.htm

objeto de tokenización y captadoras de estas inversiones.²² Con la desventaja en relación a este aspecto, de que al carecer de una regulación clara al respecto, podría llegar a ser considerada como oferta pública irregular, con las consecuencias que ello acarrea.²³

Posibilidad jurídica actual de tokenizar acciones en Argentina

Hasta el momento en que se escribe el presente trabajo, no existe en Argentina normativa alguna referida a la temática planteada.

Ante todo, es importante destacar que la desmaterialización de los títulos valores es ya una realidad legal plenamente aceptada. Ya en 1988, Alegría decía que los nuevos métodos permiten eliminar el soporte papel, pero también facilitan las comunicaciones, brindan medios sofisticados para la información, la circulación de datos y manifestaciones de voluntad y para la registración y archivo de todo ello. Y que, así como en los títulos valores tradicionales se parte de un documento, ocurrida su “desmaterialización”, por no existir esa clase de documento, aprehendemos otra noción de “documento” (el documento informático) que sirve de sustento a la nueva construcción.²⁴

Y todo esto se comprende en base a que el derecho tenía confundido el concepto de documento, con aquel expresado en un soporte tradicional, el papel, escrito en grafía tradicional y suscripto por la firma autógrafa. Puesto que también el soporte del documento podrá ser corporal (papel), inmaterial, electrónico o digital.²⁵

Así lo ha previsto el CCYC, que expresamente establece que la expresión escrita puede costar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado en texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos. Tal como acontecería, con el contrato inteligente que subyace en la tokenización y en el registro de la DLT. El código es lenguaje escrito.

Lo mismo es dable predicar respecto del requisito de la firma, conforme lo exigido por el art. 288 CCYC, en tanto el mismo podría cumplimentarse con la clave o llave privada que posee el tenedor del token.

Sobre la base de estas equivalencias entre documentos materiales y digitales y, la validez de las firmas electrónicas, es posible admitir la validez de los *smarts contracts* como una modalidad de los contratos electrónicos.²⁶ Además, no existe norma legal que prohíba a los particulares valerse de contratos inteligentes para celebrar e instrumentar contratos, siendo la única excepción los contratos formales, no siendo este el caso de la emisión de acciones.

En este sentido, es posible afirmar que, tanto si entendemos a la tokenización como una forma de desmaterialización del título o, como una nueva manera de titular el mismo, mediante un documento electrónico o digital, la misma no encuentra en la LGS ninguna limitación o prohibición en tal sentido (art. 19 Constitución Nacional).

Por su parte, la Ley no designa una forma determinada para la emisión de títulos nominativos no endosables, dado que el estatuto social establecerá la formalidad de las acciones, señalando única-

²² HEREDIA QUERRO, Sebastián, *REFLEXIONES SOBRE LA TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS Y SU DISRUPTIVO POTENCIAL*, Temas de Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor. Erreius. Abril AÑO: 2020 CITA DIGITAL: IUUSD3287330A.

²³ Este tema y su impacto en EUA, puede consultarse en: HENDERSON, Todd – RASKIN, Max: *A Regulatory Classification of Digital Assets: Toward an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets*. University of Chicago Law School Chicago Unbound Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics Working Papers, 2018. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics_wp/71/

²⁴ ALEGRÍA, H. *La desmaterialización...*, p. 897.

²⁵ QUADRI, Gabriel H. *Prueba informática: Medios en particular en CAMPS, Carlos. (Dir.) Tratado de Derecho Procesal Electrónico*. Tomo II, Abeledo Perrot, Bs. As., 2019, p. 315 y 317.

²⁶ HEREDIA QUERRO, Sebastián, *Contratos inteligentes en MORA, Santiago y PALAZZI, Pablo. Fintech. Aspectos legales*, Tomo IV, Colección Derecho y tecnología, 2020, p. 107.

mente el contenido esencial de los títulos (art. 211 LGS) y, por supuesto sujeto a la ley de circulación. En adición, el art. 208 LGS, prevé que *“El estatuto puede autorizar que todas las acciones o algunas de sus clases no se representen en títulos. En tal caso deben inscribirse en cuentas llevadas a nombre de sus titulares por la sociedad emisora en un registro de acciones escriturales al que se aplica el artículo 213 en lo pertinente...”*

Ahora bien, ¿cumple el registro digital encriptado con lo dispuesto en el art. 213 LGS y con la ley de circulación de la acción?

El art. 61 de la LGS, establece que *“Podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por los artículos ... 213, ... de la presente ley, ... para llevar los libros societarios y contables por **Registros Digitales mediante medios digitales** de igual manera y forma que los registros digitales de las Sociedades por Acciones Simplificadas instituidos por la ley 27.349²⁷... los registros públicos deberán implementar un sistema al sólo efecto de **comprobar el cumplimiento del tracto registral**, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.”* (la negrita me pertenece).

Asimismo, en idéntica línea el art. 329 CCYC, establece que *“previa autorización del Registro Público...”* es posible *“sustituir uno o más libros por la utilización de ... medios electrónicos”* y que *“la autorización sólo se debe otorgar si los medios alternativos son equivalentes, en cuanto a **inviolabilidad, verosimilitud y completitud**, a los sistemas cuyo reemplazo se solicita”*.

Consideramos importante señalar que ni en la LGS, ni el CCYC, se exige el soporte en papel. El art. 323 CCYC, es compatible con un libro registro digital y la cadena de bloques a él asociada con la “encuadernación” exigida. Las anotaciones en *blockchain*, como sistema alternativo de registro, cumplen con el requisito de asegurar la imposibilidad de un cambio, la adulteración o sustitución de registraciones²⁸. Ello, puesto que constituyen verdaderos documentos electrónicos/digitales (art. 6 Ley 25.506) firmados electrónicamente²⁹.

En tal sentido la tokenización de acciones y su registro en la DLT es perfectamente legal y jurídicamente posible en el derecho argentino. Pese a la actual carencia reglamentación de la materia en tal sentido.

El registro en la misma constituye por demás, una forma transparente y fidedigna de las transacciones, infinitamente mejor y más segura que el registro papel.

Así las cosas, la tokenización de acciones se erige como una forma adecuada de cumplimiento de los fines de la LGS, establecidos en los arts. 213, 215 y concordantes. Permitiendo mediante la *investidura técnica o informática*³⁰ legitimar al titular de la acción, proporcionar seguridad jurídica sobre la titularidad de las acciones, trazar perfectamente operaciones y transacciones. Constituye verdaderamente un medio adecuado para el cumplimiento de todos los fines y principios del ordenamiento jurídico argentino y normativa internacional antilavado, anticorrupción, identificación y verificación de la identidad del titular de acciones, entre otros beneficios que reducen considerablemente los costes de transacción.

²⁷ La falta de reglamentación (art. 58 inc. 3 LACE) no puede constituir un óbice para el ejercicio de los derechos que la ley acuerda. La ley de SAS, no solo no exige el soporte papel sino que prevé que todo los registros “se individualizarán por medios electrónicos ante el registro público”.

²⁸ FISSORE, Diego en HEREDIA, Pablo y CALVO COSTA, Carlos (Dir.) Código Civil y Comercial. Comentado y Anotado. Tomo II, La Ley, 2022, comentario al art. 329 CCYC.

²⁹ Una aplicación de criptografía asimétrica de clave pública en la que los certificados digitales no sean emitidos por un certificador licenciado es considerada por la Ley 25.506 como firma electrónica. Conf. ALTMARK, D. y MOLINA QUIROGA, E. “Tratado de Derecho Informático” Tomo I, La Ley, 2012, p. 586.

³⁰ ALEGRÍA, H., op.cit.

LA NECESIDAD DE REGULAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Esteban Ortiz Mena

SUMARIO

Cada día es más común encontrarse con tecnología que influye de una manera determinante en nuestra vida cotidiana. La inteligencia artificial (IA) y el surgimiento de las tecnologías digitales está forzando a que tengamos que reconsiderar la forma de organizar nuestra sociedad. Esta influencia, en ciertos casos, se encuentra con limitaciones propias de una normativa pensada y diseñada para la época del papel. Por eso, gracias a los avances disruptivos de la tecnología se vuelve necesario actualizar una normativa que permita actualizar, controlar y regular algunos temas propios del derecho societario.

De esta manera, los diferentes países no pueden permanecer inertes ante esta realidad. Es fundamental aprovechar la IA y la imparable tecnología para mejorar procesos, ser más eficiente en la prestación de servicios y proteger a los ciudadanos de posibles fraudes o irregularidades, pero normar aquellos posibles comportamientos que puedan ser lesivos. El reto está en identificar con claridad el ámbito a proteger y hacerlo.

1.- Introducción

Es innegable que la inteligencia artificial (IA), en cualquiera de sus formas, se ha convertido en parte de nuestra cotidianidad. Aunque no todo lo que implica tecnología es IA, la IA siempre utiliza tecnología cuya penetración es cada vez mayor en nuestro día a día. Por eso, esto está forzando a que tengamos que reconsiderar la forma de organizar nuestra sociedad. Según Sebastián Heredia Querro (2020), “[S]i algo quedó claro por la crisis global desencadenada por el Covid 19, es que la Economía del Conocimiento y la Digitalización del Estado debieran acelerarse como Políticas de Estado. Para ello, es necesario también que el Derecho se digitalice muy rápidamente, para que pueda últimamente acompañar esta Revolución Industrial 4.0 que ya no tendrá freno, y que, sin dudas, producirá enormes cambios económicos y sociales en todo el mundo”. Por eso, la reconstrucción de la economía y de los gobiernos debe apalancarse en la tecnología.

Esta disrupción se conoce como transformación digital y es la aplicación de la tecnología como robots, Internet of Things, big data o la IA. Estos cambios generan oportunidades en los diversos sujetos, como empresas, entidades públicas, ciudadanos en general. Como explica el profesor Pere Simón Castellanos (2021) “los retos y desafíos jurídicos que presenta la IA, empero, son muchos y muy significativos, cuya afectación se proyecta en ámbitos tan diversos como la protección de datos personales, la igualdad, la seguridad jurídica, la transparencia y la rendición de cuentas, entre otros. Los problemas se multiplican exponencialmente en el ámbito de la Administración de Justicia y, muy especialmente, para determinados usos en el marco del proceso penal. Aunque la justicia no es ni debe convertirse en un mero acto de predicción ni en un modelo matemático que pueda encerrarse en fórmulas, no es menos cierto que el empleo de la IA para fines concretos puede resultar muy útil en todos los órdenes jurisdiccionales.”.

No cabe duda de que la sociedad se irá acomodando a los nuevos avances tecnológicos y, como siempre ocurre, estos avanzarán mucho más rápido que la posibilidad de normar. De

todos modos, estamos ante una oportunidad única para “mejorar nuestra calidad de vida, automatizando procesos repetitivos o tediosos y facilitando la gestión y comprensión en sectores muy diversos¹” con el fin de establecer principios amplios que permitan establecer las bases para una regulación general y conceptual.

2.- ¿Qué es la inteligencia artificial?

Se reconoce que el concepto de IA fue acuñado por John McCarthy en 1956² quien indicó que es “la ciencia del ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes”. Desde una perspectiva jurídica, Agustí Cerrillo define la IA como “la capacidad de las computadoras de realizar tareas típicamente humanas”³. Estas tareas las realiza gracias a un algoritmo. Según la información tomada de Wikipedia, es un “conjunto de instrucciones o reglas definidas y no-ambiguas, ordenadas y finitas que permite, típicamente, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos y llevar a cabo otras tareas o actividades. Dado un estado inicial y una entrada, siguiendo los pasos sucesivos se llega a un estado final y se obtiene una solución.”⁴

Sin embargo, Gabriele Vestri (2021) señala que la literatura más afín a las ciencias computacionales ofrece una perspectiva más compleja. Es el caso de Alexander Zlotnik que señala la importante distinción que debemos tener entre IA general, con capacidades similares a las de un ser humano e IA especializada con capacidad para resolver únicamente problemas concretos. El mismo autor indica que “ningún sistema de IA actual puede considerarse una Inteligencia Artificial General (IAG) y, seguramente, todavía faltan varias décadas para que sea una realidad”⁵. En este sentido parece ocurrir un verdadero redimensionamiento del alcance de la IA. En definitiva, aunando las distintas definiciones, podemos admitir que la IA consiste en un sistema tecnológico que está preparado para resolver problemas puntuales y determinados.

El profesor Alfonso González Briones, en una interesante clase dictada en el Curso Superior sobre Derecho e Inteligencia Artificial en la Universidad de Salamanca (2022), al referirse a la IA nos indica que “el término se aplica con frecuencia al desarrollo de sistemas dotados de procesos intelectuales propias de los humanos, como puede ser la habilidad de razonar, de descubrir, de hacer generalizaciones o de aprender a partir de la experiencia”. Sin embargo, la idea es que estas funciones sean realizadas por un ordenador de manera independiente al programador, de la misma manera en que lo haría un humano. El profesor González también menciona que “puede que no seamos del todo conscientes de este hecho, pero hoy en día la inteligencia artificial es esencial para los principales sectores económicos: (i) Tecnologías de la información; (ii) Sector financiero; (iii) Sector seguros; (iv) Seguridad; (v) Ciencias de la salud; (vi) Ciencias de la vida; (vii) Robótica industrial; (viii) Transformación digital. La IA es transversal a todos ellos y a otros campos como el análisis de datos, las aplicaciones

¹ Pere Simón Castellanos; https://es-us.deportes.yahoo.com/emplear-inteligencia-artificial-administraci%C3%B3n-justicia-210609185.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAAPk5-3llwXRJ2CoC-oWv-Qvu6zjT6PS0j-weU-vN3V-oEkcoT14_V65Y6dBMKycjKpIGd1YS3qcdvy2QDoS3CjngA-uyYbBkmsLehPdCvLfNI-zerNmTPcW-9NIE6u8VQ_DSQBJCD494H9jn_rhLoYQkblxqyuYR_G7tesJrtzXr

² https://en.wikipedia.org/wiki/Dartmouth_workshop

³ Cerrillo i Martínez, Agustí (2020): «El impacto de la inteligencia artificial en las Administraciones públicas: estado de la cuestión y una agenda», en Cerrillo i Martínez, Agustí, Peguera Poch, Miquel (Coordinadores). Retos jurídicos de la inteligencia artificial. Editorial Aranzadi, p. 76., tomado de Revista Aragonesa de Administración Pública 398 ISSN 2341-2135, núm. 56, Zaragoza, 2021, pp. 368-398.

⁴ <https://es.wikipedia.org/wiki/Algoritmo>

⁵ Zlotnik, Alexander (2019): «Inteligencia Artificial en las Administraciones Públicas: definiciones, evaluación de viabilidad de proyectos y áreas de aplicación». Boletín núm. 84 (julio), p. 25. Tomado de Gabriele Vestri, Revista Aragonesa de Administración Pública 398 ISSN 2341-2135, núm. 56, Zaragoza, 2021, pp. 368-398

de usuario final, la gestión de edificios inteligentes o las Smart cities, el mantenimiento predictivo, la gestión medioambiental. Como vemos no todas estas áreas están presentes en el área del derecho, si bien se puede alimentar de la transversalidad que proporcionan cada una de ellas, como los algoritmos de que en ellas se emplean en busca de un alto nivel de análisis de los datos". Por eso, es necesario analizar si cabe regular a la IA.

3.- ¿Hay que regular la IA?

El surgimiento de las tecnologías digitales está forzando a que el mundo esté reconsiderando la forma de organizarse y estructurarse⁶. Esto altera los modelos de negocio tal y como los conocemos⁷. Por eso, estas nuevas dinámicas generan una serie de desafíos con el fin de identificar si es necesario regular de manera total, parcial o, simplemente, no hacerlo y dejar a la autorregulación. Por eso, surge la inquietud sobre la necesidad de regular a la IA. Este debate tiene diversas posturas. Por un lado, el criterio que opta por la autorregulación y, en particular, por la delimitación a través de normas éticas o según el criterio de cada programador. Aunque establecen ciertos códigos entre ellos, al final del día queda siempre a un criterio subjetivo que puede ser muy peligroso. Como afirma Ana Isabel Segovia (2022), *"durante años, tras cada nuevo avance en Inteligencia Artificial (IA) que asombraba al mundo o después de que una noticia nos pusiera sobre alerta de los riesgos que un mal uso de esta tecnología puede tener, surgía una pregunta: "¿cómo se debe regular la inteligencia artificial?"*"⁸. Por otro lado, la IA se desarrolla todo el tiempo y crece en la medida en que se dan avances. Estos progresos dan pausas de si lo que se necesita son sólo el cumplimiento de normas éticas o si es necesario contar con legislación formal para regular estos adelantos. Sin embargo, lo que empezamos a ver es que las normas con las que contamos actualmente no son suficientes, *"por ejemplo, no está del todo claro quién debe ser considerado responsable si la IA causa daños (por ejemplo, en un accidente con un coche autónomo o por una incorrecta aplicación de un algoritmo): el diseñador original, el fabricante, el propietario, el usuario o incluso la propia IA"*⁹.

Un ejemplo que nos va a permitir ver el alcance de lo dicho es lo que sucedió con las organizaciones autónomas. El nacimiento de la primera Decentralized Autonomous Organization (DAO) no fue el más exitoso. Para poner en contexto de lo que ocurrió, según Leila Metjahic (2018), en mayo de 2016, más de 10,000 personas de todo el mundo de manera anónima invirtieron más de US\$168 millones en una DAO, convirtiendo a este en el más exitoso emprendimiento de crowdfunding hasta ese momento. La DAO fue diseñada para levantar fondos para proyectos que se desarrollen bajo Ethereum¹⁰. Sin embargo, en junio de 2016, solo unas semanas después de haber recaudado millones de dólares, recibió un ataque anónimo que minó los Ether¹¹ que había recaudado¹². Hubo un perjuicio en Ether enorme,

⁶ Sobre este tema hay un interesante análisis sobre el cambio de paradigma y una transformación con respecto a los modelos actuales para hacer negocios. Véase Mark Fenwick, Erik P.M. Vermeulen, The end of the Corporation, Working Paper N° 482/2019, European Corporate Governance Institute, Noviembre 2019.

⁷ "Social media empowers all the stakeholders and has transformed the meaning of transparency. We cannot think in terms of traditional corporate structures anymore. Their boundaries have become more fluid and porous. Traditional corporate organizations with their departments, business divisions, and hierarchical relationships between the different groups of stakeholders are changing as companies adapt to the digital environment. Companies are not static hierarchies anymore, but complex, dynamic ecosystems comprising diverse, interacting elements", en The end of the Corporation (2019), ibidem.

⁸ <https://www.eleconomista.es/opinion-blogs/noticias/11596668/02/22/Como-regular-la-Inteligencia-artificial-.html>

⁹ <https://conflegal.com/20190117-por-que-es-necesario-regular-la-inteligencia-artificial/>

¹⁰ Ethereum es una plataforma descentralizada, lo que significa que no tiene un controlador visible. Hristo Georgiev (2016)

¹¹ Ether es una forma de pago utilizado por los clientes de la plataforma Ethereum. Ver: ETHER: The Crypto-fuel for the Ethereum Network, ETHEREUM, <https://www.ethereum.org/ether>

¹² Siegel (2018)

perjudicando a los inversionistas. Esta operación era completamente desregulada y se basaba en las delgadas líneas que los mismos programadores habían establecido. Sin embargo, estas delgadas líneas fueron violadas y se generó un perjuicio con diversos perjudicados.

Del caso descrito, existen muchas variables que podrían ser reguladas¹³: reconocimiento como persona jurídica a una DAO, el control hacia las criptomonedas, control hacia el mecanismo de inversión, regulación de datos, regulación del mercado, etc. Sin embargo, también hay otras aristas que no necesariamente deben contar con regulación. De esta manera, es fundamental determinar qué es lo que se debería regular.

4.- Ámbito de regulación

La IA ha evolucionado de distintas maneras. Para poner en contexto, como habíamos indicado, actualmente la IA tiene la capacidad de tomar decisiones que, hasta hace poco, solo podían hacer los humanos. Pero ahora, de distintas maneras, la IA está en muchos ámbitos de nuestro día a día. Tomado de los apuntes de clase del profesor Alfonso González Briones, este concepto abarca:



Como vemos, hay muchas cosas que no hace falta una regulación puntual o que es suficiente la existente. Sin embargo, hay otros que sí. Bajo este contexto, la Unión Europea (UE) ha avanzado considerablemente en este aspecto ya que considera que es necesario poner límites al desarrollo de la IA para garantizar que se respeten los derechos fundamentales bajo ciertos aspectos técnicos. Por eso, ha propuesto una normativa en este sentido con los siguientes objetivos específicos:

¹³ Para poder entender la forma como ha penetrado este concepto en el día a día, de acuerdo con el autor Gabriele Vestri, "pensemos, por ejemplo, en la IA en el sector sanitario y más específicamente en el contexto de la COVID-19. En España la empresa 1MillionBot creó un chatbot preparado para compartir información sobre el virus. Así mismo, la empresa Quibim, ha desarrollado un sistema basado en una red neuronal que permite utilizar imágenes médicas para determinar el nivel de gravedad de un paciente infectado por el virus. En el ámbito educativo universitario, la IA está cada vez más presente, por lo menos en forma de asistente virtual. La Universidad de Murcia, introdujo el chatbot «Lola» el 9 de junio de 2018 —como experiencia piloto—. En la actualidad, otras instituciones universitarias se han sumado a la implantación de estos sistemas. Es el caso, entre otras, de la Universidad de Alcalá (chatbot Isidra), la Universidad de las Islas Baleares (chatbot Aina), la Universidad Politécnica de Valencia (chatbot Pau), la Universidad de Jaén (chatbot Ada) o la Universidad Complutense de Madrid (chatbot Carol). También distintos Ayuntamientos y Diputaciones han introducido un sistema conversacional digital (entre otros: Ayuntamiento de Alicante, Elche, Córdoba, Murcia o Cartagena. Así como la Diputación Provincial de Alicante y la de Castelló). Los sistemas de IA también abordan el sector de la vigilancia y del control. Es conocido el caso español de «Elisa», una herramienta de vigilancia cibernética o de VeriPol en materia de detección de denuncias falsas en el seno de la Policía Nacional. La IA encuentra interesantes perspectivas de aplicación también en la creación de las Smart City. Es el caso, por ejemplo de Streetchange, un proyecto que se encarga de medir los cambios físicos en las calles de diferentes ciudades. Gracias a un algoritmo es posible comparar las imágenes que Google Street View tomó en una misma localización en años distintos. Esto permite detectar los cambios de las ciudades y actuar jurídicamente, socialmente y económicamente en ellas. La lista de ejemplos podría aumentar exponencialmente. Nos hemos limitado a introducir algunos ejemplos que demuestran la actual penetración de las herramientas de IA".

- “garantizar que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión;
- garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA;
- mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA;
- facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer un uso legal, seguro y fiable de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado¹⁴”.

El proyecto de Reglamento, que también se denomina Ley de Inteligencia Artificial Europea, se enfoca en regular los usos de IA cuya incidencia pueda perjudicar física o psicológicamente a las personas naturales. Este proyecto hace una distinción entre los distintos tipos de usos y considera regular los que se consideran de alto riesgo y los que implican interacción con ciudadanos. El desarrollo y uso de sistemas de IA que tienen una alta probabilidad de perjudicar física o psicológica a los ciudadanos, quedaría terminantemente prohibido dentro de la UE. La propuesta permite otras tecnologías con distintos tipos de cautelas y salvaguardas en función del riesgo inherente que se les atribuye. Así, la iniciativa es partidaria del uso de la IA en sectores específicos (desarrollo de máquinas, juguetes conectados, dispositivos médicos, aviación civil, vehículos automotores, infraestructuras críticas, educación, empleo y recursos humanos acceso a servicios esenciales públicos o privados, seguridad pública, control de fronteras y migraciones, administración de la justicia), a pesar de identificarlos como ámbitos de riesgo alto, y por ende, establecer una serie de garantías reforzadas. En términos generales, estos son los ámbitos de aplicación. Para el resto de las categorías, no se establece ningún requisito adicional. No todo debe ser regulado, pero al menos es importante establecer los parámetros mínimos generales que permitan cuidar y proteger de posibles abusos, fraudes o extremos que se puedan dar con el mal uso de la tecnología. El tiempo seguirá delimitando las posibilidades y alcances de la IA y cada vez se usará en ámbitos tan variados como puede ser la administración de justicia, el manejo de coches o las Asambleas de Accionistas. Sin embargo, aunque la norma no pueda abarcar todas las áreas o avances en esta materia, si deberá definir las consideraciones generales que se deban prohibir o proteger, en aras del bien común.

5.- La Inteligencia Artificial y el Derecho Societario

El uso de la blockchain, la tokenización de acciones, la posibilidad de llevar libros sociales y contables digitales, etc, forman parte del día a día en las compañías. En la mayoría de los países, la regulación societaria es rígida y puede ser un obstáculo para que las compañías implementen el uso de la tecnología a sus procesos y se beneficien de ella. Por ejemplo, en Ecuador antes era mandatorio que las convocatorias a Juntas Generales se publicaran en un periódico de amplia circulación. Sin embargo, gracias a un cambio legislativo, ahora se convoca mediante correos electrónicos, volviendo más eficiente, barato y legal. Sin embargo, los tiempos están cambiando y cada vez hay más aplicaciones que pueden beneficiar a las compañías en sus procesos o, incluso, la aparición de nuevas figuras que deberían (o no) tener un reconocimiento legislativo. En la medida que la digitalización de la economía se acelera y la IA se impone en muchos sectores, cada vez será más usual que se utilicen algoritmos,

¹⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la unión, 2021/0106 (COD), p. 3.

software, aplicaciones, etc. Esto implica, en esta materia, que debemos estar atentos con el fin de modernizar y modificar las normas con el fin de adaptar su uso a la nueva realidad. Las inmensas posibilidades que se abren cuando, por ejemplo, los Smarts Contracts comienzan a interactuar autónomamente entre ellos formando DAO's y DAC's, son simplemente alucinantes.

El alcance del uso de la tecnología es infinito. En 2014, *Deep Knowledge Ventures*, un fondo privado de Hong Kong nombró director a un algoritmo que denominó VITAL (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences). También, la compañía TIETO nombró a Alicia-T, un algoritmo, como parte de su equipo de administradores.

Por otro lado, Iberdrola implementó un sistema de votación a través de blockchain. Puntualmente, cualquier accionista que participe en la Junta a través del portal de Iberdrola puede verificar que su voto electrónico se ha registrado correctamente en la red de blockchain. Según la información proporcionada por Iberdrola, *"los accionistas sólo deberán que escanear su DNI para acreditarse y participar a través de la web. La tecnología blockchain permite el registro de información y asegura la trazabilidad e inmutabilidad de los datos. De este modo, cada voto o delegación recibida a través del Portal de Iberdrola se almacena en la red de forma segura y se encripta garantizando su confidencialidad. Los accionistas podrán votar de forma telemática del 13 de mayo al 16 de junio"* de 2022. Además, para votar, los titulares de acciones simplemente tendrán que enviar una imagen de su tarjeta de delegación y voto a distancia firmada por WhatsApp o por el canal de Telegram (a la cuenta Junta Iberdrola). La pregunta que todos nos haríamos es si nuestras legislaciones autorizan el uso de este tipo de sistemas o si es necesario actualizar para que tengan legalidad las decisiones tomadas.

También, esta misma compañía realiza sesiones por streaming y otros canales digitales para sus Juntas de Accionistas. Sin embargo, el 17 de junio de 2022 celebró su primera Junta en el metaverso. Como Iberdrola informó, *"los accionistas podrán seguir la retransmisión, acceder, moverse e interactuar con su avatar personalizado junto al resto de participantes dentro de un espacio propio de la compañía en este nuevo entorno virtual, además podrán visualizar vídeos sobre la compañía y su actividad. Gracias a la implementación del metaverso, el accionista se sumerge en un entorno que elimina las barreras entre lo real y lo virtual. Podrá pasear por el mundo virtual de Iberdrola y documentarse sobre sus proyectos más innovadores..."*.

El surgimiento de las tecnologías digitales está forzando a que tengamos que reconsiderar la forma de organizar una empresa. ¿Se podría pensar en una empresa sin humanos? ¿Acaso los algoritmos podrán tomar mejores decisiones de inversión o contratación que los humanos? Sin duda, es necesario identificar los casos para poder permitir, a partir de la regulación, la posibilidad del uso de la IA.

Conclusiones:

La tecnología tiene la capacidad de revolucionar nuestras vidas. Por eso, la posibilidad de normar y establecer controles es una necesidad. Estos avances van de la mano con la necesidad de utilizar la tecnología para lo cotidiano, lo que ha hecho que cambiemos la forma de entender el Derecho en general. Por eso, contar con el factor tecnológico para realizar negocios y adaptar la normativa se vuelve una necesidad. La avalancha tecnológica no se detiene y es determinante tomarla en cuenta para sincronizar realidad con normativa.

En cuanto a la forma de cómo se debe regular, se debería establecer pautas lo suficientemente flexibles como para permitir a los sujetos obligados implementar las medidas que mejor se ajusten a las peculiaridades de su negocio y organización; por un lado, y por otro, los resguardos suficientes para proteger a los usuarios de posibles abusos y fraudes. Ahí está el desafío.

LA TENDENCIA A SIMPLIFICAR EL DERECHO SOCIETARIO

Esteban Ortiz Mena

SUMARIO

El surgimiento de las tecnologías digitales está forzando a que tengamos que reconsiderar la forma de organizar una empresa o incluso el mismo Derecho Societario. ¿Se podría pensar en una empresa sin humanos? ¿Acaso los algoritmos podrán tomar mejores decisiones de inversión o contratación que los humanos? Las DAO, esta especie de fondo que tiene la singularidad de que no están controladas por humanos, los algoritmos como directores o que las Asambleas de accionistas se instalen en el metaverso, qué duda cabe, pueden ser el siguiente paso. Por eso, la simplificación del Derecho Societario ha sido constante a lo largo del tiempo. Todos los cambios que se han planteado en los últimos cinco siglos han estado basados en las necesidades coyunturales de cada época y han apuntado hacia un mismo sentido: dotar de dinamismo a los empresarios con el fin de que puedan emprender en negocios. En este trabajo se analiza la necesidad de simplificar el Derecho Societario, basado en los cambios tecnológicos actuales.

1.- Introducción

La simplificación del Derecho Societario ha sido constante a lo largo del tiempo. Todos los cambios que se han planteado en los últimos cinco siglos han estado basados en las necesidades coyunturales de cada época, han apuntado hacia un mismo sentido: dotar de dinamismo a los empresarios con el fin de que puedan emprender en negocios. Poco a poco, el Estado ha ido liberando y simplificando los requisitos para que los empresarios puedan utilizar a las compañías para hacer negocios. Sin embargo, para lograr este acometido, uno de los debates más conocidos en el Derecho Societario contemporáneo es el relativo a la mayor o menor flexibilidad de las normas que regulan a las compañías¹ como herramienta idónea para hacer negocios. Inclusive, con la irrupción de nuevas figuras como las Organizaciones Autónomas Descentralizadas o la posibilidad del uso de inteligencia artificial para la toma de decisiones en los directorios de las compañías, el Derecho debe ir regulando y adaptándose a los tiempos que le tocan vivir.

Además, el Estado debe regular, que duda cabe, pero no debe meterse en todo. Es necesario dejar de entorpecer al empresario con requisitos y formalidades innecesarias, que no aportan en nada al desarrollo económico y, desde luego, esto viene de la mano de la simplificación del Derecho Societario.

Constantemente el Derecho Societario ha intentado dar respuestas a las necesidades económicas de la sociedad a través de normativa. Para esto, con mayor o menor rapidez, se ha adaptado al cambio y a los requerimientos de los mercados a lo largo de los tiempos que, históricamente, han girado siempre alrededor de la flexibilidad de las normas que

¹ Desde hace varias décadas, según Francisco Reyes, se ha planteado la necesidad de desregular el régimen societario aplicable a las compañías de menores dimensiones. Para una discusión sobre el particular, puede verse HARM-JAN DE KUIJVER, "Europe and the Private Company, An Introduction", en *The European Private Company*, Tilburg, MAKLU, 1995, Pág 33 et seq.

lo regulan. Desde que nace la sociedad anónima en el siglo XVII, su transformación en el siglo XIX y los diversos cambios hasta nuestros días², ha evolucionado y su constante siempre ha sido simplificar cada vez más los requisitos formales y brindar facilidades a los inversionistas. Esta ha sido la constante a lo largo del tiempo. Sin embargo, lo cierto es que aún hoy, a pesar de la necesidad de simplificar el Derecho Societario, también se reconoce la necesidad de mantener ciertas normas de orden público que regulen las relaciones entre accionistas, administradores y terceros³.

Según Sebastián Heredia Querro (2020), “[S]i algo quedó claro por la crisis global desencadenada por el Covid 19, es que la Economía del Conocimiento y la Digitalización del Estado debieran acelerarse como Políticas de Estado. Para ello, es necesario también que el Derecho se digitalice muy rápidamente, para que pueda últimamente acompañar esta Revolución Industrial 4.0 que ya no tendrá freno, y que, sin dudas, producirá enormes cambios económicos y sociales en todo el mundo”. Así, la tecnología y la simplificación deben ir de la mano. De todos modos, esta modernización del Derecho Societario, empujada por la sociedad y el mercado, ha tendido como punto en común el hecho de que para hacer negocios se requiere de herramientas cada vez menos complejas o elaboradas que permitan a los empresarios empezar sus emprendimientos de manera segura, eficiente y sencilla, sin trabas o procesos burocráticos que demoren el emprendimiento. La reconstrucción de la Economía y de los Gobiernos debiera apalancarse fuertemente en la Tecnología si es que se quiere aumentar su resiliencia.

Sin embargo, para poder compaginar las normas de derecho público que deben mantenerse y las normas que se pueden simplificar, es necesario tomar en cuenta algunos factores que serán determinantes para el proceso de simplificación.

2.- Factores determinantes para simplificar el Derecho Societario

La rapidez y eficiencia son una característica al hacer negocios, por eso, no cabe la menor duda que la digitalización del Derecho, de los Gobierno y de la Economía son un factor fundamental para mejorar estos procesos. De hecho, la tendencia apunta hacia la reducción de normas imperativas que establezcan requisitos o formalidades que cumplir para poder iniciar o mantener un negocio. Sin embargo, este proceso de simplificación del derecho Societario no evoluciona espontáneamente y debe darse de una manera técnica con el fin de que las normas que se crean sean un reflejo de las necesidades coyunturales del mercado. Por eso, para poder determinar cuáles podrían ser los elementos a tomar en cuenta para un cambio, es necesario tomar en cuenta algunos factores⁴ que son determinantes para que este fenómeno suceda en la actualidad: (i) entender la necesidad de los mercados; (ii) análisis comparado y casos de éxito mundial; y, (iii) conocimiento de los avances tecnológicos.

La necesidad de los mercados:

Al momento de iniciar un negocio, los números juegan un papel decisivo para el emprendedor. Por eso, el inversionista realiza algunos gastos necesarios para iniciar su negocio. No sólo los relacionados con la inversión inicial o el capital de trabajo medible en dinero, sino también los

² Hopt, Klaus J., *Derecho de sociedades comparado*, en Anibarro, Santiago (Coord.), *Estudios de Derecho de sociedades y del mercado de valores* Ed. Marcial Pons. Madrid, (2010) p. 269.

³ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. OEA/Ser.G CP/CAJP/INF-248/14. *Sociedades por Acciones Simplificadas. Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos*. Diciembre 2014.

⁴ El Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas publicó el Working Paper Series No. 2/2019, *Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador, en el que sugiere algunos criterios y estrategias para el desarrollo del derecho de sociedades*.

asociados con el tiempo que puede tomar formalizar un negocio. Además del costo pecuniario, existen costos relacionados con plazos y cumplimiento de normativa formal que muchas veces no tomamos calculamos por carecer de materialidad, pero que son costos económicos dentro del proceso que representa constituir una compañía. En vista de esto, la simplificación y flexibilización de la normativa para la constitución de compañías adquiere mucha relevancia. En Ecuador, y a manera de ejemplo, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, entidad de control de las compañías, puso en marcha un proceso electrónico de constitución de compañías a través de su portal web. Este proceso ha simplificado y mejorado los tiempos para la constitución de una compañía en Ecuador, siendo un mecanismo innovador y eficiente.

La sociedad es un acto o un contrato y, como tal, rige por el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la legislación en diversos países ha tenido la tentación de regular absolutamente todos los aspectos de este tipo de contratos. Estas formalidades impuestas para las sociedades han estado vinculadas con mínimos que debe contener el contrato de sociedad para su validez. La existencia de normas imperativas ha generado cuestionamientos sobre la libertad que puedan tener las partes para poder normar sus relaciones, además de la creación de normas que permitan disfrutar de formas más seguras y flexibles para el emprendedor, en beneficio del mercado y de los emprendedores.

Por ejemplo, en la práctica el apareamiento de las sociedades por acciones simplificadas responde a la necesidad del empresario para poder tener una herramienta mucho más versátil, flexible, sencilla y cuyo costo de constitución no sea significativo. Es una forma que tuvo la legislación para entender las necesidades del mercado que ya no soportaba más barreras de entrada ni gastos que se evidenciaron innecesarios o sumamente onerosos para los inversionistas. Si bien esta es una discusión actual en los países latinoamericanos, en Estados Unidos las LLC's, hermanas de las SAS, tienen décadas así como en Europa las private companies. Si bien es fundamental que la norma establezca parámetros mínimos para la validez del contrato de sociedad, es necesario que se vaya adaptando a las nuevas tendencias impuestas por el mercado con el fin de simplificar los procesos requeridos, ahora que la tecnología y la sociedad necesita que todo sea inmediato.

Análisis comparado y casos de éxito

El comercio no se circunscribe exclusivamente a un país, sino que se basa en un mecanismo de satisfacer necesidades de unos, a cambio de un intercambio de mercancías o servicios que otros tienen por un precio, independientemente de donde estén situados los bienes. En virtud de que el mercado crece y las posibilidades de intercambio son mayores, las necesidades de los comerciantes van cambiando.

Estos factores han incidido en la modernización y simplificación del derecho de sociedades, siendo un elemento determinante la internacionalización y globalización de los mercados. Por eso, al hacer un análisis comparado de instituciones se empiezan a replicar las experiencias o figuras exitosas en otros países. De a poco, se van armonizando figuras entre países que se ajustarán a las particularidades propias de cada sociedad y cada legislación. En este contexto, el Derecho mercantil internacional ha hecho un gran trabajo con el fin de armonizar normativa a nivel global, principalmente a partir del trabajo realizado por algunas instituciones como son la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), entre otros, de manera que las normas del soft law (leyes modelos, recomendaciones, guías legislativas, etc.) han adquirido un rol protagónico en esta materia.

La armonización del Derecho de sociedades ha posibilitado una mayor integración de la empresa a nivel internacional, en base a ello, diversos países han realizado esfuerzos por medio de la desregulación o la tipificación de nuevas figuras⁵.

Estas leyes modelos, recomendaciones, guías legislativas y legislación comparada pueden ayudar a que las normas locales vayan armonizando con las tendencias mundiales y aprovechar de los casos de éxito en otros países. Es el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas, que su adopción ha ido expandiéndose por varios países⁶.

Avances tecnológicos

Los avances tecnológicos son determinantes por la disrupción que están causando. La velocidad con la que se producen estos cambios es brutal y la legislación tiene que adaptarse indefectiblemente. Existe una indiscutible nueva realidad⁷. Por ejemplo, la existencia de Entidades Digitales No Personificadas (las llamadas DAO's u organizaciones autónomas descentralizadas⁸), que "(i) combinan o producen activos y servicios digitales, (ii) emiten y admiten tokens de variadas modalidades –algunas de las cuales se asemejan demasiado a una acción–, (iii) que mediante Smart Contracts proveen servicios a terceros y/o a sus propios miembros –que en algunos casos se parecen demasiado a un socio–, (iv) que se gobiernan por protocolos de consenso descentralizado donde en algunos casos se vota –de manera muy parecida a un órgano de gobierno societario–, y (v) que en algunos casos son administradas por algoritmos de aprendizaje automático o sistemas expertos, sin intervención humana alguna⁹", son nuevas estructuras que no están reguladas y que están revolucionando la forma de captar recursos.

El desarrollo de la tecnología blockchain, más la digitalización de las transacciones, va a hacer que existan nuevas formas de comercializar productos. Los pagos se podrían dar a través de activos digitales (a través de ICO's) y el cumplimiento de obligaciones podría estar programado a través de algoritmos con anterioridad. Por eso resultaría necesario regular los posibles abusos que se podrían llegar a dar como consecuencia de esta relación comercial.

En temas contractuales, blockchain es el futuro¹⁰, y los algoritmos ya forman parte de lo cotidiano. En 2014, *Deep Knowledge Ventures*, un fondo privado de Hong Kong nombró como director a un algoritmo que denominó VITAL (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences)¹¹. Si bien todavía se discute si funge como director o no porque en realidad es sólo

⁵ Sobre este tema se puede consultar a Vásquez Palma, María Fernanda (2012) "La influencia del Derecho Mercantil internacional sobre el Derecho privado patrimonial", *Derecho Mercantil Internacional. La unificación del Derecho privado* (Santiago, Ed. Abeledo Perrot-Thomson Reuters), pp 365-380.

⁶ El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos aprobó la Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificada en sesión del mes de marzo de 2012 (CJI/doc.380/11 corr.1) y posteriormente adoptada bajo el número 2609 de 20 de junio de 2017 por la Asamblea General de la OEA. Véase: <http://scm.oas.org/ag/documentos/Documentos/AG07338S03.doc>

⁷ En Ecuador, se aprobó recientemente la posibilidad de que las compañías tokenizen sus acciones y utilicen blockchain para estos procesos. La utilización de blockchain abre la posibilidad para que operen estas plataformas y las transacciones sean más eficientes, reduciendo costos a las compañías. Si bien no está reglamentado, el reconocimiento de la legislación a este tipo de tecnologías abre una puerta a su utilización y posterior desarrollo.

⁸ Ampliar en <https://www.lmlawreview.com/2018/11/16/the-decentralized-autonomous-organization/> recuperado al 1/04/2020.

⁹ Heredia (2020)

¹⁰ Sobre el uso de blockchain y el potencial que tiene la inteligencia artificial en el derecho societario, véase Nydia Remolina, La implementación de blockchain en el Derecho de sociedades de Delaware, *BLOG DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO Y FINANZAS*, 28 de agosto de 2017 (disponible en <http://www.derechoyfinanzas.org/la-incorporacion-deblockchain-en-el-derecho-de-sociedades-de-delaware/>).

¹¹ Sobre el uso de inteligencia artificial y la utilización de algoritmos para la toma de decisiones en los directorios, véase Florian Mölsle, *Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law*, *OXFORD BUSINESS LAW BLOG*, 16 November 2017 (disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/11/robotsboardroom-artificial-intelligence-and-corporate-law>): "Back in 2014 the media re-

un soporte técnico de las decisiones del directorio en lo que se refiere a cuestiones de inversión, el hecho es que la tecnología está marcando la tendencia a nivel mundial.

También, el surgimiento de las tecnologías digitales y redes sociales está forzando a que las compañías reconsideren la forma de organizarse y estructurarse¹². Las fronteras están desapareciendo y ahora los negocios se realizan a través de la *world wide web*. Con la existencia de diversas plataformas tecnológicas y múltiples compañías operando este inmenso mercado alrededor del mundo, las oportunidades para hacer negocios son infinitas. Esto altera los modelos de negocio tal y como los conocemos¹³.

Estos avances van de la mano con la necesidad de utilizar la tecnología para lo cotidiano, lo que ha hecho que cambiemos la forma de entender el Derecho en general y el Societario en particular. Por eso, procesos como la constitución electrónica¹⁴ de compañías ha ayudado a utilizar la tecnología al servicio del emprendedor y, actualmente, ya son una realidad.

Por eso, los avances tecnológicos van a marcar el camino para tomar decisiones de simplificación. Otro ejemplo puede ser a realización de Asambleas de accionistas a través del metaverso. Pero si no adecuamos la legislación secundaria de muchos países que todavía tienen esos rezagos de las viejas y desactualizadas normas que sugieren que se debe poner una dirección física en la convocatoria, entonces no vamos a poder sacar provecho de estas iniciativas. En España, el 17 de junio de 2022 se celebró una Junta de Accionistas de la compañía Iberdrola en las oficinas ubicadas en el metaverso y los accionistas, es decir personas, entraban con su avatar a la reunión.

Por eso, contar con el factor tecnológico para realizar negocios y adaptar la normativa se vuelve una necesidad. La avalancha tecnológica no se detiene, por eso es determinante tomarla en cuenta para sincronizar realidad con normativa.

3.- Simplificación del Derecho empresarial

No cabe la menor duda de que la tendencia actual gira en torno a la simplificación de trámites y requisitos a través de la reducción de obligaciones, aunque también es necesario entender que deben existir normas que regulen la irrupción de lo digital.

ported that Deep Knowledge Ventures, a Hong Kong based Venture capital firm, had appointed an algorithm named Vital (Validating Investment Tool for Advancing Life Sciences) to its board of directors. According to these reports, the algorithm was given the right to "vote on whether the firm makes an investment in a specific company or not", just like the other -human- members of the board. Vital was appointed because of its ability to "automate due diligence and use historical data-sets to uncover trends that are not immediately obvious to humans surveying top-line data". For instance, Vital helped to approve two investment decisions, namely to fund Insilico Medicine, an Enterprise which develops computers asisted methods for drug Discovery in agin research, and Pathway Pharmaceuticals, which selects and rates personalized cancer therapies on the basis of a platform technology. However, Vital was no granted an equal vote on all financial decisions made by the company. Legally speaking, it has no even acquired the quality of a corporate director under the corporate laws of Hong Kong. It is just treated "as a member of the board with observer status" by its fellow (human) directors. Nevertheless, Vital has widely been acknowledge to be the world 's firs artificial intelligence company director".

¹² Sobre este tema hay un interesante análisis sobre el cambio de paradigma y una transformación con respecto a los modelos actuales para hacer negocios. Véase Mark Fenwick, Erik P.M. Vermeulen, The end of the Corporation, Working Paper N° 482/2019, European Corporate Governance Institute, Noviembre 2019.

¹³ "Social media empowers all the stakeholders and has transformed the meaning of transparency. We cannot think in terms of traditional corporate structures anymore. Their boundaries have become more fluid and porous. Traditional corporate organizations with their departments, business divisions, and hierarchical relationships between the different groups of stakeholders are changing as companies adapt to the digital environment. Companies are not static hierarchies anymore, but complex, dynamic ecosystems comprising diverse, interacting elements", en The end of the Corporatcion (2019), ibidem.

¹⁴ En Europa existen avances sobre la digitalización del Derecho societario. Véase, por ejemplo, John Armour y Horst Eidenmuller, Report on Digitalisation in Company Law (2017) (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2893701) y la Propuesta de Directiva Europea para el uso de las nuevas tecnologías en el Derecho de sociedades (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A239%3AFIN>).

Estonia planteó en el 2017 un proyecto de ley que reconocía a los robots-agentes y la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo presentó un informe para dar estatus de persona jurídica a los robots con el fin de delimitar la responsabilidad que podrían tener en la toma de decisiones. No pasó, pero ya se discute.

Hoy en día, las discusiones más avanzadas y de vanguardia no están en si la compañía es un contrato o un acto (discusión que se ha vuelto anticuada y estéril), sino en encontrar un sentido práctico a las cosas, que es justamente lo que los empresarios quieren. Al final del día, al hombre de negocios le interesa llevar el pan a la casa y para eso hay que proveer de las herramientas más adecuadas para que lo logre, utilizando su empresa como canal y vía para aquello. Por eso, el uso de tecnología ha hecho más evidente el sentido práctico de las cosas. Por eso, si bien la SAS son un gran cambio, quizás debemos pensar en discutir si debemos dar el siguiente paso hacia compañías sin estatuto (únicamente con un certificado de incorporación) o incluso compañías sin accionistas como alternativa para hacer negocios como las Dapp's, DO's, DAO's o las DAC's

La combinación de blockchain, Smart contracts, DAO's e Internet de las Cosas puede permitir diseñar e implementar las más diversas empresas. Todas estas entidades de diversa naturaleza, viven sin la interacción de humanos. Funcionan gracias a algoritmos y software a través del uso de *Smart Contracts* y *blockchain*.

4.- Conclusiones

A medida que la digitalización de la economía se acelere, el uso del blockchain se haga más común y la tokenización se imponga en muchos sectores, será cada vez más usual que se utilicen contratos digitales de ejecución inmediata (*Smarts Contracts*). El surgimiento de las tecnologías digitales está forzando a que tengamos que reconsiderar la forma de organizar una empresa. ¿Se podría pensar en una empresa sin humanos? ¿Acaso los algoritmos podrán tomar mejores decisiones de inversión o contratación que los humanos? Al parecer, esto se va convirtiendo en una realidad.

La tecnología tiene la capacidad de revolucionar nuestras vidas. La base del Derecho Societario está en el reconocimiento que el Derecho hace a estas ficciones jurídicas para que puedan tener la misma capacidad legal que los seres humanos. Por eso, el Derecho Societario se debe adaptar y se simplifique en vista de las circunstancias actuales y el desarrollo brutal de tecnología disruptiva. No hay duda de que va a llegar, lo único que no sabemos es cuando.

Es necesario el apalancamiento en la tecnología blockchain que va a cambiar para siempre la forma de interactuar en los negocios. Estas bondades y beneficios deberán venir de la mano de la descentralización, simplificación, transparencia y de adaptar nuestras normas camaleónicamente a la realidad que va surgiendo. La idea no es desregularizar, sino, como se ha visto, existe la necesidad de simplificar las normas para no poner frenos ni trabas a este huracán digital.

EL ASESORAMIENTO PROFESIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD

Patricia Noemí Pomares

SUMARIO

El presente trabajo realiza un replanteo respecto de la *intervención profesional* a través del asesoramiento profesional, especialmente del notario al momento de la formación y elaboración de un contrato de Sociedad, teniendo en cuenta puntualmente el caso de la Sociedad Anónima que sólo puede nacer en la Argentina, por medio de un instrumento impuesto por Ley bajo la Forma: *Escritura Pública*, donde el Notario Actúa en esa instancia como *Funcionario Público*.

Se pretende crear conciencia de la importancia del servicio de asesoramiento que debe brindar el Profesional al crear una Sociedad, otorgando relevancia a las herramientas legales para hacer efectivos los derechos de los socios y la normatividad existente, el fortalecimiento de la incumbencia profesional, la evolución de la tecnología en el campo notarial, societario y la presencia del estado en esta actividad.

Una de las premisas del presente es re-establecer, valorar y analizar el sentido que los profesionales le otorgan al asesoramiento en su práctica en el espacio de la Sociedad; reconocer cómo los Operadores del Derecho se apropian de las herramientas necesarias para el asesoramiento adecuado, en el campo jurídico tecnológico y colaborar para lograr identificar e interpretar el sentido que se le otorga a su práctica en esta incumbencia en particular. **-1-** Se pretende, además, brindar aportes en relación a la intervención del Profesional en la inscripción de la Sociedad Anónima, trámite que debe realizar el mismo y que, con frecuencia, es observado por la Autoridad de Contralor. **-2-**

Esta experiencia constituyó la base para lograr cambios y transmitir lo más significativo del Instrumento de constitución de una Sociedad, como forma continente, de su correcta redacción, consciente, personalizada y aplicada al nacimiento íntegro de una nueva Persona Jurídica, enmarcada en el Contrato de Sociedad que otorga valor de firmeza, seguridad, credibilidad, veracidad, irrevocabilidad, ejecutoriedad y fecha cierta (además de los elementos exigidos legalmente).

En la elaboración del Contrato Social, es fundamental asesorar acabadamente, para lograr así, captar la voluntad exteriorizada por los requirentes, dándole una verdadera y adecuada forma jurídica, lo que requiere de la formación y capacitación permanente para brindar un correcto asesoramiento y seguridad jurídica.

PONENCIA

I. Digitalización

En el mundo actual todo está digitalizado o en proceso de digitalización. En la actualidad, se ejercen casi todas las profesiones jurídicas con Tablet o una computadora portátil; sin embargo, este proceso crece a pasos agigantados, ya que desde las aulas universitarias se puede percibir cómo los futuros profesionales desarrollan competencias con elementos electrónicos.

Son muchas las ventajas e innumerables; los buscadores digitales y los libros electrónicos nos permiten acceder a conocimientos jurídicos de gran parte del mundo, la tecnología

puede ayudar y facilitar los tiempos y procesos.

En el mundo de los Profesionales, especialmente del Notariado y del Derecho Societario, el papel ha sido el mayor aliado; sin embargo, estamos frente a un cambio. **-3-**

En la Argentina con la aparición de las SAS, Sociedades Anónimas Simplificadas, hemos visto que éstas no siempre resultaron ser la garantía de los acreedores, y cómo, con simplemente llenar un formulario electrónico se conforman varios nuevos sujetos de derecho. Lamentablemente el mal uso y la poca seguridad jurídica en relación a estas sociedades, derivó en la observación de las mismas y por qué no dejar de usarlas tan fácilmente. **-4-**

Todo esto tiene relación a la poca participación de los profesionales del derecho en su constitución y la importancia del asesoramiento en cada uno de los elementos del contrato social. En este contexto, el desafío se encuentra en la implementación de las nuevas tecnologías a los modos de operar de las sociedades, siempre que garantice la seguridad, autenticidad y fiabilidad de todos y cada uno de los procedimientos que se llevan a cabo por parte de las sociedades. Defender la intervención de los profesionales en derecho y ciencias económicas, en sociedades no supone oponerse a la digitalización.

II. El notario

1. La figura del Notario como funcionario público: la fe pública notarial

Debemos identificar la naturaleza y función del notario como un profesional del derecho investido de Fe Pública, diferenciado de otros operadores del derecho a partir de sus particulares funciones. **-1-**

Es aquí que el notario debe diferenciarse de los sujetos que le requieren su intervención ya que él no es parte del negocio jurídico, es el asesor y le da forma jurídica al acto.

En lo que respecta al modo de brindar asesoramiento y servicios profesionales, hay que referirse a las habilidades, conductas y atributos personales que deberán ser desarrollados y entrenadas por aquellos que pretendan brindar un servicio adecuado.

En este sentido, hay que considerar

Información: La información que debe brindarle a quienes solicitan la constitución de una Sociedad Anónima

- *Responsabilidad:* Una de las cuestiones más tenidas en cuenta al constituir una sociedad anónima es la limitación de responsabilidad por parte de sus socios.
-
- *Ventajas:* Es fundamental que el empresario conozca los beneficios que le aporta la sociedad anónima.
-
- *Plan:* Debe existir un trabajo metódico y estructurado dentro del proyecto empresarial, incluyendo los medios que se pretenden utilizar. **-2-**
-
- *Elementos:* Se debe brindar información sobre el marco general, y análisis de los datos que sirvan para la elaboración de un adecuado Contrato Social.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza de la función del escribano en la República Argentina. Parte de la doctrina afirma que éste es un Funcionario Público. Otros, por el contrario, opinan que es un Profesional del Derecho. Autores como Halperin, Salvat, Spota, González, entre otros, consideran que es un Funcionario Público cuando actúa como *fedatario*.

La jurisprudencia se pronunció en relación a esta postura. Podemos citar un caso: “Responsabilidad civil del Escribano Público como funcionario público ante el incumplimiento de los deberes esenciales”: *El Escribano público es un Funcionario Público al que se le imponen determinados deberes esenciales y cuyo incumplimiento le hace civilmente responsable* -3-

-No obstante, se presenta una concepción intermedia por cuanto el I Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en 1948, declaró que: *“El Notario Latino es el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que dan fe de su contenido”*.

Entre los doctrinarios que sostienen esta concepción se enrola Alberto Villalba Welsh, expresando que al escribano *“puede considerársele un concesionario del servicio público de autenticación, con derechos y obligaciones regidos por un contrato de naturaleza similar al de función pública”*45.

II. La función profesional

1. La ética

Este aspecto de la Función Profesional puede desarrollarse desde un plano filosófico- jurídico y relacionarse con algunas teorías generales del derecho.

Por Ejemplo la función fedataria del Notario deviene de muchos años, es quizás una de las profesiones más antiguas. Durante la época de Cristo, por ejemplo, eran los Apóstoles quienes atestiguaban los hechos milagrosos acaecidos, es decir, daban fe de ellos. -4-

De igual forma, cada Profesional, Científico o Investigador, en su labor diaria, debe certificar sus descubrimientos para volcarlos en bienestar de la comunidad.

Los derechos de los Profesionales también se encuentran plasmados en la Constitución Nacional, al igual que para otros ciudadanos que desarrollan su actividad profesional. Tienen derecho a trabajar, respetando y haciendo respetar las normas, como así también tiene derecho a recibir honorarios por su tarea, .tienen la libertad de ejercer su función de acuerdo a su leal saber y entender.

El asesoramiento es una obligación funcional, se circunscribe en cada caso en particular y de acuerdo a la legislación aplicable al caso concreto.

Conclusión

El objetivo del Profesional al constituir una Sociedad es obtener resultados, reconociendo su nivel de responsabilidad, planificación de las tareas y el enfrentamiento de los problemas que surjan en el camino ante el requerimiento de sujetos que pretenden conformar una sociedad. -1-

El asesorar forma parte de la naturaleza de la función del Profesional: estudiar, analizar es fundamental, para poder brindar una respuesta, para el caso concreto que fuere requerido. Es apasionante hacer docencia no sólo en las aulas de una Institución Educativa, sino también a través del escritorio donde a diario concurren personas con proyectos, dudas, consultas, ideas, y expectativas.

El hombre naturalmente tiene la necesidad de agruparse, para desarrollar cualquier tipo de actividad, es una actitud propia de todo ser social. Otro aspecto para resaltar es la perfectibilidad del concepto de Sociedad establecido en el artículo 1º de la ley 19550 General de

Sociedades de la República Argentina. -2-

No quiero dejar de referirme a la *Globalización*, como un proceso histórico, económico, político y cultural, la cual permite al hombre trascender el ámbito local, regional y nacional. Un ejemplo claro es si bien en el ámbito Notarial, existe la limitación del ejercicio de la profesión en función de la competencia territorial, los documentos autorizados por notarios traspasan las fronteras territoriales el notariado latino se extiende a países que tenían otro sistema jurídico.

Los profesionales no deben permitir que los medios tecnológicos le quiten su función de asesores, en el ámbito jurídico, y en relación a los socios la actuación profesional es trascendente, pues un asesoramiento imparcial, va mostrando los motivos más convenientes al elegir un tipo de Sociedad.

Se planteó así la necesidad de determinar el alcance de la intervención del Profesional en la Constitución de una Sociedad.

Referencias:

- 1- Cornejo Costas Emilio "Tratado del Nombre Social". Editorial Abaco. 1989
- 2- Vítolo, Daniel Roque. Manual de sociedades: Conforme a la nueva Ley General de Sociedades N° 19.550 modificada por la LEY N° 26.994. CABA: Estudio, 2016. Zunino, Jorge Osvaldo, Reformas al régimen de Sociedades Comerciales, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984.-
- 3- Armella, Cristina Noemí (dir). Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario. Tomo III. Buenos Aires: AD HOC, 2007
- 4- Richard, Efraín H. El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración. La Ley. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015

REGISTRO ÚNICO DE SOCIEDADES, MEDIANTE LA APLICACIÓN DE TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

Micaela Preini

SUMARIO

Las nuevas tecnologías permiten que las inscripciones y registros societarios jurisdiccionales, puedan ser disponibilizados de forma casi inmediata y con amplio alcance. Las nuevas tecnologías aplicadas a procesos gubernamentales y a la gestión pública, hacen a la transparencia y a la apertura de datos, que en la actualidad solemos escuchar bajo la denominación de Gobierno Abierto. La presente ponencia consiste en una propuesta de unificación en un Registro Único de Sociedades, mediante la aplicación de tecnología *Blockchain* en la cual los distintos registros locales -manteniendo su potestades- se integren en un registro federal. Ello conllevará a una federalización de la información disponible, mediante el acceso a la información pública y a una mayor seguridad jurídica; como consecuencia del monopolio de almacenamiento, gestión y administración en manos de las Provincias y la Nación, siendo su resultado la certificación de la información o documentos involucrados en el mismo.

a.- Introducción.

La pandemia aceleró la aplicación de las Tecnología de la Información y las Comunicaciones (en adelante "TIC") en los procesos gubernamentales y en la Administración Pública en General. Los órganos gubernamentales de contralor y registro en materia societaria, no han sido ajenos a este nuevo fenómeno, habiéndose reflejado su impacto con mayor o menor éxito. El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo en adelante "CLAD"), en su Carta Iberoamericana de Innovación para la Gestión Pública, a probada por la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado, del 8 de octubre de 2020, señaló que el concepto de innovación tiene un carácter elástico y dinámico, que en "el caso de la gestión pública podría definirse como la necesidad que la Administración pública tiene de anticiparse y adaptarse a los cambios sociales y, en general, a todo tipo de cambios que haga que la relación entre ciudadano-Administración se transforme y que la Administración pública tenga los mecanismos necesarios y optimizados para poder satisfacer las necesidades de los ciudadanos"¹. Asimismo, establece que la tecnología sólo es un instrumento, el cual para su optima utilización es imprescindible que la Administración pública renueve y transforme sus conceptos y paradigmas. Dejando sumamente claro que la innovación de la gestión pública no se circunscribe a la renovación tecnológica, sino que esta supone 'repensar, adaptar y transformar las políticas, los servicios, las arquitecturas institucionales y los planes de formación de los servidores públicos orientándolos al desarrollo de la cultura emprendedora y de innovación en función de las nuevas necesidades de los ciudadanos y buscar la máxima eficacia y eficiencia del sector público'². La innovación conlleva necesariamente a "nuevas formas de pensamiento, nuevas estrategias en los procesos de construcción social, y de adaptación e inclusión a las tecnologías emergentes, junto con la

¹ <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>, página 3.

² <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>, página 5.

incorporación de conceptos humanistas que superen la brecha planteada ante la tecnología como herramienta totalizadora de la gestión y la resolución de problemas. De esta forma, la innovación, vista bajo un enfoque sustantivo más que bajo un enfoque instrumental, se posiciona como una herramienta democratizadora en la medida en que permitirá, no sólo modificar la forma de gestionar aquello que las administraciones públicas vienen ejecutando, es decir incrementando la eficiencia de sus procesos; sino integrando marcos de acción diferentes en cuya ejecución se amplíe la garantía de derechos (base material de un proceso de democratización), construyendo una sociedad comprometida con el gobierno colectivo de los asuntos públicos, así como fortaleciendo y garantizando el ejercicio democrático de la institucionalidad pública³. En este orden de ideas, resalta que al ser la innovación pública un proceso de cambio que altera las posiciones y capacidades de los actores involucrados; requiere del consenso de los mismos para que esta sea exitosa, y no se circumscribe al ámbito público debiéndose conciliar su legitimidad tanto dentro como fuera del Estado.

b.- Registro Nacional de Sociedades.

En nuestro país actualmente existe el Registro Nacional de Sociedades⁴ (en adelante “RNS”), el cual administra y centraliza una base de datos nacional de información sobre sociedades accionarias y no accionarias argentinas, de sociedades extranjeras, de asociaciones civiles y de fundaciones, conforme lo dispuesto en las leyes N° 26.047 y 27.444.

La ley 27.444, sancionada el 18 de junio del 2018, sobre “Simplificación y Desburocratización para el desarrollo Productivo de la Nación (en adelante “LSDPN”), modificó el art. 8 de la ley 19.550 (en adelante “LGS”), estableciendo que “la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Sociedades por Acciones estará a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o del organismo que éste indique al efecto, para lo cual se utilizarán los sistemas informáticos desarrollados y provistos por el Ministerio de Modernización o, en su caso, por quien el Poder Ejecutivo nacional determine”. Asimismo, la LSDPN, modifica en forma sustancial la ley 26.047, sobre Registros Nacionales.

El RNS, consiste en una plataforma en línea provista por la Secretaría de Gobierno de Modernización Administrativa, que pone a disposición de los interesados -a requerimiento puntual-, información de personas jurídicas provistas por la Administración Federal de Ingresos Públicos, la cual recepta lo registrado por cada registro local. Consiste en una base de datos nacional que centraliza la información organizándola en base a la clave única de identificación tributaria (en adelante “CUIT”) o clave de identificación (en adelante “CDI”) de las personas jurídicas privadas (nacionales -CUIT- o extranjeras -CDI-) registradas en cualquier registro público de comercio en la República Argentina.

El RNS a requerimiento puntual -mediante CUIT o CDI- informa sobre los sujetos comprendidos en el mismo: (i) su denominación social, (ii) el tipo social, (iii) la fecha de contrato social, (iv) domicilio legal y fiscal; y (v) el número de registro local, si es que el mismo se encuentra disponible. Al ponerse a disposición de los consultantes el domicilio legal, estos podrán dirigirse a solicitar en el registro local, la información y/o antecedentes de la persona jurídica objeto de la consulta.

Pero que ocurriría si se puede ampliar su alcance, mediante la aplicación de nuevas tecnologías, sin afectar las competencias propias de los registros locales, facilitándose el acceso a la información y su administración.

³ <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>, página 5.

⁴ <https://www.argentina.gob.ar/justicia/registro-nacional-sociedades>

c.- Tecnología Blockchain.

La tecnología de registro o contabilidad distribuida (en adelante “DLT”, por sus siglas en inglés *Distributed Ledger Technology*), se ha popularizado con la aparición de en las criptomonedas y incorporando a nuestro vocabulario el término “Blockchain”. Esta tecnología carece de recepción normativa; por lo cual me remitiré a lo expuesto por la Doctrina a los fines de definirla y caracterizarla.

La misma ha sido caracterizada por la Doctrina, como una forma de estructurar una base de datos mediante un listado de bloques que contienen información almacenada y unida de forma consecutiva e inalterable, reflejándose en un hash -función resumen, es decir un algoritmo matemático que transforma los bloques de datos que lo anteceden en una nueva serie de caracteres con longitud fija con el objetivo que sea inmodificable-, pudiéndose llevar un registro preciso de la información, conteniendo en forma simplificada toda la información del bloque precedente. Las unidades que hacen dicho trabajo de procesamiento de información (nodos), reciben una unidad asociada conforme al protocolo aplicado. Las unidades asociadas, podrán ser *Token* -de pago, utilidad y activos-. A los fines del presente cabe mencionar los *Token* de utilidad, que son aquellos que habilitan al ejercicio de un derecho determinado y es reconocido por la red aceptando este *Token*. Su particularidad al ser DLT, es que puede ser implementada de forma distribuida -red distribuida-; sin la necesidad de contar con entidades que centralice la información -red centralizada-, a los fines de validarla. Ello como consecuencia que, mientras que la información que se pretenda asentar en el Blockchain cumpla con los códigos informáticos predispuestos -de funcionalidad y gobernanza-, no será rechazada por la red; permitiendo llevar un registro preciso de información y disminuyendo los costos de operación. Asimismo, respecto a los alcances de su aplicación y utilización, se ha dicho que “su campo es amplio dado su funcionamiento intrínseco. Básicamente toda base de datos sobre la cual resulte conveniente mantener un registro distribuido, con independencia del grado de publicidad y apertura que tenga, es susceptible de utilizar tecnología blockchain de forma eficiente...esta tecnología de contabilidad distribuida (*distributed ledger technology* -DLT) propia de blockchain, permite llevar una anotación de actos y hechos con relevancia jurídica ... de forma distribuida cuya existencia es independiente de cualquier organización individual, y, por lo tanto, resistente a la manipulación y censura, siempre y cuando se cumplan con los requisitos informáticos del protocolo mediante el uso de las unidades asociadas a cada blockchain”⁵.

Cabe traer a colación la ilustrativa explicación sobre el *Blockchain*, de Marcos Zocaro, es “una base de datos gestionada por varios participantes (*nodos*) en forma descentralizada: cada uno tiene una copia actualizada y sincronizada de esa misma base de datos. ‘Blockchain’ es ‘cadena de bloques’: se puede hacer la analogía con un libro, cuyas “hojas” serían el equivalente a los bloques. En cada hoja se vuelca información y una vez completada la hoja (bloque), ésta pasa a formar parte del libro (blockchain o base de datos). Y para incorporar la información a la base de datos, determinados nodos de la red se ponen de acuerdo según un ‘mecanismo de consenso’ preestablecido...Cada nuevo bloque tiene una identificación numérica que lo hace correlativo al bloque anterior (como las ‘páginas’ de un libro), otorgándole trazabilidad al sistema. Es decir, en lugar de existir un escribano que certifique cada acta o

⁵ Andrés Chomczyk, “Regulación de blockchain e identidad digital en América Latina. El futuro de la identidad digital”, diciembre del 2020”, pág. 27, DOI <http://dx.doi.org/10.18235/0002935>, <https://publications.iadb.org/es/regulacion-de-blockchain-e-identidad-digital-en-america-latina>

registro, esta validación la efectúa el conjunto de usuarios, sin necesidad de agentes externos o intermediarios. Y una vez plasmada en la blockchain, la información no puede ser borrada ni modificada, es inmutable. Y cada nodo de la red tiene la misma copia de ese 'libro': si un nodo dejase de funcionar, la 'base de datos' permanecería inmutable en el resto de nodos"⁶. El *Blockchain*, a grandes rasgos, se pueden clasificar en: (i) público -cualquier persona puede participar -o libre-, su información es pública y visible por cualquier persona sea o no parte de la red; (ii) privado -en la cual existe un único administrador, la participación requiere autorización, su información no es pública y no puede ser vista por determinados participantes, ej. las utilizadas en el sector privado-; y (iii) federado -son similares a las privadas pero administrada por un conjunto de sujetos y organizaciones (Administradores), que autorizan quién puede participar y que información puede ser visible por el público en general, ej. las utilizadas en el sector público, Blockchain Federal Argentina (BFA) donde se publica el Boletín Oficial de la República Argentina o Registro Único Tributario – Padrón Federal (RUT)-. Como principio general, cuanto más pública sea una blockchain, más complejo será su funcionamiento y gobernanza; y viceversa cuanto mas privada sea una blockchain mas fácil su funcionamiento y gobernanza. Ello se debe a que las públicas parten del supuesto de que ninguno de sus miembros guarda confianza en los otros participantes, con lo cual es necesario implementar mecanismos técnicos para garantizarla. Para concluir este punto los beneficios de la aplicación de esta tecnología son: (a) la inmutabilidad de la información incorporada; (b) la trazabilidad y visibilidad de la información contenida; y (c) la reducción de tiempos, costos y eficacia de procesos como consecuencia de la interoperatividad de los diferentes actores intervinientes y la supresión de instancias duplicadas.

d.- Registro Único de Sociedades.

La propuesta de la presente ponencia es la creación de un Registro Único de Sociedades, basado en la aplicación de la tecnología blockchain. Un blockchain federado en el cual los administradores previo consenso, determinarán que información puede ser visible por el público en general, y cuales se encontrarán restringida, suministrando mayor información que el actual Registro Nacional de Sociedades.

El proceso de consenso de funcionalidad y gobernanza, a los fines de establecer el protocolo asociado al mismo será definido entre Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como la autoridad de aplicación de la ley 26.047, y el conjunto de nodos, registros locales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; siendo estos los administradores de la Blockchain. Sin perjuicio de lo cual, se podría integrar a la información suministrada por cada nodo, la información existente en los boletines oficiales de las distintas jurisdicciones participantes como el nacional.

Por el cumplimiento de protocolo asociado los distintos nodos, podrían acceder a un token de utilidad, ej. en una certificación digital de información u otros documentos con validez nacional sin mayores trámites, brindándose un mejor servicio público a la ciudadanía.

En un primer momento, este Registro Único de Sociedades, se encontraría limitado al suministro de información -con mayor alcance que el actual Registro Nacional de Sociedades-, ello como consecuencia de contar con el tracto registral de las personas jurídicas comprendidas en el mismo; pudiendo ampliar su operatividad conforme las necesidades sobrevinientes por

⁶ Marcos Zocaro, "EL ROL DE LA BLOCKCHAIN EN LAS POLÍTICAS DE TRANSPARENCIA PÚBLICA", 27 DICIEMBRE, 2021, <https://www.blogeconosp.econo.unlp.edu.ar/wp/2021/12/27/2814/>

ejemplo con la aplicación de *smart contract* para supuestos determinados.

La presente propuesta no se encuentra exenta de desafíos, sobre todo teniendo en cuenta la disparidad existentes entre los distintos actores -tantos de recursos como tecnológicos- y la necesidad de unificación de criterios y coordinación de herramientas a los fines de cubrir necesidades propias de cada uno de los actores intervinientes; pero la experiencia indica que el trabajo colaborativo y coordinado, es un ejercicio enriquecedor que puede sobrellevarlos. El trabajo colaborativo y coordinado de los distintos actores, conllevará a una federalización de la información disponible, la cual se caracterizará por su inmutabilidad, trazabilidad y visibilidad de la información contenida en el Registro Único de Sociedades. Como así, a la reducción de tiempos, costos y eficacia de procesos, como consecuencia de la interoperatividad de los diferentes actores intervinientes y la supresión de instancias innecesarias. Este monopolio de almacenamiento, gestión y administración de información y conocimiento, como consecuencia del trabajo conjunto, colaborativo y coordinado, entre las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Nación, se reflejará necesariamente una mayor seguridad jurídica.

e.- Conclusiones.

Las nuevas tecnologías aplicadas a procesos gubernamentales y la gestión pública, hacen a la transparencia y a la apertura de datos, denominado de Gobierno Abierto. Las nuevas tecnologías permiten que las inscripciones y registros societarios jurisdiccionales, puedan ser disponibilizados de forma casi inmediata y con amplio alcance. Por lo cual, y tal como fuera señalado por el CLAD en los tiempos que corren, “los conocimientos que se generan y emplean para la producción de los bienes y servicios públicos son mediados tecnológicamente. Las tecnologías emergentes deben ser una herramienta que potencie la gestión del conocimiento, siendo el protagonista el ser humano⁷”.

⁷ <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/Carta-Iberoamericana-de-Innovacion-10-2020.pdf>, página 6.

EL REGISTRO PÚBLICO EN LA ERA DIGITAL

Guillermo Enrique Ragazzi

SUMARIO

Sentar las bases de un nuevo diseño del Registro Público y de la registración societaria, comporta revisar aquellas cuestiones que aún están pendientes de solución, tal el caso de la unificación de las funciones registrales y de fiscalización, mejorar el funcionamiento de los Registros Nacionales, dotar a los Registros de un ordenamiento normativo básico referido a su organización y competencia, a lo cual se agrega la facilitación de las presentaciones a través de una ventanilla única, un número identificatorio por empresa y la generación de la página web societaria, ente otras decisiones encaminadas al señalado objetivo.

Luego, la incorporación de plataformas y tecnologías digitales de información compartida que exhiben las características de rapidez, sensibilidad, precisión y transparencia en tiempo real, son factores claves para el diseño de un modelo de registración y archivo documental. Sin soslayar, que la Inteligencia Artificial (IA) ha demostrado su utilidad a través de las distintas aplicaciones que puede tener para los organismos públicos, a los que puede servir como instrumento auxiliar en la toma de sus decisiones; unas decisiones que pueden verse, cuanto menos, agilizadas o incluso acotadas, en su eventual discrecionalidad.

En última instancia, cabe plantearse también, en qué medida los Registros Públicos pueden ser un factor coadyuvante de crecimiento y desarrollo económico, lo cual no es poco y le agrega otro valor a su existencia y al rol que cumplen.

1. Preliminar

Existen temas a los cuales la doctrina presta preferente atención, en especial en oportunidad de las celebraciones de los Congresos Nacionales de Derecho Societario e Iberoamericanos de la Empresa. Uno de ellos es, sin duda, el de la publicidad en materia societaria y dentro de él, la registración societaria, muchas veces asociada al de la fiscalización pública, aunque se trata de instituciones distintas, sin perjuicio que en muchas jurisdicciones, el mismo y único organismo local tiene a su cargo las funciones registrales y las de fiscalización.

Lo expuesto se corrobora al repasar los libros de ponencias de dichos Congresos desde 1977¹ hasta la fecha, en los que siempre inveteradamente, aunque frente a problemáticas y circunstancias diferentes, el tema registral o el de la publicidad societaria suscitó dicho interés.

El XV Congreso Nacional no es una excepción ya que el temario de la Comisión I, Sub tema 5 convoca nuevamente a la cuestión registral en materia societaria, aunque en esta oportunidad, el foco se ha puesto sobre el impacto de las tecnologías, las plataformas digitales y la digitalización de la inscripción y los registros societarios, todo lo cual plantea, a esta altura y en este contexto, si acaso no ha llegado el tiempo de sentar las bases de un nuevo itinerario.

¹ A modo de simple referencia cabe remitirse a las plurales ponencias presentadas en el Primer Congreso de Derecho Societario del año 1977 (Véase Primer Congreso de Derecho Societario, Vol. II -Comisión IV- Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979), deben agregarse los trabajos presentados en el Segundo Congreso de Derecho Societario celebrado en Mar del Plata, en 1979, donde se reiteraron las propuestas de unificación y simplificación de funciones en el control societario (Véase, publicación de la Cámara de Sociedades Anónimas, Comisión III), a las que cabe sumar los trabajos del Tercer Congreso Argentino de Derecho Societario realizado en Salta, 1982 (véase Revista de Ponencias-Comisión IV) y las Conclusiones del Cuarto Congreso Argentino de Derecho Societario (véase Conclusiones del IV Congreso de Derecho Societario, Idearium, Mendoza, 1986), sin olvidar los trabajos presentados en las Jornadas Nacionales de Derecho Societario de 1981 y en los Congresos Argentinos de Derecho Comercial de 1984 y 1990.

rio normativo en materia registral que promueva suficiente certeza, sencillez, innovación, celeridad y flexibilidad y sea fuente fiable de información para afrontar la disrupción que está provocando el tsunami tecnológico.

Las líneas que siguen, dentro de los límites que impone esta presentación, procuran aportar algunas ideas para la construcción de ese diseño normativo, tomando en consideración los avances existentes sobre ciertos temas, cuya finalización podrían arrojar resultados positivos sobre la materia.

2. Aportes para el diseño

2.1. La unificación de las funciones registrales y de fiscalización. En los primeros Congresos, este tema mereció preferente atención. El proceso de unificación, iniciado en el año 1976 en la Provincia de Buenos Aires, seguido luego en la Capital Federal en 1981 y continuado en varias Provincias, a la fecha no concluyó y, a pesar de los amplios consensos sobre su viabilidad y favorable funcionamiento, aún un tercio de las jurisdicciones provinciales mantiene el sistema dual original de la Ley 19.550 de 1972. Luego de varias décadas de aplicación y aún reconociendo que se trata de una cuestión de decisión provincial-local, sus ventajas son evidentes, de modo que resulta razonable insistir en la unificación de dichas funciones.

2.2. Los Registros Nacionales. También desde sus inicios, ocupó la agenda el tema de los Registros Nacionales y su puesta en vigencia, más aún luego de la sanción de la Ley 26.047 de organización de los Registros Nacionales y la modificación introducida por la Ley 27.444 de Simplificación y Desburocratización para el Desarrollo Productivo de la Nación del año 2018, que designó como autoridad de aplicación al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Finalmente y luego de muchos años de insistir en la necesidad de contar con dichos Registros Nacionales², se ha asomado una luz en este derrotero ya que la nueva autoridad de aplicación por medio de la Dirección de los Registros Nacionales de Sociedades y del Registro Nacional de Concursos y Quiebras de dicho Ministerio, ha generado una base de datos sobre los cuatro Registros Nacionales que organiza la Ley 26.047 -de sociedades por acciones, sociedades no accionarias, sociedades extranjeras y de asociaciones civiles y fundaciones- a los que se ha sumado el de cooperativas y, a través de una plataforma en línea, provista por la Secretaria de Gobierno de Modernización Administrativa, se pone a disposición, previa consulta particular por la CUIT/CDI o denominación o razón social de las personas jurídicas incluidas en la base de datos, cierta información útil: tipo de persona jurídica; denominación o razón social; fecha del contrato social; domicilio legal y domicilio fiscal.

Si bien esta información es limitada y la única fuente de ingreso de datos es la AFIP, el avance es importante. Sin perjuicio de ello, cabe proponer la ampliación de las fuentes de ingreso de datos y, por ende, proveer una mayor información. En tal sentido, se podrían agregar a la base de datos actual, los datos que correspondan a entidades que inscriban, modifiquen o autoricen los Registros Públicos o las Autoridades de Contralor local, tales

² Entre otros aportes, nuestras ponencias: "La publicidad. Los Registros Nacionales. Su importancia y necesidad", en XI Congreso Argentino del Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tº I, Fides, Buenos Aires, 2010, p. 591 y ss. y "La necesaria puesta en funcionamiento de los Registros Nacionales", en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad Nacional de Cuyo y Universidad de Mendoza, Tº 1, Mendoza, 2016, p. 643 y ss.

como el capital/patrimonio, objeto, integración del órgano de administración y representación y, en su caso, el de fiscalización; las transmisiones de participaciones sociales sujetas a inscripción en el Registro Público; el acto de presentación de los estados contables; los procedimientos de reorganización, disolución y liquidación de sociedades y entidades y las declaraciones juradas de beneficiario finales de las mismas, tal como lo prevé expresamente la Ley 26.047. En síntesis, el camino se ha iniciado, deberá continuarse y profundizarse.

2.3. Una normativa básica. En el XIII Congreso Nacional celebrado en Mendoza (2016), en oportunidad de analizarse la organización de los Registros Públicos y las funciones de la Autoridad Registral y, muy especialmente, ante la ausencia de toda referencia sobre el tema en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) y la reforma del art. 6º de la Ley 19.550 sancionada el año anterior por la Ley 26.994, se planteó la necesidad de contar con una normativa básica nacional sobre los Registros Públicos que evitara el dictado de reglamentaciones contradicciones en temas tan sensibles como su ubicación funcional, los documentos a inscribir, la competencia del registrador mercantil y el alcance de su facultad de indagación, los efectos de las inscripciones, el acceso a la información, entre otros no menos relevantes. La ausencia de tal normativa derivó a que en la práctica, los Registros Públicos o los organismos de fiscalización, continuaran cumpliendo sus funciones de acuerdo a sus propias normas reglamentarias y aplicando en materia registral los llamados principios del derecho registral societario. Sin duda, queda pendiente el dictado de una normativa básica y de aplicación uniforme en todas las jurisdicciones, aunque cabe lamentar que, en este punto, el legislador no haya tomado en cuenta las disposiciones que sobre el Registro Público de Actividades Especiales (arts. 297/301) contenía el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

No podemos soslayar en este breve repaso que, salvo excepciones, los libros de ponencias también recogen críticas a los organismos registrales y de fiscalización, demandando mayor celeridad en la tramitación, mejores y más amplios accesos, menores costos, mayor simplificación en los trámites, uniformidad en los criterios y exigencias formales y de fondo, reclamos que vinieron acompañados de propuestas de mejoras edilicias, infraestructura y organigramas actualizados, mayor capacitación técnica y, especialmente, la incorporación de instrumentos y herramientas tecnológicas que permitieran mejorar la prestación de sus servicios.

2.4. La irrupción de la SAS y la inscripción por medios digitales. En línea con lo expuesto, la reforma de la Ley 19.550 del año 2015 y, muy especialmente, la irrupción de la sociedad por acciones simplificada a través de la Ley 27.349 y la posibilidad de constituir, registrar e inscribir por primera vez en nuestro país una sociedad por medios digitales, además de crear un Registro Digital de Sociedades y llevar libros por medios digitales, comportó un avance significativo y, a la par, de innovación tecnológica, que repercutió muy favorablemente en los trámites registrales en general. Ello se constata en las buenas prácticas de los Registros y de los organismos de fiscalización locales, al incorporar plataformas de acceso a distancia (TAD) y la digitalización de la documentación -en especial en materia societaria- lo cual revela, por otra parte, que en un futuro próximo no existirá otra forma de constituir una sociedad que no sea por estos medios que nos provee la tecnología.

2.5. El Registro Público. Su rol y menores trabas. Estas nuevas bases no pueden soslayar el rol e importancia del Registro Público - como lo califica el CCyCN sin su agregado histó-

rico de Comercio- y que se trata esencialmente, de un instrumento de publicidad que, sin embargo, presenta un matiz diferenciador que la distingue de otros mecanismos o instrumentos de publicidad y es la transformación de la posibilidad de conocer en presunción de conocimiento: puede que el sujeto no haya conocido pero, en ciertas condiciones y en aras de la seguridad del tráfico, la posibilidad de conocer vale como el conocimiento efectivo. A ello se agrega el efecto primordial de la registración: su oponibilidad frente a terceros, que ha permitido desde antiguo sostener que *“la inscripción o la falta de inscripción ni siquiera repercute sobre la validez o invalidez de las relaciones jurídicas sustantivas (solución negocial), sino sobre las consecuencias que produce la ignorancia o el conocimiento de los actos inscribibles por los terceros”*³.

Por ello, si el derecho societario tiene el desafío de ser un derecho facilitador de la iniciativa empresarial y para ello deberá transitar hacia la simplificación, la flexibilidad y la innovación, ese proceso de cambio debe ser acompañado por un sistema registral que favorezca la creación de empresas, que facilite su inscripción, con menores costos y plazos breves y, al mismo tiempo, asegure la fiabilidad de los documentos y la información que se registra y archiva. La cuestión de cómo hacer que el derecho societario actúe como un derecho proactivo para la creación y estímulo a la creación de empresas, se vincula con la pregunta de cómo eliminar las trabas legales, reglamentarias o administrativas que entorpecen, demoran o incluso desalientan la creación de empresas.

El derecho comparado muestra claras señales hacia el rumbo a seguir. La Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 115 (2019) sobre utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del derecho de sociedades, expresa: *“Las empresas tienen que operar en un entorno jurídico y administrativo que favorezca el crecimiento y esté adaptado para hacer frente a los nuevos desafíos económicos y sociales de un mundo globalizado y digital”*. La comunicación sobre el Programa Europa 2020, *“una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible, innovador e integrador”*, señala que la primera prioridad es la consecución de un crecimiento inteligente mediante una economía asentada en el conocimiento y la innovación, fomento a las empresas innovadoras y reducción de cargas normativas y administrativas. El cimiento que sustenta estos programas trata de expandir la economía digital en la Unión Europea y *“derribar los muros reglamentarios”*, lo cual significa que las nuevas generaciones de emprendedores y empresarios, tengan un marco legal sin muros que los sostenga y empuje a construir y reconstruir las actividades en esta era de la digitalización. En línea con estas ideas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) ha sostenido que la irrupción de las nuevas realidades virtuales, van desterrando los métodos de constitución, organización y producción tradicionales, todo lo cual hace que se piense en sentar las bases de nuevos marcos normativos basados en inscripciones de empresas a través de trámites sencillos, rápidos, económicos, fácil de aplicar y accesibles al público y una información registrada fiable.

3. La registración societaria y el Registro Público en la era digital

La incidencia de las tecnologías mucho ha cambiado respecto del pasado reciente, ya que

³ Menéndez Menéndez, Aurelio, *“La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de Sociedades y el Registro Mercantil Español”* en *“Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea”*, (Estudios en Homenaje a José Girón Tena), Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 720 y ss.

no solo impacta en la vida cotidiana de todos los hombres y mujeres del planeta, sino en los mercados que en la actualidad están organizados y comunicados a través de sistemas de comunicación o redes y cualquier bien físico o intangible, irrumpe o se intercambia en esos nuevos espacios.

Sería impensable transitar o al menos sobrevivir frente al poder de esos mercados, liderados hoy por las empresas tecnológicas (Apple, Microsoft, Alphabet, Amazon y Meta Platforms (Facebook)) sin el concurso de *internet* y de las buenas oportunidades de interconexión o interoperatividad asociadas a la existencia de la red y el acceso a una información registrada, actualizada e inalterada, lo que a su vez abre las puertas a una explosión de innovación y creatividad.

La vinculación de este epifenómeno con el aporte y la incorporación de los Registros Públicos a este proceso de cambio, resulta fuera de toda discusión. Lo que cabe plantear, analizar y resolver es el sistema más adecuado de publicidad societaria aplicable en un determinado ámbito y sujeto a ciertos condicionamientos vinculados con su implementación, seguridad y viabilidad. Sistema que comprenda el proceso de inscripción, el régimen de verificación de la documentación, los efectos de las inscripciones, la guarda y archivo de la documentación y el modo de acceso a la información; ello, en consonancia con las exigencias que imponen esos nuevos escenarios, el mercado espacial globalizado y una pluralidad y diversidad de actores, para los cuales la información que se provee y su modo de transmisión, muchas veces condicionan su actuación y su propia existencia.

Sentar las bases de este nuevo diseño del Registro Público, como más arriba señalamos, comporta revisar aquellas cuestiones que aún están pendientes de solución, tal el caso de la unificación de las funciones registrales y de fiscalización, mejorar y profundizar el funcionamiento de los Registros Nacionales y dotar a los Registros de un ordenamiento normativo básico referido a su organización, ubicación funcional y competencia.

A ello cabe agregar que la inscripción debe concebirse, también, desde la perspectiva de una empresa y en consonancia con sus necesidades: es decir, debería ser posible acceder al sistema a través de una ventanilla única y un número registrador por empresa. A eso se suma, la posibilidad de contar con una página web societaria en el sitio web de publicaciones legales que se autorice, es decir un medio de información de la sociedad y de comunicación de la sociedad y el socio, por medios electrónicos⁴.

En línea con lo expuesto, la incorporación de plataformas y tecnologías digitales de información compartida que exhiben las características de rapidez, sensibilidad, precisión y transparencia en tiempo real, son factores claves para el diseño de un modelo de registración y archivo documental. Sin soslayar, que la Inteligencia Artificial (IA) ha demostrado su utilidad a través de las distintas aplicaciones que puede tener para los organismos públicos, a los que puede servir como instrumento auxiliar en la toma de sus decisiones; unas decisiones que pueden verse, cuanto menos, agilizadas o incluso acotadas, en su eventual discrecionalidad. Desde una perspectiva más global e integral, el futuro es sostenible y digital. Esa es la realidad que la actualidad impone. Una realidad a la que conviene estar preparados; especialmente desde el Derecho, que tendrá que afrontar y resolver necesidades nuevas y peculiares que cambian a gran velocidad, frente a lo cual el Registro Público no puede ser ajeno a este cambio⁵.

⁴ Esta propuesta está incluida en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades del año 2019.

⁵ Sin perjuicio de los aportes favorables que estas iniciativas representan y que van de la mano del empleo corriente de vocablos hoy de moda, no debe perderse de vista que se han levantado voces alertando sobre los peligros de la conexión permanente con las máquinas.

A modo de síntesis, la búsqueda y diseño de un sistema eficiente, moderno y acorde a las necesidades de las empresas, emprendedores y operadores, supone: 1) Un trámite de inscripción rápido, económico, fácil de aplicar y accesible al público y especialmente adecuado a las mipymes y emprendedores; 2) Una información registrada de las sociedades fácil de consultar y de extraer la información; 3) Una información registrada fiable, actualizada e inalterada, con verificaciones y actualizaciones periódicas y 4) El uso de medios tecnológicos que posibiliten y aseguren tales presupuestos.

Teniendo en cuenta estos objetivos, el debate plantea otro interrogante y es cómo alcanzarlos, cómo acceder al diseño de un sistema que organice, administre y provea dicha información de la forma que se propone. La respuesta es compleja, pero una adecuada planificación en los objetivos, sostenerlos con firmeza, convicción y perseverancia y contar con medios electrónicos y de cualquier tecnología actual e incipiente, son presupuestos ineludibles para comenzar a transitar un camino de soluciones.

Nada es sencillo y menos aún en la resolución de estos temas donde luego de muchos años, se carece de una legislación adecuada, existen trabas y dificultades de difícil explicación, proyectos inconclusos, resoluciones y criterios de los organismos registrales locales que no son uniformes y aún hasta contradictorios y miradas disímiles sobre la organización de los Registros Públicos y las funciones del registrador mercantil.

Sin embargo, en el campo del derecho registral societario, se presenta un futuro lleno de retos, de desafíos inéditos hasta el momento y, sobre todo, de oportunidades únicas de transformar nuestro sistema de registración e información.

Para ello, las herramientas tecnológicas están a nuestro alcance y donde, precisamente lo digital o la IA sean, además, factores de cohesión social que pongan a las personas en el centro y aborden los cambios que se necesitan para impulsar nuestra competitividad y eficiencia desde la innovación, la creatividad y la transparencia.

En última instancia, cabe plantearse también, en qué medida los Registros Públicos pueden ser un factor coadyuvante de crecimiento y desarrollo económico, lo cual no es poco y le agrega otro valor a su existencia y al rol que cumplen.

Así, se sostuvo que "debemos sensibilizarnos al máximo para no caer en la contradicción que so capa de ser permeables al impacto tecnológico nos haga olvidar que el Hombre es el creador y destinatario de la norma jurídica" (Fargosi, Horacio P., "Empresa, mercado y derecho comercial", La Ley, 2013-F, 848) y, el surgimiento de conductas tan novedosas como variadas, obliga al abogado, al legislador y a los usuarios a comprender el Derecho desde nuevas corrientes y concepciones. "Es preciso, por tanto, entender la tecnología y, a partir de ello, ver qué se puede regular y qué no. No debemos concebir la tecnología como una creación perversa, sino que ésta es neutra y por lo general obedece a las instrucciones de cómo ha sido configurada" (Dalenz, Natalia, "Desafíos jurídicos de la Inteligencia Artificial", Abogados.com, 25/07/2022).

VIRTUALIDAD JURÍDICA DE LAS CRIPTOMONEDAS COMO APORTES SOCIETARIOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Virginia Ramello

SUMARIO

A lo largo de estos últimos años, se ha visto el boom de los proyectos que se valen de la tecnología *blockchain*, en especial de las criptomonedas, y su utilización en los negocios y en las nuevas formas de contratación. En lo que aquí respecta, no vamos a realizar un estudio de qué es una *blockchain*, sino lo que nos interesa analizar es la posibilidad de realizar un aporte o un aumento de capital –en especial en las sociedades de capital– con criptomonedas, y su impacto en el derecho societario actual.

Si bien las criptomonedas no son consideradas en la República Argentina como moneda de curso legal, es insoslayable que la irrupción de dicho fenómeno en las sociedades de capital plantea interrogantes que son receptados por la doctrina y que no encuentran una respuesta en el marco normativo vigente. El panorama internacional actual presenta un ritmo de crecimiento vertiginoso de los mercados de criptoactivos, y la República Argentina no se encuentra al margen de dicho crecimiento.

El presente trabajo tiene por objeto entender una de las principales cuestiones debatidas en torno al aporte de las criptomonedas en una sociedad de capital, como ser la virtualidad de ser ejecutadas de manera forzosa.

Un primer acercamiento a las criptomonedas

Antes de volcarnos al eje central del presente trabajo, debemos hacer alusión a qué se entiende por criptomoneda.

El primer acercamiento normativo para definir a las mismas en nuestro país fue la Resolución N° 300/2014 de la Unidad de Información Financiera (en adelante, “UIF”), ubicando a las criptomonedas como parte de las monedas virtuales, definiéndolas como *“la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción.”*¹

Doctrinariamente se ha abordado la definición de las criptomonedas, entendiéndolas como un medio digital de intercambio que utiliza criptografía para asegurar las transacciones, controlar la creación de unidades adicionales y verificar la transferencia de activos usando tecnologías de registro distribuido.²

Por otro lado, en el Congreso de la Nación actualmente existen dos proyectos de ley sobre

¹ Unidad de Información Financiera, Prevención del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo, Resolución 300/2014. Monedas Virtuales. Resolución N° 70/2011. Modificación. Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-300-2014-231930/texto>

² Martín, Julian “Criptomonedas. Un análisis conceptual y fiscal”, 2021, disponible en <https://abogados.com.ar/criptomonedas-un-analisis-conceptual-y-fiscal/28395>

regulación de criptoactivos, uno del año 2020³ y otro del año 2022⁴. El primero de ellos ha elaborado una definición de “Criptoactivo”, siendo esta última una *“representación digital de valor en tanto activo financiero encriptado, definido por un protocolo computacional que puede ser objeto de comercio digital y cuya funciones son las de constituir un medio de intercambio y/ o pago, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, y/o herramienta de inversión financiera, y/o medio de financiación, que no posee curso legal y es de carácter descentralizado, estando su valor sujeto a la variación de precios dependiendo de la oferta y demanda en los mercados”*.

De las definiciones elaboradas por la doctrina y de la normativa dispersa que existe al presente⁵, debemos poner de manifiesto una de las principales características de las criptomonedas, y es que la columna vertebral de las mismas es la criptografía, funcionando a través de una base de datos descentralizada, usualmente una cadena de bloques (“blockchain”), que es una enorme base de datos almacenados en forma virtual y donde cada usuario del sistema mantiene una copia actualizada y sincronizada en su computadora.

Como abogados, cuando se nos presenta una nueva realidad, tenemos la tentación inmediata de descifrar su naturaleza jurídica para encuadrar el objeto de estudio dentro de los casilleros que nos brinda nuestro ordenamiento normativo, más específicamente el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCyCN”). Y no se encuentran exentas las criptomonedas de las discusiones doctrinarias en torno a su naturaleza jurídica.

Existe consenso en la doctrina en que se tratan de bienes, sean o no cosas, o sean títulos valores o tengan otra naturaleza, que integran el patrimonio de la persona humana o jurídica⁶. Asimismo, las mismas no pueden ser tratadas como dinero de curso legal en los términos del art. 765, primera parte, del CCyCN, al carecer de curso forzoso.

Sin embargo, no existe consenso en si pueden ser consideradas monedas, ya que hay quienes sostienen que no se cumplen los recaudos exigidos por el art. 30 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina (en adelante, “BCRA”) para ser consideradas como tal, al requerir dicho artículo dos requisitos para considerar a un instrumento como moneda: que el emisor del instrumento imponga el curso legal respecto del instrumento y la existencia de un valor nominal fijado al instrumento.⁷

Otra corriente doctrinaria, a la cual adherimos, considera que las criptomonedas son asimilables a “monedas sin curso legal”⁸, porque económicamente cumplen con los tres requisitos de las monedas: (i) se tratan de un medio de pago; (ii) se tratan de un patrón de medida que permite comparar el valor de productos y servicios del mercado y (iii) son un refugio de valor, que posibilitan tanto la inversión como el ahorro, no siendo de curso legal porque las únicas monedas admitidas en la República Argentina son el “peso” y el “argentino de oro”, por lo que debe aplicársele a las mismas el régimen de las obligaciones dinerarias. O sea

³ Disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/6055-D-2020.pdf>

⁴ Disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2022/PDF2022/TP2022/1362-D-2022.pdf>

⁵ No existe en Argentina un único plexo normativo, sino una regulación dispersa en normativas de distintos organismos, tales como la Unidad de Información Financiera (“UIF”), el Banco Central de la República Argentina (el “BCRA”), la Administración Federal de Ingresos Públicos (“AFIP”) y la Comisión Nacional de Valores (“CNV”).

⁶ Rubín, Miguel: “Las criptomonedas vistas desde el derecho” - ED - 283 - 7/6/2019

⁷ Ley N° 24.144. Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina. Régimen General. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66194/texact.htm>

⁸ En una postura más limitada Gonzalez Rossi considera que cuando las criptomonedas son “Stablecoins”, podrían comprenderse como una obligación de dar sumas de dinero, aplicándose los arts. 765. Gonzalez Rossi, Alejandro “Algunos aspectos sobre las stable coins y su utilización en argentina” en LA LEY AR/DOC/2620, cap. V, pag. 2/3.

que si bien es una “cosa” ella tiene “condición dineraria”.⁹

Por ende, nos inclinamos en considerar que las criptomonedas encuadran dentro de la categoría de bienes inmateriales en el marco del ordenamiento jurídico argentino, pudiéndose las considerar como monedas sin curso legal, a las que se les aplica el régimen de las obligaciones dinerarias.

Criptomonedas como aportes societarios. Encuadre en la Ley General de Sociedades

Habiendo definido a las criptomonedas e inclinándonos por el encuadre de las mismas como bienes inmateriales que integran el patrimonio de las personas físicas y jurídicas, siendo su nota caracterizante que se encuentran almacenadas en forma virtual y descentralizada, analizaremos si las mismas pueden ser aportadas en la constitución de una sociedad de capital, o como aporte para realizar un aumento de capital de una sociedad ya constituida, contrastándolas con la normativa societaria vigente.

Hemos afirmado que el derecho societario no quedó al margen de la irrupción de los proyectos que se basan en la *blockchain*, y podemos realizar esta afirmación porque en la práctica se encuentra sobre la mesa el interrogante de si es posible realizar aportes para constituir una sociedad de capital con criptomonedas o utilizarlas como aportes para realizar un aumento de capital, cuestionando no sólo cómo se calificaría dicho aporte –en dinero o en especie–, sino también si los organismos de control de cada jurisdicción aceptarían a las criptomonedas como aportes societarios.

Frente a los interrogantes que se nos plantean, comenzaremos por encuadrar qué tipo de aporte constituiría una criptomoneda en una sociedad de capital.

Recordemos que el art. 1 de la Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”), dispone que los socios “(...) se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios (...)”.

De dicho artículo se desprende que el aporte del socio constituye un elemento específico y esencial del contrato social. No vamos a ahondar en la función que se le atribuye al capital social –porque dicho tema escapa al presente trabajo– sino que nos limitaremos a afirmar que el *status socii* se configura por el plexo de derechos que surgen de la participación en el capital y se manifiesta con contenidos sistemáticamente clasificados en patrimoniales y políticos.¹⁰ Analizando la LGS en lo atinente a la regulación de los aportes societarios, los arts. 38 y 39 disponen que “el cumplimiento del aporte deberá ajustarse a los requisitos impuestos por las leyes de acuerdo a la distinta naturaleza de los bienes” y que, “en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada”, pudiendo ser estos aportes en dinero o en especie (conf. arts. 149 y 187 de la LGS).¹¹

Tal como analizamos en los párrafos anteriores, las criptomonedas no son consideradas en la República Argentina como dinero de curso legal por carecer de curso forzoso, y por no cumplir con los recaudos que establece el BCRA para ser consideradas monedas, por lo que podemos concluir que no resulta lógico considerar que éstas pueden aportarse como “dinero”. Distinta es la situación si analizamos a las criptomonedas como aportes en especie, siendo

⁹ Hillar Puxeddu, N. Alejandro “El régimen legal, de la moneda digital, los tokens y la tokenización de activos” LA LEY 05/05/2021, pag. 4; TR LALEY AR/DOC/1260/2021

¹⁰ Verly, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)”, LA LEY1997-A, 756

¹¹ Ley 19.550, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>

éstas bienes u objetos inmateriales susceptibles de valor económico, estando su valuación en las sociedades de capital sujeta al valor de plaza o a la valuación pericial (conf. arts. 51 y 53 de la LGS). Por lo tanto, a priori, nada obstaría a que las criptomonedas puedan ser aportadas por los socios como aportes en especie en las sociedades de capital.

Ahora bien, tal como refiere el art. 39 de la LGS, los aportes en especie deben ser susceptibles de ejecución forzosa, y es aquí en donde se nos plantea el interrogante si las criptomonedas poseen virtualidad jurídica para satisfacer este requisito.¹²

Las criptomonedas, en su actual configuración, son un sistema de pagos pseudo anónimo y descentralizado.

Es pseudo anónimo por que utiliza la criptografía asimétrica, de clave pública y privada, para “ocultar” la identidad de las partes de una operación. Si bien algunos autores hacen referencia a que las mismas son pseudo anónimas porque si pudiéramos asociar esa Clave Pública a una persona, podríamos analizar todas sus transacciones históricas a través de la trazabilidad que nos brinda la *blockchain*, también es cierto que los usuarios no se ven identificados por su nombre, como ocurre en los sistemas tradicionales de intercambio de valores, sino que se identifican anónimamente por sus claves públicas o direcciones, las que pueden crear libremente en la cantidad que gusten.¹³

Asimismo, debemos remarcar que, aun cuando se realice la trazabilidad de las operaciones de esa clave pública en la *blockchain*, y se llegue al usuario que las realizó, la transferencia de los fondos sólo puede realizarse con la clave privada del titular, y si el titular no transfiriere las criptomonedas, no puede ser obligado compulsivamente a ello, por lo que termina siendo una especie de obligación de hacer del deudor.

En efecto, el “Manifiesto Cypherpunk” proclama que los Cypherpunk están dedicados a construir un sistema anónimo, defendiendo la privacidad con criptografía, y afirmando que *“un sistema anónimo habilita a los individuos a revelar su identidad cuando lo desean y solo cuando lo desean: ésta es la esencia de la privacidad.”*¹⁴

En lo que respecta a la descentralización, implica que no existe una autoridad central que resguarda en un único lugar el registro histórico de transacciones, sino que ahora es descentralizado para todas las partes, a través de la tecnología P2P (del inglés “peer to peer”¹⁵); basta con una computadora con acceso a internet para poder revisar el registro histórico de transacciones asentado en la *blockchain*.¹⁶

Por ende, el hecho de que los usuarios puedan adquirir las criptomonedas de manera anónima –o en un pseudo anonimato- a través del minado directamente en la *blockchain* o median-

¹² Otros autores hacen hincapié asimismo en la problemática que gira en torno a las criptomonedas como aportes societarios en lo que respecta a su volatilidad, la valuación y en especial, su momento de valuación. A tal fin, incitamos al lector a consultar artículos de doctrina tales como “Derechos Societario y criptomonedas. Exigencias legales para su aportación y contabilización” de Eduardo M. Favier Dubois, disponible en Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) Tomo XXXIII, EOLDC104564A; “Criptomonedas, sociedades y capital ¿se puede constituir una sociedad con criptoactivos?” de Tomás Sanchez Saccone, ERREPAR - Doctrina Societaria y Concursal - octubre/2021 - nro.5.1.

¹³ Faliero, Johanna C. “Criptomonedas: La nueva frontera regulatoria del derecho informático”, Ed.Ad Hoc, Bs.As. 2017, pag. 67

¹⁴ Originalmente el término Cyberpunk significó un tipo de nombre característico. Mediante la utilización del mismo se evocaba la figura de un joven con aptitudes hacia la tecnología, éticamente vacío, asistido por una computadora en su tarea vándalicamente criminal; pero hoy en día significa mucho más: es el nombre de toda una subcultura y el movimiento que engloba la misma. El “Manifiesto Cypherpunk” por Eric Hughes, disponible en <https://www.lexia.com.ar/cypherpunks.htm>

¹⁵ El término “peer to peer” hace alusión a una red en la que los nodos cumplen la función de servidores y de clientes, sin que exista al respecto ningún tipo de jerarquía, pudiendo los usuarios compartirse directamente los archivos o programas. Disponible en <https://www.definicionabc.com/tecnologia/p2p-peer-to-peer.php>

¹⁶ Santos, Manuel, Comentario al fallo ‘G., N. y otros s. Sobreseimiento’: El secreto bancario para operaciones de criptoactivos en el marco de una investigación penal, RC D 3143/2020

te la utilización de Exchanges descentralizadas¹⁷(en adelante, “DEXs”), siendo almacenadas en billeteras “frías”¹⁸, constituye uno de los principales puntos controvertidos para poder afirmar la virtualidad de las mismas para ser aportadas en especie en una sociedad de capital. Del análisis elaborado, podemos afirmar que aportar criptomonedas en la constitución de sociedades de capital, o en un aumento de capital de sociedades ya constituidas, presenta matices que no encuentran una respuesta en la normativa societaria vigente, y que se encuentran siendo tratadas por la doctrina.

Si hablamos de criptomonedas minadas directamente desde la *blockchain* o por DEXs, almacenadas en billeteras frías, se da el supuesto de la imposibilidad de un tercero de conocer la identidad del titular de las criptomonedas, unida a la imposibilidad de embargo, incautación y ejecución en el caso de que el titular no suministre voluntariamente la clave privada, impidiendo a los acreedores, cónyuges y herederos legitimarios el ejercicio de los derechos reconocidos por la ley.¹⁹

Por lo tanto, en el campo del derecho societario, en donde los aportes en especie deben ser susceptibles de ejecución forzada, creemos que deben existir una serie de requisitos para que las autoridades de control de las distintas jurisdicciones se muestren proclives a aceptar la constitución de sociedades con aportes en criptomonedas o utilizarlas para realizar un aumento de capital.

Coincidimos con la doctrina que ha tratado el tema, que para poder realizar aportes societarios en criptomonedas, se deberían cumplir ciertas condiciones que permitan su embargo y ulterior ejecución forzada, los que pueden resumirse en los siguientes puntos:

(i) Que el estatuto permita la realización de aportes en criptomonedas, estando éstas perfectamente identificadas en el acta constitutiva o en el acta que prevé el aumento de capital, incluyendo el tipo de moneda, la cantidad, fecha de adquisición, clave pública, entre otros.

(ii) Que la sociedad abra una cuenta en una Exchange de primera línea en el país, debiendo el socio transferir las criptomonedas a dicha cuenta, estando depositada la clave privada de la cuenta de la sociedad en la Exchange, manteniendo las criptomonedas en una billetera caliente. De este modo se aseguraría la transferencia de las mismas y su posible ejecución por orden judicial, al contar con la clave privada.

(iii) Que dicha Exchange tenga su domicilio en el país y esté sometida a la ley argentina.

(iv) Que el titular esté perfectamente identificado por la Exchange y se cuente con su nombre de usuario (ID) con el que opera en el sitio.

(v) Que la Exchange cumpla con los requisitos vigentes de información fiscal y de prevención del lavado de activos.

(vi) Que se exima a la Exchange que las mantiene de todo secreto sobre identidad y sobre operaciones en caso de requerimiento judicial.

Estos requisitos, a los que adherimos, fueron reseñados por Tschieder, De las Morenas y Favier Dubois.²⁰

¹⁷ Las Exchanges descentralizadas –también conocidas como DEXs por sus siglas en inglés- son contratos inteligentes complejos, que tienen como objetivo proporcionar liquidez a cualquiera que desee comerciar con criptomonedas, pudiendo mantener el anonimato de los usuarios, construido totalmente sobre la *blockchain*.

¹⁸ Las billeteras frías o billeteras criptográficas son una forma de almacenamiento de criptomonedas, de manera digital (*wallet*) o física (*pendrive*). Los tokens se guardan en la cadena de bloques y solamente una clave privada puede darte acceso a ellas. <https://libertex.org/es/blog/billetera-fria#:~:text=Las%20billeteras%20fr%C3%ADas%20o%20billeteras,puede%20darte%20acceso%20a%20ellas.>

¹⁹ avier Duboi, Eduardo M., ob. cit.

²⁰ De las Morenas, Gabriel: “Criptomonedas como desafío al patrimonial. Aspectos obligacionales, procesales y concursales”

Por nuestro lado, compartimos la postura y agregamos asimismo que, la valuación de las mismas al momento de ser aportadas debe ser realizada por una Exchange de reconocida trayectoria, y en los supuestos de sociedades con un capital social integrado completamente por criptomonedas, la Exchange que mantiene las criptomonedas debería informar mensualmente los cambios en el valor de las mismas –dado su volatilidad-, para que los accionistas adopten decisiones fundadas.

Conclusiones

Desde el nacimiento de la primer criptomoneda en el año 2008 -el Bitcoin- a la fecha, el mercado cripto ha evolucionado a tal punto que hoy existen ecosistemas girando en torno a cadenas de bloques por todo el mundo, permitiendo distintos usos en operatorias comerciales.

Si bien no existe norma en nuestro ordenamiento que prohíba el aporte de criptomonedas a sociedades comerciales, de acuerdo con la escasa regulación existente, y teniendo en cuenta que por lo pronto las criptomonedas no pueden considerarse como una moneda de curso legal, divisa, o título valor, cuando se aportan criptomonedas a una sociedad, se entenderá que estas corresponden a aportes en especie. Lo anterior supone una serie de complejidades prácticas y riesgos que deben tenerse en cuenta por los socios y administradores de las sociedades a la hora de decidir si se acepta un aporte de criptomonedas.

El hecho de que exista la posibilidad de operar de manera anónima en la *blockchain*, dependiendo de la clave privada del titular para poder transferir y/o embargar o ejecutar una criptomoneda, son las principales alarmas que las autoridades de control de las jurisdicciones plantean a la hora de admitir las criptomonedas como aportes en especie.

Las criptomonedas son una de las tantas innovaciones de la nueva economía digital, que pone en jaque las disciplinas que regulan las interacciones económicas en nuestra sociedad, y el derecho societario no es ajeno a ello. Los estudiosos del derecho societario tenemos la obligación de jugar un rol activo en la propuesta de soluciones frente a los nuevos escenarios, que permitan mitigar o superar los inconvenientes prácticos, teniendo como norte la creación de sociedades en pos del desarrollo económico.

les" - LL - AR/DOC/2621/2021; Favier Duboi, Eduardo M., ob. cit; Sanchez Saccone, Tomás, ob. cit.

LA UTILIZACIÓN DE ENTORNOS VIRTUALES EN RELACIÓN A LA REGISTRACIÓN SOCIETARIA EN LA PROVINCIA DE SALTA

Elizabeth Safar

SUMARIO

Ha sido necesaria una actualización de muchos institutos jurídicos, entre ellos los del Derecho Societario, a los fines de adaptarlos a la nueva realidad funcional. Las transacciones comerciales y/o societarias, a través de medios electrónicos, generan incertidumbres, dudas y temores. A tales efectos deben otorgárseles a los ciudadanos herramientas que le brinden seguridad, sobre todo jurídica. Aparecen conceptos tales como la firma electrónica o la firma digital, y los métodos basados en medios electrónicos, utilizados o adoptados por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de la firma manuscrita, para dar certeza sobre su participación personal en el acto que se firma, y vincular a esa misma persona con el contenido del documento.

Para ello es preciso llevar adelante un exhaustivo análisis de las normas imperantes, y la cristalización en las mismas de la realidad, a través de las instituciones que palmariamente lo demuestran.

Las terminologías propias de la ciencia informática y de la ciencia jurídica obligan a un estudio analítico, al tener acepciones distintas en su conceptualización técnica en cada una ellas, generando una labor hermenéutica rápida.

1. Introducción

América Latina se ha convertido en una de las regiones más proactivas del mundo en relación con la inclusión de tecnología. Estas políticas públicas apuntan a mejorar la inclusión social, la democratización del conocimiento y la reducción de la brecha digital.

La expansión de Internet y el traspaso de las barreras territoriales sustentan la internacionalidad de las normas, surgiendo la necesidad de armonizar no sólo en la Legislación Argentina sino también en relación al Derecho Comparado.

Se requiere de una integración de factores para que su utilización no repercuta negativamente en la sociedad.

La revolución tecnológica conllevó indefectiblemente a la adecuación del derecho y de los institutos jurídicos relacionados con la misma. También trajo aparejadas consecuencias más amplias, las que deben preverse en el ordenamiento normativo.

2. Derecho societario y la tecnología de la información y el conocimiento

En el derecho comparado se puede vislumbrar el avance y la interrelación de la normativa en consonancia con la tecnología de la información y del conocimiento.

La irrupción de las llamadas TIC's no puede soslayarse. Impactó, también, en el derecho societario argentino. La utilización de plataformas telemáticas, de la firma digital, de documentos electrónicos, han incidido claramente en su aplicación y ejecución.

La nueva corriente legiferante fomenta la utilización de recursos telemáticos.

La constitución, inscripción y registración de las sociedades se están implementando a través de entornos virtuales.

3. La registración societaria en la Provincia de Salta

Es menester destacar que la Provincia de Salta era una de las pocas jurisdicciones que mantenía el Registro Público de Comercio bajo la órbita del Poder Judicial, concretamente dentro de las competencias del Juzgado de Primera Instancia de Minas y en lo Comercial de Registro. Las sociedades por acciones tenían, además, el control administrativo por ante la Inspección General de Personas Jurídicas.

En consonancia con la Ley Nacional N° 27.349 se sancionó y promulgó la Ley Provincial N° 8.086 de Promoción y Estabilidad Fiscal para la Generación de Empleo

Dicha Ley creó el Sistema Único de Promoción de las Inversiones Privadas para suscitar la generación de fuentes de trabajo de calidad y disminuir el impacto social que provoca la desocupación y subocupación en todo el territorio provincial, el que tiene como finalidad establecer un procedimiento que aliente la participación del sector privado, expandiendo la capacidad de producción de bienes y servicios y/o su modernización.

Asimismo, el plexo normativo en cuestión dispuso la unificación del Registro Público de Comercio con la Inspección General de Personas Jurídicas, por lo cual dicho Registro retornó en cuanto a su dependencia, al Poder Ejecutivo.

La Subsecretaría de Inspección General de Personas Jurídicas del Ministerio del Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos y Trabajo, como autoridad de contralor, fiscalización y registro en la Provincia en materia societaria, recibió liminarmente legajos y documentación correspondiente a las sociedades por acciones simplificadas; y posteriormente los legajos correspondientes a sociedades, libros de inscripciones de SRL, SA, UTE, sociedades extranjeras, entre otra documentación. Ello en virtud de un convenio de transición de las competencias suscripto entre la Corte de Justicia de la Provincia y la Cartera de Estado mencionada.

Por lo expuesto surge que la Inspección General de Personas Jurídicas tiene a su cargo las funciones atribuidas por la legislación pertinente al Registro Público de Comercio; la fiscalización de las sociedades por acciones, excepto las sometidas a la Comisión Nacional de Valores; las sociedades constituidas en el extranjero que hagan ejercicio habitual, en la jurisdicción local, los actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente; de las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro; las demás sociedades regidas por la Ley Nacional 19.550 y modificatorias; las sociedades por acciones simplificadas (SAS), las asociaciones civiles y las fundaciones.

Entre las funciones registrales y de contralor le corresponde:

1. Organizar y llevar el Registro Público de la provincia de Salta.
2. Inscribir los contratos de las sociedades y sus modificaciones, la disolución y liquidación de éstas, y demás actos y documentos cuya inscripción se impone a dichas sociedades. Inscribir las modificaciones de los estatutos, disolución y liquidación de sociedades sometidas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores.
3. Inscribir la constitución de las empresas públicas y sociedades del Estado, sus modificaciones, disolución, liquidación y demás actos y documentos cuya inscripción se impone a dichas sociedades de conformidad con la ley de su constitución.
4. Llevar el Registro Provincial de las Sociedades por Acciones.

5. Llevar el Registro Provincial de las Sociedades Extranjeras.
 6. Llevar el Registro Provincial de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS).
 7. Intervenir en la constitución, registración, funcionamiento, disolución y liquidación, en jurisdicción provincial, de las asociaciones civiles fundaciones que se constituyan en la Provincia o, que, constituidas en otra jurisdicción, ejercieren su principal actividad en esta o establecieran en ella filiales, asientos o cualquier especie de repartición permanente, a fin de asegurar el cumplimiento de la legislación de fondo, resguardar el interés público en el marco de su competencia.

8. Llevar los registros provinciales de las asociaciones civiles y de las fundaciones.
 9. Controlar las operaciones consistentes en requerir, bajo cualquier forma o figura jurídica, dinero o valores al público, con promesa de adjudicaciones o entrega de bienes, prestaciones de servicios o beneficios futuros y que no se encuentren comprendidas dentro de las operaciones financieras, de seguro, de oferta pública de acciones, debentures u obligaciones negociables, de capitalización, de constitución de capitales, de ahorro o de ahorro y préstamo, y cuyo control se encuentra sometido al Banco Central de la República Argentina, a la Superintendencia de Seguros de la Nación, a la Comisión Nacional de Valores y/o a la Inspección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Este control se realizará a cualquiera de las personas, entidades u organizaciones que practiquen aquellas actividades, de conformidad con las condiciones que establezcan las reglamentaciones que a esos efectos decreta el Poder Ejecutivo y las resoluciones que en su consecuencia dicte la Inspección General de Personas Jurídicas.

Concretamente en cuanto a la Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS) la Inspección General de Personas Jurídicas dictó las normas necesarias para organizar y ejecutar todas las medidas conducentes para el cumplimiento e instrumentación de las previsiones contenidas en el Título III de la Ley Nacional N° 27.349. En particular trabajó en:

- a) Organizar y llevar un archivo digital que tendrá por función registrar las sociedades por acciones simplificadas que se constituyan por medios digitales.
- b) Implementar un modelo tipo de instrumento constitutivo de las sociedades por acciones simplificadas para facilitar la inscripción registral.
- c) Implementar el uso de medios digitales con firma digital y establecer un procedimiento de notificación electrónica y resolución por medio digital de las observaciones que se realicen a la documentación presentada.
- d) Implementar los mecanismos que permitan a las sociedades por acciones simplificadas suplir los registros referidos en el artículo 58 de la Ley Nacional 27.349 mediante medios digitales y/o mediante la creación de una página web en donde se encuentren volcados la totalidad de los datos de dichos registros.
- e) Implementar un sistema de control para verificar los datos referidos en el inciso anterior, al sólo efecto de comprobar el tracto registral en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Inexorablemente debe constituirse domicilio electrónico a los fines de las notificaciones y efectos de la inscripción.

4. Registración de las Sociedades por Acciones Simplificadas

El Registro Público de Comercio lleva un libro digital especial denominado “Sociedades por Acciones Simplificadas”, en el que se practican las inscripciones. La documentación a protocolizar será digitalizada y suscripta con firma digital. Una vez efectuada la inscripción,

se realiza la notificación mediante correo electrónico a la casilla del solicitante. La solicitud de inscripción debe peticionarla el representante legal, autorizado o apoderado de la sociedad, con la documentación necesaria y el pago de la tasa retributiva fijada por la ley vigente. El solicitante constituye domicilio electrónico desde su primera presentación. Asimismo, los soportes, medios y documentos en formato papel que demande el trámite registral serán reemplazados por equivalentes digitales, en la medida que los recursos tecnológicos lo permitan¹. El instrumento constitutivo debe indicar todos los datos requeridos por el artículo 36 inciso 1° de la Ley N° 27.349, tanto para las personas humanas como para las jurídicas. Las personas humanas deberán presentar, además, declaración jurada con firma certificada respecto de su condición de persona expuesta políticamente, indicando el motivo en caso de ser afirmativo. Debe acreditarse la integración del capital social en el porcentaje fijado en el instrumento constitutivo, como mínimo el 25%, (conforme artículo 41 de la Ley N° 27.349), mediante: comprobante de Depósito en el Banco Macro S.A.; Acta notarial en la cual el escribano certifique que ante él los socios constituyentes obligados a la integración de los aportes hacen entrega de los fondos correspondientes en debido cumplimiento de las leyes vigentes en materia de prevención de lavado de dinero, a los administradores designados en ese mismo acto y que éstos los reciben de conformidad y a los fines indicados. La rúbrica y clausura de libros sociales y contables de las Sociedades por Acciones Simplificadas previstos en el artículo 58 de la ley mencionada, será practicada en formato papel hasta ser reemplazados por equivalentes digitales en la medida que los recursos tecnológicos lo permitan. Se habilitarán los siguientes registros obligatorios: a) Libro de actas; b) Libro de registro de acciones; c) Libro diario; d) Libro de inventario y balances. La Resolución de la Subsecretaría de Inspección General de Personas Jurídicas N° 28/2019 dispone que la inscripción será realizada en el plazo abreviado que determina el Artículo 38 de la Ley 27.349, siempre que:

- El solicitante utilice el Instrumento Constitutivo Tipo y Modelo de aviso aprobados por la Subsecretaría.
- Los otorgantes fueran personas humanas y actúen por derecho propio.
- La integración del capital sea en dinero mediante depósito bancario.

En caso de no reunir los requisitos enumerados corresponderá la sustanciación del trámite común.

Tanto para la tramitación por proceso ordinario como exprés, debe realizarse previamente la tramitación de la Reserva de Nombre de la sociedad, mediante solicitud escrita consignando la Denominación Social para su reserva. La misma tendrá vigencia por 30 días.

El artículo 4° de dicha Resolución establece que las Sociedades por Acciones Simplificadas pueden ser constituida por: 1. Escritura pública. 2. Instrumento privado con las firmas de sus otorgantes certificadas por escribano público. 3. Documento electrónico con firma digital de todos sus otorgantes.

La firma digital es una herramienta informática que permite garantizar la autoría e integridad de documentos es o electrónicos, logrando de esta forma que los mismos gocen de esta característica que únicamente la tenían los documentos rubricados en papel.

En la práctica, se evidencia como un conjunto de datos asociados a un mensaje electrónico que permite garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje.

¹ <https://www.diariojudicial.com/nota/82676> consultada 23-07-2022

La Ley N° 25.506 en su artículo 2° determina que se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. Debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

Por ello, la misma otorga seguridad jurídica a las transacciones societarias, promoviendo su puesta en marcha de manera segura, e identificando fehacientemente a los signatarios que intervienen.

El criterio adoptado por el Organismo provincial es plausible y ajustado a derecho.

5. Palabras finales

La aplicación de la tecnología de la información y de la comunicación, tal como fuera expresado, conlleva a adecuar el derecho a los hechos que lo preceden.

A raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, por el COVID-19, y atento a la necesidad de continuar con la realización de actos jurídicos, la firma digital tomó una relevancia inusitada, más allá que se avizoraba su implementación en diferentes instancias.

Los mayores beneficios que presenta el sistema son los siguientes:

Disminución de los riesgos de encontrarse con impostores o personas que no quisieren asumir sus obligaciones argumentando que no han sido ellos quienes firmaron.

Requerimientos legales de forma: satisface dichos requisitos, como forma escrita, firma y documento original, dado que están al mismo nivel o un nivel superior a las formas sobre soporte papel.

Sistemas abiertos: el sistema posee un alto grado de seguridad en la información, a pesar de que ésta sea enviada por canales abiertos e inseguros, pero de gran difusión.

Asimismo, se puede afirmar que la firma digital es un instrumento que:

Permite identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital.

Se genera mediante la aplicación al documento digital que se pretende firmar de un procedimiento matemático.

Se genera mediante un procedimiento que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante y que se encuentra bajo su control absoluto².

Su requerimiento en la constitución de sociedades brinda certidumbre de manera interna y externa. Asimismo, la utilización de documentos digitales permite estar a los albores de la Web2.0.

Las Sociedades por Acciones Simplificadas tuvieron implicancias importantes en la Provincia de Salta, tales como la creación de un registro especial, con alcances propios y específicos. Fueron incrementando su registración, toda vez que permite que emprendedores noveles o pequeñas empresas puedan emplear el ropaje jurídico adecuado a sus proyectos. Se garantiza de esta manera la aplicación del estado de derecho, evitando figuras informales detractoras del mismo.

² Etcheverry, R. A., pág. 490.

Se puede inferir claramente que la tecnologización del Derecho Societario alienta la desburocratización, lo que es, a todas luces, un avance insoslayable.

Referencias bibliográficas:

- Alegría, Héctor, “El Derecho Comercial en el Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Número extraordinario año 2015. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Botteri, José David y COSTE, Diego “El nuevo concepto de sociedad”, 2.015 - Argentina Editorial InfoJus.
- Clara, Bibiana Luz, “*Ley de Firma Digital Comentada*”, Editorial Nova Tesis, Rosario, Santa Fe – Argentina, 2.006.
- Etcheverry, Raúl A.; Illescas Ortiz, Rafael; “Comercio Electrónico – Estructura operativa y jurídica”; 2.010, Buenos Aires – Argentina; Editorial Hamurabi.
- Hocsmán, Heriberto Simón, “Negocios por Internet”, 2.005, Buenos Aires-Argentina, Editorial Astrea.
- Lorenzetti, Ricardo L., “Comercio Electrónico”, 2.001, Buenos Aires – Argentina, Editorial AbeledoPerrot
- Nissen, Ricardo “Curso de Derecho Societario”, 2012 – Argentina, Editorial Hammurabi.
- Roitman, Horacio; Aguirre, Hugo y Chiavassa, Eduardo “Las personas jurídicas privadas en el Código Civil y Comercial argentino y las sociedades”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número extraordinario año 2015, Argentina, editorial Rubinzal Culzoni Editores.
- Vítolo, Daniel Roque, “Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la ley general de sociedades. Análisis comparativo con la ley 19.550”, 2.015 - Argentina, Editorial Ad Hoc.
- Vítolo, Daniel Roque, “Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550, Ley 26.994 comentada Código Civil y Comercial de la Nación”, Tomo I y II, 2.015 – Argentina, Editorial Rubinzal Culzoni.

REGISTROS INFORMATIVOS Y DERECHO SOCIETARIO. UNA GARANTÍA TECH QUE REVITALIZA LA EFICIENCIA

Efraín H. Richard y José Pablo Sala Mercado

SUMARIO

La posibilidad de automatizar procesos pre calificados mediante el uso de las nuevas tecnologías resulta una ventana superadora para la burocracia que nos sigue afectando. Es que el estado debe hoy afectar sus recursos humanos a aquellas cuestiones donde la razón resulta insoslayable para garantizar el debido ejercicio de los derechos, pero no desperdiciarlos en mantener estructuras rígidas y poco ágiles que en estos tiempos sin dudas deben ser sustituidas por plataformas y su operatoria por procesos informáticos automatizados. Asimismo, la informatización y automatización de procesos en plataformas estatales no solo los torna eficientes, sino también democratiza su utilización por todos los administrados. Seguidamente se exponen algunas ideas en donde la informatización ha tenido y, de seguirse implementando, puede tener, en los distintos institutos del derecho societario.

Introducción

Los lustres de los nuevos tiempos convocan a los operadores jurídicos a repensar los institutos que ofrece el sistema dentro de la realidad que nos ofrece la sociedad de la información, y la posible futura –no tan lejana- aplicación.

Es así que, si de algo nos ha servido la pandemia, es para pensar y entretenernos con vuelos intelectuales (los materiales están demorados y/o suspendidos) que nos permitan plantear nuevas alternativas a la realidad un tanto deficitaria que vivimos. Quizá, un buen instituto que nos presente el derecho societario, es la información de la organización de las personas jurídicas, como base de las negociaciones futuras, particularmente con contratos predispuestos no negociados con terceros, determinando las facultades de representantes orgánicos entre deudor y acreedores a efectos de economizar tiempos y favorecer así también las negociaciones a distancia o las de contactar con otras sociedades por los antecedentes y especialidades registradas.

Vale decir que, las nuevas corrientes del derecho digital sumadas a la cultura *FAST* de estos tiempos, generan escenario poco compatible con la realidad tradicional de registros locales, no nacionales, poco amigables. Se han hecho avances como expedientes electrónicos, subastas y audiencias virtuales, el caso de prometea que aplica la inteligencia artificial en la administración de justicia, pero no sabemos al constituir una sociedad si existe homonimia (aunque gracias a dios se protege el derecho de marca desde hace un tiempo por control cruzado), ni aún cuando el organismo de control local autorice la registración. Y la cuestión se complica con la actuación cada vez más intensa de sociedades no registradas, autorizadas por la Sección IV de la Ley General de Sociedades.

Ahora bien, se trata de garantizar seguridad y éxito al menor costo y en el menor tiempo, por eso la digitalización y automatización de procesos de registro debe guardar necesaria observancia de tales objetivos. De nada sirve rápido y barato pero inseguro.

Por su parte, lo cierto es que, de incorporarse a la rutina registral métodos alternativos digitales de la práctica empresarial y que puedan luego ensamblarse con lo ortodoxo, estaríamos por buen camino en un país donde lo público rebalsa en estructura y lo privado que lo sostiene se contrae y disminuye en trámite sumario.

Finalmente, estas líneas seguro implican un punto de partida, un disparador, pero para nada se vislumbran las gaviotas que anuncian la costa, sino que solo se navega en altamar disfrutando de la libertad en aire fresco que propone alternativas para abandonar lo robusto y lo parsimonioso, sin que implique perder garantías o seguridad y, si es posible, que lo es, incluso robustecerlas.

Por su parte, a lo largo del presente intentaremos postular, como la tecnología blockchain en cabeza de un Smart Contract, puede resultar útil implementada en un trámite registral no solo a los fines prácticos, sino también de seguridad para los terceros y los propios socios.

Tecnología Blockchain

En una aproximación simplificada a la tecnología Blockchain o cadena de bloques, podemos decir que refiere a una forma segura de guardar y procesar información. Últimamente, estábamos acostumbrados a guardar la información en un solo sitio, bien fuera una memoria de la pc, o bien externa complementaria o en un sitio de alojamiento en red (mail, la nube, etc). Con el blockchain –o esquema electrónico similar-, esa información se puede guardar en un sitio¹ -con un respaldo paralelo en forma simultánea-, de modo tal de validar esa información y cualquier modificación futura esté sujeta a la validación en el respaldo.

Smart Contracts – Formularios de registración automática.

Por otro lado, la tecnología blockchain se aplica a diversos escenarios, entre ellos, en los Smart contracts. ¿Qué son los smart contract? Nuevamente, de una manera sencilla, se puede decir que un smart contract es un programa informático que ejecuta un acuerdo entre partes en un sistema no controlado por ninguna de modo tal que, cuando se cumple alguno de los supuestos comprendidos en sus previsiones contractuales, el programa ejecuta la cláusula contractual correspondiente sin la intervención de un ser humano. Esto lo pensamos en el formulario de AFIP, que llenado por la sociedad, cuando la repartición pública otorgue la CUIT automáticamente se asentara cierta información en el registro general de sociedades, con noticia a los registros provinciales que no serán alterados y podría luego por el mismo sistema registrar automáticamente sus autorizaciones locales en el registro nacional.

Existen diferentes programas que elaboran estos contratos o formularios, destacándose aquellos que presentan acceso al código (visual code) y éste se escribe en Lenguaje viper (versión de lenguaje de programación entendible por quien no es programador –interesante teniendo en cuenta la participación que proponemos de un organismo oficial, a nuestro criterio la AFIP).

Al adoptar tecnología blockchain, los Formularios bajo forma de Smart contracts permiten, como se expresó, trazabilidad de la ejecución de sus disposiciones. Asimismo, si bien no son menores los costos que insume el uso de esta tecnología y de allí un posible obstáculo a su uso generalizado, lo proponemos como Formularios Oficiales que permitirían asumir

¹ No pensamos en los costosos sistemas de granjas informáticas, o mineros que las componen, por su costo y afectación del medio ambiente. Pensamos en un sistema semejante afiliado a la AFIP que automatice en registros propios, con una sumerte de Smart contract, la registración cuando genera una alta impositivo –necesario para operar en el mercado- otorgando la CUIT.

bajos costes por contribución de los interesados en registrar o en conocer las registraciones.. En este sentido, las redes donde se utilizan los Smart Contracts pueden consistir en redes públicas (ej.: “mainnet” y “ropsten”), que proponemos, aunque existe redes semi-públicas (ej.: “alastria” creada x varias empresas); o una red privada. Para el caso aquí propuesto, una alternativa puede ser el uso de la plataforma de la AFIP o una judicial en modo “semipública” utilizada y consultada solo por sujetos extranet (abogados e interesados registrados) para que puedan informarse fehacientemente de los datos. Finalmente, los Smart contracts responden en su operatoria automática a eventos los que, ocurridos, activan el aviso de que una condición prevista en el Formulario se ha cumplido comunicándolo al registro, en este caso sería a aquellos con acceso extranet.

Registro de acciones.

Sigamos pensando. Un tema del que se habla es la posibilidad de registro electrónico de la titularidad de acciones. No tenemos dudas que ese dato podría integrarse al registro nacional que acabamos de imaginar. Pero en forma alguna podría sustituir hoy al libro Registro de Acciones de inmediata consulta para los socios e interesados, como obligación de información a cargo del órgano de representación. Sin embargo, dado el carácter constitutivo de la inscripción respecto de la condición de accionista, creemos inexorable, para la viabilidad de la tokenización de acciones, que se implementen registros digitales de acciones en donde impacten de manera automática el traspaso de acciones. De otro modo, la tokenización solo podría viabilizar la transferencia del derecho a la acción, pero no la acción misma, sin perjuicio de que deban observarse previamente asentimientos conyugales y derechos de preferencia, cláusulas de arrastre, entre otros. Como se encuentra planteado hoy el asunto de tokenización, resulta más apropiada su implementación como esquema de organización de derechos patrimoniales en un fideicomiso de administración de acciones, que para transferencia de las acciones en sí.

Cláusula arbitral Open Justice

Tampoco descartamos, sino que aconsejamos la inserción de una cláusula arbitral en el Estatuto social, inscripto o no, con la sencillez que podría incorporarse en una simple sociedad. La ley 27349 propone el arbitraje como solución alternativa de conflictos societarios respecto de las SAS y creemos ha sido atinada inclusión.

Para mayor beneficio de los socios o de quién tenga derechos sobre las acciones, obligados a prestaciones accesorias, usufructuarios, nudos propietarios, ejercicio de derechos de minoría, se puede plantear la posibilidad de establecer en el contrato un arbitraje virtual (acelerado) de tipo open justice (Ej.: Jur, Kleros, etc) cuyos laudos arbitrales son 100% vinculantes en lo doméstico conforme lo dispuesto por el CCCN y el CPCCN como también en lo internacional por la Convención de Nueva York. Estos arbitrajes, como KLEROS, consisten en procesos automatizados basados en teoría de juegos para decisiones rápidas, seguras y económicas. Así como Jur, Kleros también detenta su token (estakeamos pnk pagando por el coste de la operación, y para 3 funciones principales: incentivos de jurados, proteger ataques y gobernanza de la plataforma de administración. Asimismo, Kleros presenta un sistema de evaluación de jurados (sujetos a criterios de celeridad, coherencia, etc.) consistente en un sistema de premios y castigos en pnk. Kleros y Jur son muy similares, aunque se alojan en redes distintas.

Exposición de balances, Memorias y alertas.

Si bien no es nuestra intención reiterar en demasía lo que ya se ha manifestado por la doctrina, bien vale resaltar que sería importante agregar al registro propuesto, la incorporación de balances o información impositiva, Memorias anuales y decisiones trascendentes a la viabilidad de la sociedad, para abaratar costes de información y seguridad, como así también tratar de disminuir los riesgos del acceso a la información.

Forma y libertad de contenido

Por su parte, la firma digital agiliza la suscripción de instrumentos a registrar observando los presupuestos rituales de validez, y la libertad de contenido en autonomía de la voluntad resulta quizá una ventana tentadora entre tanto orden público requerido en exceso por ciertas jurisdicciones regionales, aunque claramente, debe observar la buena fe, el no abuso de derecho ni distorsión de la documentación real.

Plataforma poder judicial y automatización del proceso

Siguiendo con la propuesta, a más de elaborar el sistema de registración, la misma plataforma puede establecer el proceso de alojamiento de datos necesarios para la registración, esto es: 1. Nombre y domicilio (real y electrónicos) de la sociedad, y del o de los socios, y objeto u objetos de la actividad, duración en su caso y cláusulas de escape; 2. Patrimonio de la sociedad, aportes, prestaciones accesorias y todo derecho sobre bienes materiales o inmateriales, participación de los socios; 3. Órganos, representación y cláusulas estatutarias; 4. Normas previstas para las previsiones dispositivas de la ley general de sociedades; 5. La cláusula de resolución de conflictos y de eventuales restricciones a la transmisión de participaciones, hereditarias o contractuales.

Todo el proceso de constitución de sociedades y actos posteriores, puede enteramente lograrse a través de una aplicación del poder judicial o de la policía societaria o de la AFIP, por ser ésta última nacional. También podría disponerse el cambio en la forma de notificaciones. A la dudosa efectividad de publicar edictos en la jurisdicción local, podría preverse un sistema de alertas en una pizarra electrónica del registro y la vinculación con el asiento original, con notificación automática en los domicilios electrónicos registrados.

Finalmente, decimos que la presente constituye un punto de partida para pensar en conjunto soluciones que automaticen aquellos actos susceptibles de serlo y, en ese sentido, colaborar con el achicamiento del estado y potenciar su función de facilitador de desarrollo individual y colectivo del administrado, ya sea persona humana o jurídica.

LAS TECNOLOGÍAS APLICADAS A LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Fernando Salazar Gettini

SUMARIO

Se analizará el avance de la tecnología en la aplicación en las sociedades comerciales, en su constitución, en su desarrollo de actividades, en la toma de resoluciones de socios y administradores o representantes, y en la documentación social.

Consideraciones previas sobre las Tecnologías de Información y Comunicación (TICs)

Lo primero que vamos a hacer es definir a las TICs, como al conjunto de herramientas (software, hardware, redes de comunicación) que contribuyen a almacenar, procesar y transmisión y digitalización de la información.

Las TICs, han cobrado relevancia en general en todos los aspectos sociales, empresariales e incluso en los aspectos de las sociedades comerciales. Esta evolución ha ido dando pasos más grandes en algunos aspectos de la sociedad por sobre otros, y en algunas comunidades más que en otras; tanto es así, que claramente la aplicación de la tecnología en las comunicaciones es más fácil verla desarrollada por las personas más jóvenes.

El desarrollo de las TICs es relativamente reciente; y en las primeras etapas ha sido utilizado para el desarrollo de aplicaciones en la industria; son estas que han adoptado la utilización de la tecnología con la finalidad de contribuir a aumentar la eficiencia y la efectividad de las organizaciones.

Actualmente se puede observar cómo las TICs afectan poderosamente los procesos de las organizaciones societarias, revolucionando la manera de administrar y controlar la información en las sociedades. Uno de los procesos más importantes donde el impacto de las tecnologías es más relevante es en la creación e implementación del proceso de constitución societaria, así como la registración y documentación.

Beneficios de las TICs

Si bien la implementación de la tecnología no es una tarea fácil en ningún ámbito, su aplicación trae consigo algunos beneficios.

Entre los beneficios que se pueden destacar encontramos: la reducción de costos que optimizan la disponibilidad y veracidad de la información; fortalecimiento en las comunicaciones entre los integrantes de la empresa y sus clientes; agilidad y accesibilidad de la información que brinda la tecnología y que permite obtener mayor acceso. Una de las maneras más accesibles es el almacenamiento en la “nube”, el cual resguarda la información en servidores de Internet.

La historia de las TICs en las Personas Jurídicas

A nivel mundial se han realizado avances en la materia societaria incorporando la tecnología como una herramienta que permite facilitar el funcionamiento de las sociedades comerciales. Esto se puede ver claramente en la ley colombiana de 1995, donde se ha permitido que las SAS o SA puedan realizar sus reuniones sociales a través de la utilización de meca-

nismos informáticos. (1)

En la Ley de Sociedades Comerciales uruguaya se prevé que la reglamentación autorice la utilización de medios técnicos para llevar los libros obligatorios impuestos a los comerciantes (diario e inventario).

Es así que, en el año 1991 se ha reglamentado la posibilidad de que los libros comerciales puedan llevarse mediante hojas móviles pre o post numeradas correlativamente, así como fichas microfilmadas que contienen hojas móviles.

En el año 2009, con la sanción de la Ley 18.600 se reconoce la admisibilidad, validez y eficiencia jurídicas del documento digital o electrónico, así como de la firma electrónica. Esta ley por primera vez define al documento electrónico o digital como la representación digital de hechos o actos, con independencia del soporte utilizado, almacenamiento o archivo; además define otros tantos conceptos que son de importancia para la mejor comprensión y utilización de los medios digitales. Con esta ley se comienza a hablar de la firma electrónica avanzada como aquella que cumple ciertos requisitos establecidos por la propia ley: (2)

Después de mucho tiempo sin actualización de la legislación societaria en materia de utilización de tecnología, el 13 de diciembre de 2019 se ha promulgado el Decreto 384/019, que contiene la **autorización del empleo de documentos electrónicos o digitales como medio de reemplazo de los libros Diario e Inventario previstos en el artículo 55 del Código de Comercio.**

La aplicación de las TICs en las Sociedades Comerciales.

Hace algunos años, el régimen aplicable a las sociedades comerciales uruguayas, regulada por la ley 16060 del 4 de setiembre de 1989, no se observaban grandes modificaciones, el régimen societario era más estable y no se presentaban grandes cambios y menos aún, cambios que incluyeran la utilización de la tecnología.

A principios de este siglo era impensado hablar de internet o de la utilización de medios informáticos para el desarrollo de las actividades de administración o de representación de una sociedad comercial, y menos aún referirnos a la constitución de una sociedad comercial mediante la utilización de medios informáticos.

Pero ya han transcurrido más de tres décadas de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales y mucha agua ha pasado bajo el puente, y mucho ha avanzado el sistema informático a nivel mundial. Tanto es así que hoy es casi imposible no tener en cuenta que la tecnología es imprescindible para el desarrollo de cualquier actividad, inclusive la societaria. Y si bien podemos mantenernos con la vieja estructura de las leyes societarias (3), también es cierto que hay que acompasar las modificaciones que mundialmente son tendencia.

En la última década, con la transformación de la tecnología, se han introducido a nivel mun-

¹ Ley 222 Art. 19 de 1995. **“ARTÍCULO 19. REUNIONES NO PRESENCIALES.** Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la junta de socios, de asamblea general de accionistas o de junta directiva cuando por cualquier medio todos los socios o miembros puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o sucesiva. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado”.

² Artículo 2 Ley 18.600.

K) “Firma electrónica avanzada”: la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; 3) ser susceptible de verificación por terceros; 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

³ Ley 16.060 en la Legislación de Sociedades Comerciales Uruguayas (1989) y Ley 19.550 en la Legislación de Sociedades Comerciales Argentina (1984), entre otras.

dial, modificaciones a las legislaciones societarias, y que con el devenir del tiempo han enfrentado algunos retos, los que van desde la posibilidad de voto digital, asambleas a distancia, documentación societaria digitalizada, o la creación de sociedades comerciales mediante la utilización de medios tecnológicos.

En la legislación uruguaya, hace poco más de una década, la primera aproximación a la utilización de medios tecnológicos en la constitución de sociedades comerciales, se vio con la creación de sociedades comerciales a través de la figura de EMPRESA EN EL DÍA. (4)

La necesidad de contar con nuevos mecanismos de apoyo y promoción del sector privado y colaboración en la formalización de empresas, y la necesidad de mejorar los mecanismos utilizados para los emprendedores hizo que por el año 2010, se pudieran crear sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas mediante la utilización de mecanismos tecnológicos.

Mucho se dijo al respecto de la creación de estas figuras societarias mediante la utilización de la tecnología, donde el usuario, por lo general una persona que no tenía conocimiento de sociedades comerciales, recurría a su utilización, y muchas veces en forma infructuosa. Muchas veces el usuario, luego de algunos intentos frustrados terminaba recurriendo a profesionales para el asesoramiento en la utilización del mecanismo de constitución de “empresa en el día”. En otras ocasiones sucedía que, al no usarse la aplicación en debida forma, no se lograba el objetivo deseado y por ende la sociedad que se pretendía crear no cumplía con el objeto, terminado en un desistimiento y recurriendo al proceso tradicional de constitución, recurriendo para ello a expertos profesionales con conocimiento en la materia de constitución de sociedades, quienes cumplían con el cometido de constitución societaria de acuerdo a lo establecido en la ley 16.060. La crítica en este sentido es que el sistema aplicado, y que se supone que era con la finalidad de facilitar el proceso de constitución de la sociedad, terminaba siendo engorroso o infructuoso para el interesado.

En definitiva, hoy en día, y a pesar de que el mecanismo puede aún ser utilizado, estamos ante un procedimiento consagrado como de “Empresa en el Día” que no ha resultado y no ha cumplido con la finalidad para el cual fuera creado.

En la actual legislación uruguaya, con la sanción de la ley 19.820 del 18 de setiembre de 2019 y su correspondiente decreto reglamentario 399/2019 del 23 de diciembre de 2019, podemos hablar de la creación de sociedades por acciones simplificada mediante la utilización de medios informáticos.

La ley en su artículo 11 al hablar del procedimiento constitución de las SAS, se refiere a la implementación de una constitución por “medios digitales y con firma electrónica avanzada”. El decreto reglamentación 399/2019 en sus primeros dos artículos ya hace referencia a las “SAS Digital” (5).

⁴ Decreto 155/2010. 24 de mayo de 2010.

⁵ Decreto 399/2019. Artículo 1. Creación del proyecto “SAS Digital”. Cometidos. La Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC), será la entidad responsable del proyecto “SAS Digital”, con el fin de implementar una plataforma tecnológica para los trámites de constitución y registro de las sociedades por acciones simplificadas de forma completamente digital. A esos efectos, AGESIC tendrá entre sus cometidos: a) Gestionar el Plan del Proyecto de implementación, en concordancia con el rediseño digital del Registro de Personas Jurídicas – Sección Registro Nacional de Comercio de la Dirección General de Registros. b) Establecer el diseño de los trámites en base al Modelo de Trámites en Línea, y las normas técnicas y regulaciones pertinentes. c) Establecer los procedimientos necesarios para la interoperabilidad de los organismos involucrados en el trámite de constitución y registro. d) Integrar la tramitación digital al Modelo Único de Interacción con los ciudadanos definido por la iniciativa “Gub.uy” de rediseño de Portales del Estado. Artículo 2. Proyecto “SAS Digital”. Comité de Dirección. Créase en el marco del proyecto “SAS Digital” un Comité de Dirección integrado por un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, un representante de la Dirección General Impositiva, un representante de la Auditoría Interna de la Nación, un representante del Sistema Nacional de Transformación Productiva y Competitividad (Transforma Uruguay), un representante de la Dirección General de Registros, un representante del Banco de Previsión Social y un representante de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimien-

Esta modalidad de creación de sociedades por acciones simplificada “digitales” ha sido recogida en todas las legislaciones donde se ha sancionado este nuevo tipo social.

En Uruguay, es la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC) ⁽⁶⁾, a quien se le ha encargado de implementar el procedimiento de constitución digital de las SAS; lo que ha logrado luego de más de dos años de la sanción de la ley 19.820.

A fines de julio de 2022 se ha habilitado este procedimiento, el cual implica que en menos de una semana se obtenga la constitución de una SAS en el Registro de Comercio, la inscripción en los organismos tributarios y de Seguridad social. Sin lugar a duda es un procedimiento ágil para aquel emprendedor que necesita contar con una sociedad en poco tiempo. Para poder usar este mecanismo de constitución digital de la SAS es importante tener en cuenta que el interesado debe contar con un usuario de identidad digital; las firmas estampadas en el contrato social digital.

El gran inconveniente en la constitución de las sociedades comerciales mediante la utilización de medios tecnológicos es la falta de conocimiento en materia comercial de los usuarios o emprendedores. De hecho, muchas veces, después de constituir la sociedad, se llevan la sorpresa de que el contrato social no cumple con las necesidades del interesado y para el objeto que pretende desarrollar. Esto sin perjuicio de que los profesionales (abogados y escribanos) podemos quedar por fuera del proceso de constitución de las sociedades.

Las asambleas a distancia

Hace unas décadas atrás, poco probable era pensar en que los socios y/o representantes sociales pudieran reunirse de otra forma que no fuera presencial; de hecho, en la mayoría de las legislaciones en materia societaria no se preveía ninguna forma de asistencia a asambleas o reuniones de socios o de directorio que no fuera en forma presencial, y menos aún la posibilidad de emitir su voto en forma no presencial. De hecho, se ha previsto, en legislaciones como la uruguaya, la posibilidad de que, en caso de imposibilidad de participar en una reunión en forma directa y personal, el no compareciente se pudiera hacer representar por alguien de su confianza y que si pudiera estar presente en la reunión proyectada.

La ley de sociedades comerciales uruguaya no preveía la utilización de medios tecnológicos para que los socios pudieran reunirse a distancia.

En materia de asambleas, el primer avance importante se hizo con la creación de las SAS, introduciendo en el artículo 23 de la ley 19820 la posibilidad de mantener reuniones por diferentes medios de comunicación simultánea.

En tanto teníamos para este tipo de sociedades una nueva forma de reuniones de socios, para el resto de las sociedades comerciales (reguladas por la ley 16.060), faltaba un *aggiornamento*, lo que finalmente ha llegado en plena pandemia, con la sanción de la ley que permite que las reuniones sociales se puedan realizar mediante la utilización de

to (AGESIC). Sin perjuicio de los plazos que se definen para la implementación de la plataforma referida en el artículo que antecede, el Comité de Dirección contará con un plazo de 120 (ciento veinte) días desde la publicación del presente Decreto para la definición de los procedimientos y adecuaciones mínimas necesarias para los trámites de constitución y registro en las instituciones involucradas.

⁶ La Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (Agasic) es una unidad ejecutora con autonomía técnica dependiente de Presidencia de la República Oriental del Uruguay. Fue creada por el art. 72 de la Ley N° 17.930 de diciembre de 2005 con la denominación “Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento”. Esta misma norma establece la creación de un Consejo Directivo Honorario (CDH), encargado de diseñar sus líneas generales de acción y evaluar su desempeño y los resultados obtenidos, y que estará asistido por otros tres consejos honorarios: Consejo para la Sociedad de la Información, Consejo Asesor de Empresas y Consejo Asesor de Informática Pública.

tecnológicos;⁷), más específicamente *“la videoconferencia o por cualquier otro medio de comunicación simultánea”*

Lo importante en introducir la posibilidad de las reuniones virtuales, es permitir a que todos los interesados puedan actuar y estar presentes en las decisiones fundamentales de la sociedad, y si bien anteriormente se podían hacer representar por personas de su confianza, claro está que no es lo mismo, poder tomar sus propias decisiones y estar presente (aunque sea en forma virtual) en instancias importantes para la sociedad y los socios.

El voto electrónico

Hasta aquí, solo se ha implementado la utilización de medios informáticos con la finalidad de llevar a cabo reuniones sociales, pero no se ha hablado del voto electrónico, lo que aparentemente tampoco se ha previsto para el futuro cercano.

Tal vez en una sociedad familiar o de pocos socios el voto electrónico no sea tan necesario; pero en una sociedad donde sea de gran utilidad el voto secreto o tal vez contabilizar el voto en forma más ágil, puede ser de utilidad contar con alguna aplicación electrónica que permita el voto electrónico; de la misma forma con la que se están realizando las elecciones presidenciales en algunos países del mundo.

Aplicación de la tecnología en la información y administración de la sociedad

En este sentido, la legislación uruguaya tampoco prevé avances en la materia. El proyecto de reforma de la ley 16060, presentado en el pasado 2021, prevé algunos aspectos a considerar. En este proyecto de reforma legal se habla de la creación de una página web de la sociedad en la cual se publicarán asuntos de importancia tanto para la sociedad como para los socios. Así, de esta forma, los socios y la sociedad estarían informados de asuntos que son de interés del colectivo.

Las actas de los órganos de administración y representación

El primer intento por modernizar y aplicar la tecnología a los órganos de administración y representación social estuvo en la reunión de socios en las SAS y posteriormente aplicado a las sociedades comerciales en general como dijimos anteriormente, pero lo que aún no se ha previsto es que estas actas puedan ser registradas en forma digital, a fin de generar un registro más actualizado.

La documentación social electrónica

En esta instancia del avance tecnológico, parecería que la documentación social y el usar el papel tendría que ser cada vez menor, pero en la legislación uruguaya no se ha avanzado en ese sentido.

Por el momento en lo que refiere a la documentación societaria, y sobre todo la registración en los libros sociales, no se prevé la utilización de las TIC's, pero seguramente llegaran pronto algunos mecanismos para avanzar en esta materia.

La utilización de los libros electrónicos puede traer como ventajas: la inalterabilidad de los registros; Multiplicidad de originales, ya que se pueden obtener infinidad de copias de los originales; ahorro en costos, sobre todo por la compra de los libros y tasas registrales;

⁷ Artículo 722 de la ley 19.924 del 18 de diciembre de 2020, modifica el artículo 340 de la ley 16.060.

inmediatez, seguridad y accesibilidad en el registro.

La problemática en los libros sociales electrónicos o “e book”, es el registro y el acceso a los mismos, puesto que, para poder acceder a los registros sociales, se debería crear un acceso especial, dependiendo del interesado. Otro de los problemas que se puede generar el registro en libros digitales, es saber que sucede con los antecedentes físicos, sobre todo en aquellas sociedades que llevan muchos años de actividad. Y por último, algo que creo que no es menor, es hacer referencia a que la actual legislación uruguaya, prevé que los documentos electrónicos o digitales deberán ser debidamente intervenidos por una firma electrónica avanzada, siendo la Dirección General de Registro (DGR) quien indicará el procedimiento tecnológico a seguir; pero la pregunta que nos hacemos en este punto es si, los libros de actas de asambleas de socios y reuniones de administradores y representantes están comprendidos en la posibilidad de habilitación. Hasta el momento es sabido de que no se ha regulado en este sentido, y por ende no existe posibilidad de habilitar libros de actas digitales.

Futuros perspectivas en materia societaria

Como ya adelanté, se ha implementado la SAS DIGITAL y a partir de julio de 2022 ha comenzado a utilizarse el mecanismo de creación de las SAS a través de usuarios digitales y con firma electrónica avanzada, lo que permite a los usuarios que se sientan capaces de utilizar el sistema, puedan crearse una SAS sin la necesidad de intervención de un profesional. Lamentablemente la utilización de este tipo de aplicaciones muchas veces va en detrimento del asesoramiento de los abogados y escribanos, porque el cliente prefiere hacerlo “más barato” y seguir su propio instinto.

También es cierto que muchas veces el cliente por querer hacerlo por sus propios medios, termina no teniendo el resultado esperado, y terminamos saliendo al “rescate de los errores” cometidos en sus intentos frustrados por constituir una sociedad comercial.

En junio de 2021 se ha presentado al parlamento un proyecto de reforma de la ley 16.060, en la cual inevitablemente se han incluido varias modificaciones, y entre ellas muchas que refieren a la aplicación de la tecnología.

Se habla de la creación de una “página web” la cual tendrá contenido legal y de interés de los accionistas, y de la sociedad, quienes podrán consultar lo que allí se publique.

Nada se habla aún de la tecnología en materia de libros sociales electrónicos.

Seguramente mucho ha de pasar de aquí en más en materia societaria y con el avance de la tecnológico constante, las sociedades comerciales se irán acompasando, y las leyes comerciales actualizando; lo que seguramente será pasible de comentarios en próximas instancias; pero lo que si tenemos claro es que, la tecnología ha comenzado a adquirir cierta preponderancia en materia de personas jurídicas.

APORTE DE CRIPTOACTIVOS A SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS. EL CASO DE LOS NFT

Tomás A. Sanchez Saccone

SUMARIO

El presente trabajo analiza la posibilidad de aportar criptoactivos al capital de una sociedad por acciones simplificada, sopesando las características propias de estos activos, las previsiones de la Ley 19.550 y lo que requiere la Ley 27.349 para estos aportes. Principalmente, estudia el artículo 39 de la Ley 19.550 y el artículo 42 de la Ley 27.349, analizando la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas imperativas del derecho societario. Además, se pondera el hecho de poder aportar tokens no fungibles a las sociedades por acciones simplificadas.

PONENCIA

Mucho se ha escrito sobre la relación entre las sociedades por acciones simplificadas y la Ley General de Sociedades. La propia Ley 27.239 prevé en su artículo 33 que las normas de la Ley General se aplicarán “en cuanto se concilien con las de esta ley”. Además, el espíritu de la norma claramente es el de otorgarle una importancia fundamental a la autonomía de la voluntad, casi al punto de considerarla una nota tipificante de las SAS.¹ La doctrina se divide entre quienes le otorgan primacía a una o a la otra, e inclusive quienes afirman que no debe olvidarse también son de aplicación -por encima de la autonomía de la voluntad- las normas imperativas de la ley general, es decir, del Código Civil y Comercial de la Nación.²

Colisión entre el art. 39 de la Ley 19.550 y el art. 42 de la Ley 27.349.

Un punto de debate que aún no se ha definido resulta el de los aportes en especie, o como la Ley 27.349 los nombra, aportes no dinerarios. Su artículo 42 reza: “Los aportes en bienes no dinerarios podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios en cada caso, quienes deberán indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de la valuación o, en su defecto, según los valores de plaza. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de cinco (5) años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó judicialmente. Los estados contables deberán contener nota donde se exprese el mecanismo de valuación de los aportes en especie que integran el capital social.”

Si lo comparamos con el artículo 39 de la Ley 19.550: “Determinación del aporte. ARTICULO 39. — En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada.” nos encontramos con el escollo, a priori insalvable, de la necesidad de que los bienes resulten de ejecución forzada.

¹ PEREZ HUALDE, Fernando. “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de las sociedades por acciones simplificadas”, LA LEY . 2017, ps. 561/5.

² COSTE, Diego y BOTTERI (h), José D. La Ley 07/03/2019. AR/DOC/401/2019.

En ningún caso podemos afirmar directamente que los criptoactivos resulten susceptibles de ejecución forzada. Se encuentra en la esencia de las cadenas de bloques distribuidos el concepto de descentralización, que importa la libertad de un organismo regulador y controlador a través del cual puedan embargarse los activos. Existe una variedad importante de alternativas que he explorado en un artículo anterior donde analizo en detalle los pormenores de los aportes societarios en criptomonedas³, al que me remito, pero todas ellas resultan maneras de sortear este inconveniente que presuponen, por un lado, que los criptoactivos no se encuentren en poder de la sociedad, sino en un exchange,⁴ o que la obligación se satisfaga con un reemplazo de los bienes que componen el capital, lo que en principio colisiona con los principios generales del derecho societario.

Ahora bien, las ideas que expreso en este artículo importan un giro de mi opinión anterior y contrarían la de la mayoría de la doctrina⁵, que imponen los requerimientos del art. 39 de la LGS a todas las sociedades por acciones.

Debo remarcar que otra parte de la doctrina, como por ejemplo la expresada por el Dr. Manóvil⁶, lleva a repensar la idea de que el art. 39 de la LGS resulte una norma imperativa de la misma y que resulte aplicable a las sociedades por acciones simplificadas, en las cuales, claramente, el legislador ha dejado de lado tales requisitos, omitiendo reiterarlos en los artículos correspondientes. Dice Manóvil que “lo que aquí importa, lleva a la pregunta de cuál es realmente el interés protegido con una determinada norma imperativa, y al análisis de si ese interés merece o requiere de esa protección, o si es más valioso permitir que sobre el punto se permita disponer a los interesados como mejor entiendan que les conviene”.

Sabemos que la obligación de realizar aportes resulta esencial para la existencia de la sociedad: “sin aporte no hay socio, y sin socio no hay sociedad; sin aporte, además, no hay fondo común o patrimonio propio de la sociedad, lo que es un elemento esencial para su existencia”.⁷

El aporte de criptoactivos al capital social no provoca el incumplimiento de las características esenciales de una sociedad. Persiste el concepto de comunidad de riesgo, y los aportes pueden -y deben- utilizarse para desarrollo del negocio. La exigencia de la Ley 19.550 de la susceptibilidad de ser forzada su ejecución corresponde a una exigencia que hoy en día no resulta esencial. Volviendo a Manóvil, las SAS constituyen un importante paso en favor de la superación de barreras muchas veces anacrónicas, que por su artificialidad ha perdido sentido práctico.

La actualidad nos muestra una sociedad -y una economía- que claramente se dirige a lo intangible. No medimos la riqueza de una sociedad por sus inmuebles u oficinas. Como afirma el Dr. Vítolo en sus conferencias⁸: “Airbnb es la compañía más importante de alojamiento en todo el mundo y no tiene inmuebles, UBER es la remisería más grande y no tiene vehículos a su nombre”.

Desarrolla el filósofo Byung-Chul Han⁹: “El orden terreno está siendo hoy sustituido por el orden digital. Este desnaturaliza las cosas del mundo informatizándolas. (...) Hoy nos encontramos en la transición de la era de las cosas a la era de las no-cosas. Es información,

³ SANCHEZ SACCONI, Tomás. “Criptomonedas, sociedades y capital. ¿Se puede constituir una sociedad con criptoactivos?”. Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE) Octubre 2021.

⁴ Y que por lo tanto, en la terminología cripto, no sean sus monedas.

⁵ Por ejemplo: VITOLLO, Daniel R.: “Capital emprendedor y sociedades por acciones simplificadas”. 2da. Edición – LL – Buenos Aires – 2018.

⁶ MANÓVIL, Rafael. “La SAS y las normas generales de la ley de sociedades”. LA LEY 29/05/2019. AR/DOC/718/2019.

⁷ ARAYA, Tomás M. “Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales”. TR LALEY AR/DOC/2864/2021

⁸ Jornadas sobre “SAS” que se celebraron en Rosario, Santa FE en sede de la Universidad Austral el 26 de octubre de 2017

⁹ BYUNG-CHUL HAN. “No-cosas”. 3° ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Taurus, 2022.

no las cosas, la que determina el mundo en que vivimos. Ya no habitamos la tierra y el cielo, sino Google Earth y la nube.”

Las exigencias de la Ley 19.550 -recordemos, de 1984- para los aportes en especie en las sociedades por acciones -que resulten bienes determinados, originados en obligaciones de dar, susceptibles de ejecución forzada- responden a un mundo distinto al de hoy. Pero no estoy afirmando que sea necesario reformarla o derogarla, sino darles lugar a las disposiciones propias del instituto de la sociedad por acciones simplificadas, exigiendo únicamente lo que la Ley 27.349 le exige.

Entiendo que la posesión, la relación más profunda que se puede tener con las cosas¹⁰, resulta hoy un concepto en crisis. Es en tal sentido que debemos favorecer la adopción de los bienes intangibles y su utilización en las sociedades comerciales.

El caso de los NFTs.

La irrupción de los tokens no fungibles ha sido imparable. Casi todas las grandes compañías los comercializan o han puesto en marcha proyectos en tal sentido.

No es para menos. Los NFTs resuelven un problema que sufren los que comercializan bienes digitales desde la irrupción de internet: la escasez digital. Gracias a esta tecnología, se puede afirmar que un archivo digital puede resultar único, indivisible e imposible de copiar. Podemos hablar de “bienes intangibles determinados”.

En el plano jurídico, los defino como bienes inmateriales no fungibles, cuya autenticidad y propiedad puede verificarse a través de la tecnología Blockchain.

Dado que en principio y en mi interpretación, las criptomonedas como bitcoin o ether pueden aportarse a una sociedad, nada obsta que pueda realizarse lo mismo con estos criptoactivos. Obviamente, su valuación resulta más dificultosa que la de las criptomonedas, pero existen maneras de realizarlas, por ejemplo a través de la valuación de expertos.

Cumplimentado el art. 42 de la Ley 27.349, los mismos pueden formar parte del capital social. Las vicisitudes que puedan afectarlos -fraudes, revalorización o pérdida de valor, por ejemplo- también pueden ser sufridas por los demás activos que históricamente se utilizaron como aportes societarios, y los mecanismos para corregir dichas afectaciones no varían.

Conclusión.

En la actualidad, entiendo que no hay barreras para admitir el aporte de criptoactivos al capital de una sociedad por acciones simplificada. En el caso de las sociedades anónimas, el art. 39 de la Ley General de Sociedades lo impide -en principio, por la exigencia de la ejecución forzada-, pero en mi opinión puede dejarse de lado para las SAS, si los socios así lo deciden, por aplicación de la Ley 27.349. En el mismo sentido y aunque resulte polémico, también entiendo que puede admitirse el aporte de NFTs. El derecho societario es la rama que quizás más debe amoldarse al mundo de los negocios. Sin desnaturalizar los principios del mismo y con una correcta lectura de la imperatividad de las normas de la Ley General de Sociedades, los operadores debemos utilizar sus institutos para permitir un desarrollo económico favorable, sin descuidar los intereses de los terceros, ya sea el interés público o el de los acreedores.

¹⁰ BENJAMIN, Walter. “Imágenes que piensan”. Obras, libro IV, vol. 1, Madrid, Abada, 2010, pp. 249-389, trad. De Jorge Navarro Pérez.

TECNOLOGIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES

Lorena R. Schneider

1. Notas introductorias:

El derecho de sociedades –más aún en el ámbito de las sociedades de capital-, es un derecho en continuo avance, en continuo proceso de modernización. En dicho proceso influyen: i) la necesidad de adaptarse a los nuevos hechos sobre todo a las exigencias de un mercado globalizado y con nuevas tecnologías y, en el contexto de la crisis económica, a la necesidad de reaccionar frente a la caída de la actividad económica de las micro, pequeñas y medianas empresas y, ii) el desarrollo del derecho de sociedades en Latinoamérica y Unión Europea, que concede papel central a las Pymes para posibilitar la salida de la crisis, dada su importancia socio- económica.

De tal manera es, quizás, una de las ramas que ha recibido mayor impacto de las nuevas tecnologías. Favorecido por la pandemia SARS-Cov-2, que aceleró el proceso de tecnologización del Derecho societario, encontramos diversas manifestaciones en nuestra materia. En tal sentido, puede mencionarse la posibilidad de la celebración de las reuniones directoriales o asamblearias por medios telemáticos, garantizando así los derechos de los asociados o socios minoritarios que no pudieran desplazarse físicamente hasta el lugar de celebración de la junta o la asamblea. Ello —debe decirse— puede realizarse en los términos del art. 158, ap. b, CCyCN, exclusivamente para el caso de autoconvocatoria unánime. Este sistema, además, fue receptado por los órganos administrativos de contralor (IGJ¹, CNV², etc.), que establecieron los lineamientos para que aquellos actos fueran válidamente llevados a cabo para luego, llegado el caso, ser allí inscriptos.

La importancia de esta regulación —inicialmente excepcional— se encuentra en que se acentúa en nuestro derecho societario la sustitución del criterio de la exigencia de la presencia física en las sesiones del órgano de administración y de la asamblea por el criterio de la comunicabilidad entre los asistentes.

Pero el impacto de la tecnología en nuestro ámbito ha ido mucho más allá, a tal punto que en algunas legislaciones, como es el caso de la estadounidense, entre otras, en los que se está discutiendo la posibilidad de constituir sociedades sin estatuto o *tokenizadas*, sin estatuto y sin socios.

Todo lo señalado supone que estamos frente a un proceso de modernización del derecho de sociedades que nos pone frente a varios interrogantes, convertidos en actuales desafíos: ¿Cuáles son los riesgos que presenta el avance tecnológico? ¿Qué régimen de responsabilidad cabe aplicar a las nuevas formas empresariales? ¿Puede un algoritmo sustituir el rol de los administradores sociales?

2. Aplicación del *blockchain* en las reuniones asamblearias:

Se estima que la aplicación de la tecnología en las asambleas podría ayudar a superar incon-

¹ Res. Gral. IGJ. 11/2020, 26/03/2020, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227212/20200327>.

² Res. Gral. CNV 830, publicada en el Boletín Oficial el 5/4/20.

venientes relativos a la emisión del voto de los accionistas. La compañía Broadridge Financial Solutions, por ejemplo, ha implantado la tecnología *blockchain* en juntas generales. Broadridge y Santander colaboran para transformar la delegación de voto para los inversores en el mercado español. Para ello, Broadridge³ anunció la puesta en marcha de un nuevo servicio de notificación de eventos (“*Golden copy*”) de emisores españoles y ejecución de delegación de voto para el mercado español. Este servicio, lanzado en colaboración con Santander Investment S.A. ofrece una solución completamente automatizada y una cobertura total del mercado⁴.

Por su parte, la compañía Iberdrola comenzó a utilizar tecnología *blockchain* para certificar la participación de sus accionistas en la junta general a partir de junio de 2022. De este modo, la eléctrica se convierte en la primera empresa del Ibx 35 en utilizar esta tecnología, en un evento en el que la participación cobra especial importancia ya que si se alcanza un quórum del 70% los accionistas percibirán un dividendo de involucración (un euro bruto cada 200 acciones). Cualquier accionista que participe en la junta a través del portal de Iberdrola puede verificar que su voto electrónico o su delegación se ha registrado correctamente en la red de *blockchain*. Los accionistas podrán realizar la consulta desde el momento en que se registre su participación, hasta un mes después de la celebración de la junta general.

Estos mecanismos, según se considera, podrán permitir un control más seguro sobre el recuento de los votos y sobre el quorum, permitiendo, además, una participación mayor por parte de los accionistas (*su grado de implicancia*). De más está decir que, para resultar válidos, deberán surgir expresamente de los estatutos sociales.

El éxito de estos sistemas depende en gran medida del nivel de participación. Así, se hace necesario un alto grado de cooperación entre todos los sujetos que actúan en el mercado para que la implantación de sistemas basados en *blockchain* pueda prosperar y afianzarse en nuestro ordenamiento.

Ello supone, por cierto, aceptar que estamos frente a un cambio de paradigmas en el que el deber de asistencia física de los accionistas a las asambleas es reemplazado o podrá coexistir con el sistema de comunicaciones telemáticas, sin que ello genere –a priori–, ninguna desigualdad. Sin embargo, uno de los problemas que aquí se presenta es con relación al sistema de votación, en tanto si se detectó algún riesgo de seguridad en su código inicial, ello podrá corregirse hasta que la mayoría haya emitido su voto.

Además de ello, es necesario remarcar que para la mayoría de las sociedades este tipo de tecnología no aportará nada o, al menos, el costo de implantarla no estará justificado por las utilidades que genere. Traducido en otros términos, esta tecnología no tendrá sentido en sociedades de tamaño o talla pequeña.

3. Non executive director (NED):

A la par, y como consecuencia de los avances de la inteligencia artificial, algunas compa-

³ Ya en 2017 NASDAQ informó la culminación con éxito del concepto de votación electrónica mediante *blockchain*.

⁴ Fuente: <https://www.europapress.es/comunicados/internacional-00907/noticia-comunicado-broadridge-santander-colaboran-transformar-delegacion-voto-inversores-mercado-espanol-20220125090111.html>. El lanzamiento de este servicio en España es la última incorporación a la extensa lista de mercados que forman parte del portfollio de productos *Direct Market Solutions* (DMS), que se centra en simplificar los procesos de votación tradicionales conectando directamente a inversores y emisores. Este servicio tiene como objetivo mejorar las tasas de error del mercado, ampliar el periodo de votación y facilitar la confirmación de voto. Permitirá a los bancos custodios, brókers y gestores de patrimonio que operan en España mejorar la oferta de servicios a sus clientes y reducir costes operativos. Esta colaboración facilitará a todos los intermediarios financieros españoles obtener una solución integral de acuerdo con la SRD II sin necesidad de realizar cambios complejos a la hora de integrar nuevos modelos operativos.

ñas⁵ en el mundo han implementado la figura del director no ejecutivo (*Non executive director, NED*)⁶, al que se le asignan dos responsabilidades: i) asegurar el cumplimiento de normas, regulaciones, estándares contables, requisitos de divulgación, etc.; ii) impulsar el desempeño de la empresa: orientar la gestión y garantizar que los recursos de la entidad se desplieguen de manera eficiente y productiva.

Básicamente, el *NED* es un algoritmo que puede mantenerse al día con las discusiones de la sala de juntas, contextualizar la premisa, hacer referencia a discusiones pasadas y al contexto histórico, y proporcionar información y recomendaciones en tiempo real según sea necesario. Un papel clave de los *NED* es proporcionar juicios y consejos independientes sobre cuestiones de estrategia, visión, desempeño y estándares de conducta.

¿Significa ello que podrán automatizarse las funciones del órgano de administración? No lo creo, las responsabilidades de los *NED* en el nuevo mundo del trabajo podrán ser fundamentalmente diferentes. Se estima que alrededor del 25% de las actividades que puedan realizar los administradores podrán ser sustituidas.

¿Qué podría significar esto para el futuro papel de los *NED*? ¿Podrán participar más profundamente en las tareas “más humanas”, como establecer la estrategia? ¿Qué ocurrirá con los deberes de lealtad y de diligencia? Se prevé un cambio de las responsabilidades fiduciarias tradicionales a un papel más consultivo. Es probable que los *NED* pasen más tiempo como consultores internos y asesores del *CEO* y la administración. Los *NED* deberán tener una sólida comprensión de los modelos comerciales y las preferencias de los clientes, mientras que la experiencia, las redes comerciales y las conexiones de la industria y la geografía serán un bien escaso.

Los *NED* también necesitarían adquirir nuevas habilidades relacionadas con la seguridad cibernética, la gobernanza de la economía de los conciertos, la ética tecnológica, la economía del comportamiento, la mejora y actualización de las habilidades de los empleados, la gestión de la reputación y la administración de una organización impulsada por un propósito.

Así, los avances en tecnología pueden permitir una toma de decisiones altamente descentralizada, en la que todas las partes interesadas, ya sean accionistas, clientes, empleados, podrían ejercer sus preferencias utilizando plataformas de votación en tiempo real.

Sólo logrando el equilibrio óptimo entre humanos y máquinas, los *Boards* pueden navegar por el futuro del trabajo. De hecho, las empresas de la nueva economía podrán implementar *NED*, aunque con un mandato diferente, desempeñando un papel diferente y con diferentes habilidades. Como dice elocuentemente un senior de *NED*, “no se puede pensar en un algoritmo para la experiencia”⁷.

4. Sociedades 4.0 o tokenizadas:

La aparición de las DAOs es consecuencia, también, del uso de la tecnología *blockchain* por parte de la sociedad. ¿Qué es una DAO? del inglés *Decentralized Autonomous Organization* y se refieren a una organización autónoma descentralizada.

De hecho, sus estatutos y normas de organización se encuentran contenidas en un *smart contract* y sus reglas programadas se registran en una *blockchain*, lo que busca brindar

⁵ P. ej., DKV, un fondo de capital de riesgo con sede en Hong Kong, cuenta con un algoritmo llamado Vital que tiene un asiento en su Junta Directiva y es responsable de guiar las decisiones de inversión.

⁶ R. JESUTHASAN; S. GANU, *Can a Board Member's Job Be Automated?* en <https://hbr.org/2019/10/can-a-board-members-job-be-automated>, Harvard Business Review, oct. 2019 (trad. por la autora del presente trabajo).

⁷ R. JESUTHASAN; S. GANU, *Can a Board...*, op. cit.

transparencia, inmutabilidad, autonomía y seguridad.

A diferencia de las estructuras societarias tradicionales, una DAO no tiene un liderazgo o una gestión centralizada. La idea principal detrás de las DAO es que la gobernanza de una sociedad funcione plenamente sin una gestión jerárquica centralizada. Este modelo busca prescindir de los órganos de administración, ya que la DAO es gobernada y gestionada por contratos inteligentes en donde se automatizan la tomas de decisiones a través de procesos democráticos y participativos. En consecuencia, los miembros aceptan el uso de contratos inteligentes para administrar, gobernar y, efectivamente, automatizar la organización⁸. Las DAOs justamente buscan resolver el problema de agencia puesto que no permiten el abuso o los probables riesgos en la toma de decisiones, por parte de un individuo que actúe en su propio beneficio y olvide el interés general. El agente es reemplazado por el *smart contract*, que en buena cuenta ejecuta un conjunto de reglas preprogramadas y coordinadas a través de un protocolo de consenso distribuido. En esencia, las DAOs eliminan o minimizan los roles de los directores y gerentes en la organización, confiando, en cambio, en reglas transparentes que se aplican a todos los miembros y participantes⁹.

Las organizaciones basadas en *blockchain* tendrían que someterse a una profunda transformación a fin de ajustarse a la normativa mercantil. En el caso de las DAOs, este sacrificio sería de tal magnitud que las propiedades que caracterizan a este tipo de organizaciones desaparecerían: autonomía, descentralización, anonimia de usuarios, universalidad e independencia de terceros, deberían ser abandonadas en aras de adecuarse a los requisitos de la LGS y el RP. No obstante, estas estructuras nunca podrían cumplir todas las formalidades y obligaciones inherentes al proceso de constitución sin dejar de ser una DAO. La constitución de una sociedad de capital basada en *blockchain* requiere la adaptación del ordenamiento jurídico, ya que, una vez constituida, la sociedad debería poder *autorregularse* de acuerdo a las normas contenidas en su red *blockchain*. De no darse esta conciliación, estas organizaciones no podrían respetar los límites de la legislación mercantil sin sacrificar los elementos básicos de su funcionamiento¹⁰.

Otra de las cuestiones que puede mencionarse dentro de los avances continuos en inteligencia artificial, automatización de procesos robóticos (RPA), es la tecnología de *contabilidad distribuida como blockchain* y los *contratos inteligentes*, que podrían generar una forma completamente nueva para que la Asamblea ejerza sus responsabilidades.

La tecnología de contabilidad distribuida y los contratos inteligentes podrían asumir el papel de garantizar el cumplimiento de las regulaciones y los requisitos de informes. Por ejemplo, con la tecnología de contabilidad distribuida, las cuentas de la empresa se pueden verificar instantáneamente en cualquier parte del mundo; probablemente haga que las actividades de auditoría, cumplimiento e informes de la Junta sean redundantes. Es posible que las empresas tampoco necesiten reuniones anuales de accionistas para adoptar cuentas financieras y votar resoluciones clave.

5. ¿Resulta todo tan fácil? ¿los algoritmos no presentan riesgos?:

Los algoritmos también tienen un lado oscuro y no siempre el cambio que introducen es

⁸ Fuente: <https://agnitio.pe/articulo/decentralized-autonomous-organizations-daos-un-cambio-de-paradigma-en-la-gobernanza-de-las-organizaciones/>

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ JIMENEZ DE ANDRADE CASTAÑON, J, "La tecnología blockchain en el derecho de sociedades", p. 26.

positivo, especialmente si les otorgamos demasiado control sobre la toma de ciertas decisiones. La moneda británica cayó descontroladamente frente al dólar -hasta un 6,1%- en los mercados asiáticos en octubre de 2016. Fue el mayor descenso de la divisa desde el voto del Brexit (la salida de Reino Unido de la Unión Europea), cuando se hundió un 11%. Y el desplome se debió, en parte, a operaciones computarizadas que funcionan con algoritmos, dicen los especialistas de Pew Research Center. Los analistas creen que ello pudo deberse a los programas informáticos diseñados para operar en los mercados de forma automática y que pueden reaccionar mucho más rápido que los humanos¹¹.

En principio, el contrato inteligente representa las reglas de la organización y mantiene el almacenamiento de la organización y nadie puede editar las reglas sin que la gente se dé cuenta, porque los DAO son transparentes y público.

Sin embargo, desafortunadamente, no todo es tan fácil. Existen no pocas situaciones en las que el código que usaron en el DAO tuvo ciertos problemas. De hecho, en junio de 2016, piratas informáticos lograron desviar \$50 millones en Ethereum del DAO antes de que se detuviera. Aunque la falla estuvo en el código *slock.it* y no en la tecnología subyacente, el hackeo socavó la confianza de algunas personas tanto en la moneda Ethereum como en las DAO en general. Las DAO necesitan los siguientes elementos para ser completamente funcionales: un conjunto de reglas a las que operarán, una financiación como *tokens* que la organización puede gastar para recompensar ciertas actividades a sus miembros, y también proporcionar derechos de voto para establecer las reglas de operación. También, y lo más importante, es una estructura segura y segura que permite a cada inversionista configurar la organización¹².

El número de participantes en DAO creció en 2021 de 13,000 a 1,7 millones de personas en todo el mundo y los DAO son cada vez más un tema candente. Con preguntas relacionadas con la rendición de cuentas, cómo se debe gobernar el espacio web3 emergente y cómo se pueden usar las DAO como un vehículo para el espíritu empresarial en el espacio digital, vale la pena considerar su creciente importancia, sin dejar de observar que la tecnología de contratos inteligentes sigue siendo rudimentaria.

Entre los riesgos que el tema presenta pueden mencionarse: i) alto riesgo de *pérdida del capital invertido*, dado el estado embrionario de muchos de los negocios vinculados; ii) *falta de liquidez de la inversión y una alta volatilidad*; iii) *información deficiente a los inversores sobre los proyectos*; y iv) *posibles fallas en la tecnología*. A ello puede sumarse la ausencia de garantías del sistema. De esta manera, además de tratarse de un espacio no regulado, estas autoridades inciden sobre los riesgos derivados de su carácter transfronterizo, la falta de información adecuada y su extrema volatilidad¹³.

Los algoritmos, como los virus, pueden propagar sesgos a escala masiva y a un ritmo acelerado. ¿Se puede describir a un ser humano con números? Eso es lo que piensan quienes diseñan algoritmos que intervienen en cuestiones sociales. La mecánica es aparentemente aséptica, o eso nos ha prometido la tradición cartesiana europea: todo se debería poder medir.

Por tanto, los sistemas de inteligencia artificial no son infalibles. Cometan errores que, en ocasiones, pueden derribar la vida de las personas. Solo hay una forma de minimizar sus posibles efectos negativos: con más transparencia. Los sesgos algorítmicos tienen tres tipos

¹¹ Fuente: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-38932308>.

¹² Fuente: <https://www.forbes.com/sites/cathyhackl/2021/06/01/what-are-daos-and-why-you-should-pay-attention/?sh=1b-8dc8447305> (trad. Por la autora del presente trabajo).

¹³ JIMENEZ DE ANDRADE CASTANON, J, cit., p. 21.

de fuentes: los datos con los que trabajan, que son facilitados por personas; el sistema informático que los procesa, que en el caso del *machine learning* o aprendizaje automático (el propio sistema aprende a sacar sus conclusiones a partir de un banco de datos) puede estar aprendiendo y adquiriendo sesgos adicionales; y la interacción entre la persona y el sistema mismo. Hay tres formas clásicas de combatir los sesgos: mitigarlos en la entrada de los datos, hacer que el sistema sea consciente del sesgo y lo vaya aprendiendo a resolver o eliminar el sesgo en el resultado. Para ello hace falta revisar los sistemas algorítmicos antes de que entren en acción y durante su puesta en marcha.¹⁴ Todo ello supone, además, otro gran riesgo: la alta dependencia que todo esto genera a un sistema inmaduro y aun precario. Debe decirse también que el extraordinario avance tecnológico hace que, mientras se escribe el presente trabajo, muchos de estos riesgos van disipándose.

6. El régimen de responsabilidad:

El avance tecnológico en materia societaria hace necesario indagar cuál será el régimen de responsabilidad que habrá que aplicar a una estructura nueva con tecnología nueva como las que aquí se mencionan.

Inicialmente, debe decirse que las organizaciones descentralizadas no son personas jurídicas aceptadas por nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual no podrán disponer del beneficio de la responsabilidad limitada. La doctrina coincide que el régimen sería de responsabilidad ilimitada. ¿Podrán aplicárseles las reglas de la Sección IV de la LGS? Nada impide que se conformen a través de sociedades de la sección IV, sus normas resultan perfectamente aplicables. El derecho anglosajón –por su parte–, cada vez se abre más camino hacia la consideración de tratarlas como sociedades de hecho.

A mayor abundamiento, caben ser mencionados los siguientes casos: *Robin Hood Coop*¹⁵ (de origen finlandés), que opera como una cooperativa de inversión utilizando *blockchain* para administrar y democratizar sus activos, o *Koina*, una sociedad alemana que emplea *blockchain* para ofrecer un sistema de financiación independiente¹⁶.

Como puede verse, el avance tecnológico en esta materia rompe los moldes societarios tradicionales y nos pone frente al desafío de entender estas nuevas formas bajo la óptica de la autonomía de la voluntad, con los claros límites que el ordenamiento jurídico claramente establece.

7. Notas finales:

¿Se puede describir a un ser humano con números? Eso es lo que piensan quienes diseñan algoritmos que intervienen en cuestiones sociales. La mecánica es aparentemente aséptica, o eso nos ha prometido la tradición cartesiana europea: todo se debería poder medir. Nos encontramos frente a un avance de connotaciones inimaginables que puede contribuir enormemente al progreso del Derecho; empero, la inteligencia artificial presenta también sus riesgos, muchas veces invisibles. Entre otras cuestiones, la vida de una persona jurídica en otra dimensión genera alta dependencia a un sistema todavía precario.

Muchos de los interrogantes que se plantean en este trabajo aun no cuentan con una respuesta certera dado que la tecnología –como se dijo–, está en constante evolución y se en-

¹⁴ Fuente: <https://elpais.com/eps/2021-06-27/cuando-el-algoritmo-se-equivoca.html>.

¹⁵ A mayor abundamiento: <https://www.robinhoodcoop.org/> de donde se extrae: "From a risk perspective, we live in a world we don't really understand": Desde una perspectiva de riesgo, vivimos en un mundo que realmente no entendemos.

¹⁶ JIMENEZ DE ANDRADE CASTAÑON, J, cit., 36.

cuentra atravesada por diversos sesgos: los datos con los que se trabaja son aportados por personas humanas quienes, asimismo, interactúan con dichos sistemas. Dicha precariedad puede presentar, además, fallas y, por tanto, resultar altamente vulnerable.

La evolución del mercado requiere de una constante readaptación de las estructuras empresariales. Es necesario, por tanto, que el ordenamiento jurídico adecúe sus normas, para acompañar el proceso tecnológico que se ha desatado. Dicha modernización legislativa es sumamente necesaria.

Sin embargo, debe tenerse especialmente en cuenta que un sistema de normas nunca podrá ir a la par de los avances que la tecnología plantea, irá siempre un paso atrás y ese es el mayor desafío. Los operadores del derecho tenemos por delante la labor de discutir y plantear soluciones a casos concretos a medida que se vayan presentando. La adaptación del ordenamiento a la tecnología es jurídicamente posible, pero será forzoso el desarrollo de nuevas soluciones y mecanismos jurídicos.

En tal sentido, los Estados miembros de la UNESCO¹⁷, la Fundación Knight, el Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT), la Universidad de Harvard y otras instituciones crearon el *Fondo para la Ética y Gobierno de la Inteligencia Artificial* para “identificar problemas, ayudar a determinar quién los decide y abordar perspectivas sobre cómo podrá sacarse el mejor provecho a la inteligencia artificial para *beneficiar a la sociedad y minimizar su daño potencial*”.

¹⁷ Fuente: <https://es.unesco.org/artificial-intelligence/ethics>.

TOKENIZACIÓN DE LA SAS. LA OPORTUNIDAD

Manuel Tanoira

SUMARIO

El Capítulo III de la ley 27349 regula el capital social de la SAS. Al momento de la redacción de la ley, los tokens o activos digitales no tenían gran aceptación en el mercado argentino, lo que impidió que el legislador incluyera la posibilidad de representar el capital en tokens o NFTs (Non Fungible Tokens). Esta tecnología permitiría a los socios un sistema ágil, seguro y eficiente de transferencia de participaciones en la sociedad, de gobierno de la misma y haría posible la implementación del financiamiento colectivo, que tanto se ha dilatado en el tiempo, sobre todo por la sobre regulación de la CNV.

Será necesario entonces incluir algunas reformas al Capítulo III de la Ley 27.349, para incorporar este concepto en nuestra SAS y de esa manera habilitar esta tecnología que podría revolucionar el sistema de gobierno y financiamiento de nuestras PYMES.

I. Introducción:

La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), tipo societario creado por la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), se caracteriza por la amplia libertad de los socios en el diseño y representación de su capital social.

La ley establece en su Art. 46: “Se podrán emitir acciones nominativas no endosables, ordinarias o preferidas, indicando su valor nominal y los derechos económicos y políticos reconocidos a cada clase. También podrán emitirse acciones escriturales”.

Si bien la autonomía de la voluntad es el principio que rige el espíritu de la norma, a la hora de representar las participaciones sociales pareciera ser que la LACE se quedó corta, imponiéndole un corset innecesario al nuevo tipo societario en contradicción con su principio básico.

Quizás algunos abogados disruptivos a los cuales admiro, como los doctores: Ramirez, Balbin, Cony Etchart, Hadad y hasta el misimísimo y magnánimo Dr. Perez Huadre me digan: “Pero Doctor! Eso se puede hacer. Solo tiene que aplicar el Artículo 49 de la LACE y proceder: Los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. Los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984.”

Mi respuesta a este poderoso argumento sería algo como: “Estimados amigos y profesores, si bien tiendo a compartir su amplio espectro sobre la autonomía de la voluntad, adoptar este criterio trearía aparejado más inseguridad jurídica a la ya castigada SAS, que volvería a ser atacada como la oveja negra de los vehículos societarios. Creo que la mayoría de los reguladores y los operadores jurídicos no están preparados para recomendar esto a sus clientes. Es por eso que recomiendo encarar la pequeña reforma con todo lo que ello implica y hacerle frente a las consecuencias.

II. El Camino a la Tokenización y las DAO como nueva herramienta de gobierno:

La posibilidad de que el capital social de las SAS esté representado por Tokens, generaría un sin número de ventajas para la misma y sus accionistas.

La posibilidad de administrar gran cantidad de accionistas en una misma SAS, la fácil transmisibilidad de las acciones Tokenizadas, la posibilidad de poner los “Tokens” en garantía de préstamos a la propia SAS, podría generar un mecanismo de financiamiento PYME que potenciaría de manera exponencial el crecimiento de nuestras nuevas empresas y permitiría la creación de nuevos empleos.

La otra oportunidad que surge con la Tokenización, sería la resolución de disputas entre socios de un start up. La tasa de mortalidad de los nuevos proyectos en el mundo, supera el 80% en los primeros 7 años de vida. Gran parte de esa tasa, obedece a la ruptura del *affectio societatis* producida por la mala distribución de acciones, o el bloqueo en la toma de decisiones por parte de los fundadores.

Las Organizaciones Autónomas Descentralizadas (en inglés Decentralized Autonomous Organization) o DAO, utilizando la tecnología blockchain podrían generar a través de los Tokens emitidos por la SAS una nueva forma de resolver conflictos societarios. La entrega de Tokens a los inversores, empleados, terceros, o incluso clientes de la SAS, podrían aportar soluciones de bloqueo a los fundadores de la nueva empresa.

Lo interesante es que ya existen leyes modelo en la región que están funcionando de manera exitosa, como la Ley de Modernización Societaria del Ecuador, que permite expresamente la tokenización de acciones con el objeto de hacer más eficiente el llevado de los libros digitales, el gobierno corporativo y la resolución de conflictos societarios.¹

Es claro que no podemos dejar en manos de clientes, inversores o terceros el manejo de las nuevas empresas, pero sí acudir a ellos cuando existe un conflicto interno para consultarles el rumbo que debiera tomar la sociedad. Esto permite un mecanismo de rápida toma de decisiones con alto grado de consenso entre todos los “steakholders” del nuevo proyecto.

III. La Oferta Pública y las PFC (Plataformas de Financiamiento Colectivo), una nueva oportunidad para el financiamiento PYME

A través de la resolución 717/19 de la CNV, la autoridad de aplicación de la ley 27.349 en lo que ha financiamiento colectivo se refiere, ha sido un freno de mano constante para la utilización de esta herramienta tan promovida en el resto del mundo. Bajo la excusa de la protección del inversor, han transformado en letra muerta a las Plataformas de Financiamiento Colectivo creadas por la LACE.

Quizás sea la Tokenización de las acciones de las SAS la forma de resolver esta carga burocrática que hoy pesa sobre las PFC, permitiendo transformar en Tokens las acciones de los proyectos y crear las plataformas para que el público pueda financiar las nuevas empresas a través de las mismas. Esto bajaría los costos de las PFC y haría más fácil la implementación del sistema. También traería seguridad al regulador, y a la propia PFC que podría validar a sus usuarios inversores de la misma manera que lo hace hoy cualquier billetera digital.

IV. Conclusiones:

Con solo una pequeña reforma a la SAS en su Art. 46, podríamos lograr resolver muchos de

¹ Implementing Blockchain Technology for Corporate Record-keeping in Ecuador, Paúl Noboa-Velasco, 13/01/2022. Ver: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/01/implementing-blockchain-technology-corporate-record-keeping-ecuador>

los dolores que hoy tienen las PYMEs Argentinas. Gobierno corporativo y financiamiento son quizás los dos problemas mas comunes en nuestras nuevas empresas.

Darles a nuestros emprendedores herramientas para que ellos puedan desarrollar más y mejores negocios, es la clave para que Argentina vuelva a crecer y generar el empleo del futuro. No necesitamos una gran reforma, y mucho menos incorporar la SAS a la Ley General de Sociedades. Necesitamos quitar las barreras y dejar que los que quieran crear valor, lo hagan, evitando que las reglamentaciones y los funcionarios usen su poder para detener el futuro que ya llegó.

TRANSFORMACIÓN DIGITAL Y COMPLIANCE TECNOLÓGICO

Silvia Susana Toscano

SUMARIO

Estamos siendo protagonistas a pasos acelerados de la transformación de una sociedad industrial y post industrial, eje principal y motor de grandes innovaciones, a una sociedad del conocimiento o de la información donde las estructuras propias de aquella sociedad deben adaptarse, reinventarse y dar paso a nuevas prácticas y protocolos enmarcados en un plexo normativo acorde. Las organizaciones tanto públicas como privadas han debido modificar sus prácticas, procesos y estrategias, adaptar principios y esquemas y aceptar nuevos desafíos porque esta transversalidad alcanza a todas sus esferas de actuación. La transformación digital en la cual nos encontramos inmersos hace conveniente incorporar a las buenas prácticas y cumplimiento de estándares, cuestiones atinentes a la adopción de protocolos referidos a los activos intangibles y al entorno digital dando lugar a una nueva área que se denomina *compliance* tecnológico. Protección de datos personales, seguridad de la información, conservación de evidencias digitales, inteligencia artificial, resguardo de activos intangibles son, entre otras, nuevas áreas que requieren el cumplimiento de normativas y la adopción de buenas prácticas y protocolos para una gestión eficiente. La visibilidad de las organizaciones a través del uso de redes sociales, *influencers*, *marketing* digital y otras herramientas de posicionamiento y sustentabilidad requieren de conocimientos específicos y de un tratamiento acorde con los objetivos estratégicos siendo el *compliance* tecnológico necesario para una correcta implementación de esta transformación digital.

I.- Convergencia tecnológica y sociedad del conocimiento.

La convergencia tecnológica consistente en el crecimiento exponencial de la digitalización, la masividad del uso de Internet, el surgimiento de nuevos activos intangibles, las constantes innovaciones y un cambio social de consumo de bienes y servicios ha dado lugar a una economía y una transformación digital en la cual nos encontramos inmersos y que constituye un nuevo paradigma.

Estamos siendo protagonistas a pasos acelerados de la transformación de una sociedad industrial y post industrial, eje principal y motor de grandes innovaciones, a una sociedad del conocimiento o de la información donde las estructuras propias de aquella sociedad deben adaptarse, reinventarse y dar paso a nuevas prácticas y protocolos enmarcados en un plexo normativo acorde.

Así como en la década del 70, presenciábamos el inicio de la llamada sociedad de la información ¹como evolución de las estructuras de la sociedad industrial impactadas por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), hoy convivimos con un mundo físico o analógico que va dejando paso al mundo digital dando lugar a la industria 4.0 o

¹Bell, Daniel, (1976) *El advenimiento de la sociedad posindustrial*, Ed. Alianza, Madrid

(*) Abogada, especialista en derecho y tecnología.

Cuarta Revolución

¿Cuáles son los pilares en que se asienta este nuevo entorno? En primer lugar, la democratización de la conectividad dado que, merced a la innovación tecnológica, mayor cantidad de individuos tienen acceso a Internet y desde cualquier dispositivo especialmente teléfonos móviles. Excede el presente trabajo profundizar acerca de la brecha digital pero no desconocemos que la misma existe y que la concepción del acceso a Internet como un derecho humano proclamado por las Naciones Unidas dista mucho de ser una realidad. En segundo lugar, la masividad de uso de redes sociales y otras plataformas desdibuja la frontera entre lo público y lo privado requiriendo la intervención del derecho para establecer el equilibrio entre diversos microsistemas de derechos humanos, a saber, el derecho a la información, la libertad de expresión y la privacidad, entre otros. En tercer lugar, la multidireccionalidad de la comunicación y la información permite que los individuos interactúen entre si creando contenidos y, por aplicación de la inteligencia artificial, toda esa información es analizada automáticamente y sus resultados se vierten en las aplicaciones y plataformas generando nueva información.

Gran desafío para nuestra profesión migrar los institutos jurídicos y los marcos normativos que fueron el sustento de aquella sociedad industrial a este nuevo contexto que requiere una gran adaptabilidad y una nueva conceptualización a efectos de no detener el avance y la innovación pero anclarlo en el respeto hacia las garantías y libertades fundamentales. Es cierto que aún persisten las estructuras y marcos legales de los contextos precedentes para sustentar esta nueva sociedad y, por otra parte, los llamados nativos digitales, conviven con los inmigrantes digitales llamados así a aquellos que crecieron en un mundo analógico y han ido incorporándose a esta nueva convergencia digital.

Esta sociedad "informativa" conforme Castells² "...indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento la transmisión de información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este período histórico". El mencionado autor continúa señalando que lo significativo de esta era es la retroalimentación acumulativa de conocimientos y usos potenciada por las nuevas tecnologías y una inversión en innovación nunca antes vista.

2.-Transformación y economía digital

Esta transformación digital va más allá de lo tecnológico y de innovaciones aisladas. Es un desafío cultural y social que atraviesa todos los aspectos de la sociedad en forma compleja no sólo por los cambios que conlleva sino por la velocidad exponencial que la caracteriza. La comunidad jurídica y las áreas legales de todos los ámbitos del ejercicio profesional así como la administración de justicia, están siendo sometidas a innovaciones constantes teniendo en mira, en algunos casos la consecución de los negocios, en otros un mejor servicio a los administrados pero tanto uno como otro deben procurar una mayor eficiencia y eficacia en su accionar y una actitud proactiva en cuanto a su rol de garante de las libertades. De allí que las organizaciones tanto públicas como privadas han debido modificar sus prácticas, procesos y estrategias, adaptar principios y esquemas y aceptar nuevos desafíos porque esta transversalidad alcanza a todas sus esferas de actuación. Basta solamente con señalar las cifras y estadísticas de enero 2022 de la consultora *We are social y Hootsuite*,³ que señalan

² Castells, Manuel (1997) *La Era de la Información: Economía, Sociedad y Cultura: La sociedad Red*, Ed Alianza, Madrid

³ <https://wearesocial.com/es/blog/2022/01/digital-report-2022>

que, de los 45.81 millones de habitantes de Argentina, 122% (56.28 millones) son usuarios de teléfonos móviles mientras que el uso de Internet es de un 83% siendo el acceso a redes sociales de un 86.3%. Es obvio deducir que cualquier accionar en pos de captar y fidelizar usuarios, consumidores y ciudadanos así como incrementar los activos de la empresa, profundizar la relación gobierno y administrados y generar una mayor digitalización no puede prescindir de la comunicación a través de las redes sociales por el potencial que suponen.

Si hacemos un zoom sobre el tiempo de uso de Internet, el mismo nos arroja un promedio de 9.39 horas relevado en una población etaria entre 16 y 64 años siendo este acceso en un 94.5% por teléfonos móviles. *Broadcasting* y *streaming* junto con el acceso a redes sociales insumen la mayor parte de ese tiempo: 3.55 horas y 3.22 horas respectivamente. El resto se divide entre música, juegos, diarios o agencias de noticias digitales, *podcasts*, y otros usos de plataformas.

El análisis de estos datos nos indica que los argentinos, al menos en un porcentaje elevado, han modificado sus hábitos de consumo, entretenimiento, acceso a la información y servicios públicos, banca, justicia, noticias, salud, socialización, trabajo, educación y más ámbitos generando grandes cambios y provocando efectos de gran impacto en el desarrollo de las políticas públicas, los modelos de negocios, la economía, entre otros.

La mencionada convergencia tecnológica ha dado lugar a una economía digital que se ha acelerado en los últimos años producto del aislamiento ocasionado por el SARS- COVID 19. El surgimiento de numerosas aplicaciones para la intermediación y comercialización de bienes y servicios, la aplicación de herramientas de inteligencia artificial para el análisis de datos y la adopción de medidas de seguridad adecuadas importan un escenario apto para el desarrollo potencial de los negocios.

¿Cuáles son las ventajas que podemos señalar en esta economía digital? La toma de decisiones basada en evidencias proporcionadas por un pormenorizado análisis de datos, agilización de procesos, incremento de innovaciones, reducción de costos de procesos, entre otros.

Pero a la par que la economía digital genera oportunidad y beneficios para un crecimiento y expansión del mercado de bienes y servicios se incrementan los riesgos razón por la cual se hace necesario implementar acciones de prevención y en su caso, medidas aptas para la reducción de los daños que se pudieran ocasionar tanto materiales como intangibles.

Por ello, la transformación digital en la cual nos encontramos inmersos hace conveniente incorporar a las buenas prácticas y cumplimiento de estándares, cuestiones atinentes a la adopción de protocolos referidos a los activos intangibles y al entorno digital dando lugar a una nueva área que se denomina *compliance* tecnológico.

3.- Compliance tecnológico

Antes de intentar dar una definición de *compliance* tecnológico, es importante advertir que no se trata de un programa plasmado en un papel sino que importa un cambio cultural. Como se señaló anteriormente, la economía del conocimiento, los nuevos modelos de negocios y la innovación acelerada y constante que supone esta transformación digital requiere de una constante adaptación a los cambios, una flexibilidad en los procesos y una labor interdisciplinaria para llevar adelante y en forma eficiente los riesgos.

Se denomina *compliance* tecnológico al cumplimiento normativo, la adopción de buenas prácticas y de procesos eficientes al uso de las nuevas tecnologías y la digitalización en las organizaciones públicas y privadas. El objetivo principal es garantizar que los activos y actividades digitales cumplan con las leyes y regulaciones existentes.

Veamos a continuación algunas de las áreas críticas de aplicación de este programa de

compliance tecnológico, a saber:

Seguridad de la información: Es indudable que el valor más importante de una organización lo constituye la información por tanto se deberán establecer las directivas de gestión de seguridad de acuerdo al negocio y a la normativa aplicable. No sólo deberán adoptarse las acciones necesarias para impedir o minimizar un ataque cibernético sino también definir al interno de la organización, categorías de acceso, políticas de confidencialidad, clasificación de datos, reporte de incidentes, previsión de impacto de daño, respuestas , etc.

Privacidad de la información y de los datos personales: La entrada en vigencia en 2018 del nuevo Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en la Unión Europea marcó un hito y volvió a poner el acento en el tratamiento de los datos personales y en la necesidad de cumplimentar con los principios de protección adecuada conforme su importancia para la organización y su tratamiento en cualquier lugar del mundo. Principios tales como protección preventiva y proactiva, privacidad por defecto, privacidad integrada en el diseño, visibilidad y transparencia, empoderamiento del titular del dato y otros deben estar presentes tanto en las políticas internas de la organización como también en la cesión de los datos, los servicios en la nube, los contratos de *outsourcing*, en el tratamiento por terceros y, fundamentalmente, en la transferencia internacional. Recordemos que en nuestro país, rige la ley 25.326 de Protección de datos Personales que, aun estando desactualizada, prevé determinadas obligaciones para los responsables del tratamiento de datos personales.

Conservación de evidencia digital: La irrupción del entorno digital en las organizaciones atraviesa tanto la relación con los colaboradores, con proveedores y con los clientes, usuarios y consumidores. Como resultado de las mismas, se recolecta un volumen de información digitalizada que es preciso conservar ante cualquier contingencia que pudiera acaecer en dicho marco además de proteger la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información. Por tanto, la organización deberá prever políticas que garanticen la preservación de la evidencia digital cumplimentando con la normativa vigente en materia de documento electrónico, firma digital y otras nuevas formas de autenticación tales como el uso de la tecnología *blockchain*

Protección de la imagen corporativa: La visibilidad de las organizaciones a través del uso de redes sociales, influencers, *marketing* digital y otras herramientas de generación de valor, posicionamiento y sustentabilidad requieren de conocimientos específicos y de un tratamiento acorde con los objetivos estratégicos siendo el *compliance* tecnológico necesario para una correcta implementación de esta transformación digital.

No son todas sino algunas de las áreas claves de los activos digitales de la organización que requieren un cumplimiento normativo asociado a la transformación digital. Sin duda alguna, absorber los cambios organizativos y legales de manera eficiente será una labor interdisciplinaria para enfrentar una nueva realidad desafiante y en constante innovación. Reitero que un programa de *compliance* tecnológico no es un simple protocolo sino un cambio cultural sobre la base de la innovación y de nuevos modelos de negocios propios del entorno digital en un marco de ética empresarial.

COMISIÓN I:
DERECHO SOCIETARIO
ACTUAL Y LEGISLACIÓN
VINCULADA

Tema 6:
**REALIDADES SOCIETARIAS Y/O
EMPRESARIAS: SOCIEDAD SIMPLE,
UNIPERSONALES, EMPRESA DE FAMILIA,
SOCIEDADES DE PROFESIONALES,
DE CONOCIMIENTO, SAS, FINTECH,
COOPERATIVAS, RESPONSABILIDAD
SOCIAL EMPRESARIA Y EMPRESAS B Y BICS.**

¿SOCIEDADES DE PROFESIONALES, SOCIEDADES DE MEDIO, O SOCIEDAD PROFESIONAL? RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Liliana Araldi y Mariana Baigorria

SUMARIO

Existe, cada vez más, una clara preferencia por parte de los profesionales liberales de desarrollar su actividad mediante trabajo colectivo, con el objetivo de obtener mejores resultados en las prestaciones de sus servicios a usuarios o clientes. En tal sentido es necesario compatibilizar la responsabilidad individual que surge del ejercicio libre de la profesión con la responsabilidad que concierne al trabajo grupal.

En esta ponencia sostenemos que es posible la constitución de sociedad de profesionales o entre profesionales colegiados e incluso las llamadas sociedades de medio o instrumentales, bajo los tipos societarios de la LGS sin necesidad de modificar estatutariamente la responsabilidad de los socios y por lo tanto el tipo social adoptado.

Nuestro sistema jurídico actual, tal y como está diseñado permite dichas modalidades y protege a ambas partes de la relación sin desnaturalizar el orden societario.

Si aún así lo que se pretende es instaurar equidad de derechos entre quienes toman servicios profesionales por intermedio de un ente societario externo, sociedad profesional, y quienes toman servicios con un profesional individual, corresponde la sanción de una ley que permita la excepción al régimen de personalidad jurídica previsto para las sociedades tipificadas en la LGS.

PONENCIA

I.- Las sociedades de profesionales o entre profesionales constituidas bajo un tipo legal, en nuestro país no derivan de una norma específica, sino que se permiten a partir de principios constitucionales como el derecho a asociarse con fines útiles (art. 14 CN), el derecho de no ser privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19 CN), la ley especial que regula a las sociedades en general (LGS 19550) entre otras, y nuestro CCCN (ley 26994), la doctrina¹ y la jurisprudencia², todo lo cual recepta el art. 57 primer par. IGJ, RG 7/2015.

En tal sentido nuestro ordenamiento legal superó aquella regla que decía que no se permite la constitución de sociedades de profesionales con los tipos previstos por la ley 19550 (LSC)³. Lo dicho es sin perjuicio del requisito de colegiación previa que rige las incumbencias profesionales de cada actividad.

Por otra parte las sociedades de medio o instrumentales que comparten fundamentos con los principios constitucionales ante citados, la legislación nacional, la doctrina, la jurisper-

¹ Favier Dubois, Eduardo Mario(h), "Las sociedades de profesionales y su organización como sociedades "de medios con actuación externa" "y sus citas, *Errepar*, DSE, 289, T 24, 2012; Bello Knoll, Susy Inés, "Sociedades profesionales", y sus citas, susybelloknull.com/sociedades-profesionales/ 2014. Entre otros.

² "IGJ c/Ghiano Re y Asoc. SA". Saij.gob.ar/ CSJN 30/11/2010 y sus citas.

³ Ver. X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T1, p. 301 a 306, La Falda, Córdoba, 2007.

dencia, y la Resolución General 7/ 2015, IGJ art. 57 2do párrafo en adelante, son aquellas constituidas entre abogados, contadores u otros profesionales colegiados, no para que sea la persona jurídica o sus integrantes quienes presten el servicio profesional, “sino como forma de organizar y facilitar el servicio profesional que los abogados socios ofrecen y prestan a los clientes como equipo de trabajo estable y organizado”⁴.

En cuanto las sociedades profesionales, según recoge el concepto la ley española⁵ son aquellas que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional, que requiera título universitario oficial, matriculación en el correspondiente Colegio Profesional y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Esto es, sociedades externas para el ejercicio de las actividades profesionales a las que se imputa tal ejercicio realizado por su cuenta y bajo su razón o denominación social.

La ley española se refiere concretamente a sociedad profesional. En este caso existiendo regulación legal específica resulta posible determinar la responsabilidad de los socios más allá del tipo social elegido en tanto que de las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio; y la responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada. Sin embargo, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan⁶.

II.- La cuestión en nuestro país, sin ley específica, se suscita entonces, entre otros temas, respecto a la responsabilidad de los socios profesionales integrantes de una sociedad entre profesionales, que como sostuvimos puede constituirse como una sociedad de los tipos previstos en la LGS. El problema se acentúa en especial en las sociedades capitalistas.

Esto no debería afectar a los clientes que contraten con la sociedad de profesionales, ya que, en caso de violentar legalmente su responsabilidad profesional, el socio debe responder en forma ilimitada y solidaria con quienes comparta su prestación, conforme normas legales vigentes en el CCCN y del colegio profesional al cual pertenezca.

Desde otra óptica y refiriéndose al art. 285 LGS⁷ que en principio recepta la sociedad profesional multidisciplinaria para ser síndicos, se ha sostenido que “actualmente sería posible la adopción de una sociedad de otro tipo social como la SA o la SRL, pero su estatuto o contrato debería establecer una cláusula específica de no limitación de responsabilidad y solidaridad de los socios respecto del ejercicio profesional”⁸.

No compartimos esta posición, ni la que sostiene que, aun tratándose de la inscripción de una sociedad instrumental o de medio, sus socios deban renunciar estatutariamente a la responsabilidad que les incumbe según el tipo social adoptado⁹. Asumir tales posturas implicaría desnaturalizar los tipos sociales permitidos por la ley.

III.- Dicho esto, la ley 19550 con las modificaciones de la ley 26944 (LGS), sigue siendo en pa-

⁴ Anaya, Jaime L. “La Sociedad de Profesionales”, en ED 123-273.

⁵ Ley 2/2007, Ley de sociedades profesionales, actualizada 2021: boe.es/eli/es/1/2007/03/15/2/con.

⁶ Ver Art. 11 Ley 2/2007, sociedad profesional.

⁷ Art. 285 LGS: Requisitos. Para ser síndico se requiere: 1) Ser abogado o contador público, con título habilitante o sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales.

⁸ Las sociedades de profesionales en el nuevo código civil y comercial de la nación. https://archivo.consejo.org.ar/coltec/files/Sociedades_NuevoCodigo-Zafarani.pdf

⁹ IGJ Res. N° 109/2022.

labras de Zaldívar (comentando la ley de sociedades comerciales)¹⁰ una ley eminentemente pragmática, sujeta a un conjunto de ideas directivas, fundadas entre otras en los usos y necesidades del tráfico societario; la jurisprudencia, la experiencia de la normativa nacional existente y en el derecho comparado en cuanto la normativa pudiera ser viable en nuestro país". Por lo tanto, desde esta perspectiva y tomando en consideración que el ejercicio de las actividades profesionales individuales se ha ido modificando en los últimos años en virtud de las especializaciones que derivan en los beneficios de un trabajo colectivo, es necesario definir, en el estado actual de nuestra normativa, la aceptación de formas societarias posibles que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad incorporen estatutariamente o en sus reglamentos cláusulas aun no previstas en la ley " siempre que no violen la tipicidad societaria"¹¹.

En tal sentido y de conformidad con lo dispuesto por el art. 17 LGS, las sociedades que omitan requisitos tipificantes o comprendan elementos incompatibles con el tipo legal, no producen los efectos propios de su tipo y quedan regidas por lo dispuesto por la sección IV del cap. I de la ley.

En consecuencia modificar por vía estatutaria la responsabilidad de los socios más allá del tipo legal adoptado, implicaría la aplicación del art. 24 de LGS, y en tal caso los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o una distinta proporción resulte de estipulaciones o reglas previstas en los incisos 1) 2) 3) del mismo artículo, lo cual no beneficia la protección de los derechos de los usuarios en el caso de sociedad de profesionales.

IV.-En definitiva, si lo que se busca, es la protección de terceros frente a la responsabilidad profesional del socio actuante más allá de la limitación de responsabilidad que corresponde al tipo social, consideramos que en las sociedades entre profesionales, e incluso en las llamadas sociedades instrumentales o de medio, el ejercicio profesional frente a terceros se encuentra suficientemente garantizado por las normas contractuales, extracontractuales y las reglas disciplinarias y deontológicas según las profesiones involucrados.

Ahora bien, si aun así se considera necesario extender en la misma estructura social adoptada, la responsabilidad de los socios frente a terceros a fin de instaurar equidad de derechos entre quienes toman servicios profesionales por intermedio de un ente societario o de un profesional individual, la solución no es imponer requisitos de hecho que violenten el ordenamiento legal, sino sancionar una modalidad societaria que implique la excepción al régimen de personalidad jurídica previsto para las sociedades tipificadas en la LGS.

Para ello resulta conveniente, como en la ley española, acoger a la sociedad profesional, como centro de imputación del negocio jurídico que se establece con el cliente o usuario, atribuyéndole los derechos y obligaciones que nacen del mismo, a las que se facilita un régimen peculiar, en garantía para los clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables.

¹⁰ Zaldívar, Enrique LL T1975, Sec. Doctrina, p.555)

¹¹ Favier Dubois (pater), Eduardo M.- Eduardo M Favier Dubois (hijo). LL 19/03/2012, LL 2012-B, p.837.

LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LA S.A.S

Jose María Araya

PONENCIA

Bajo las pautas de la ley general de sociedades (LGS), y de la ley de apoyo al capital emprendedor (LACE) no resulta posible la exclusión de un socio en la S.A.S.; salvo que ello haya sido establecido en el instrumento constitutivo, o luego en sus modificaciones.

Planteo:

Como punto de partida, debemos aclarar que el presente trabajo no analiza la conveniencia o no de establecer la figura de la exclusión del socio en la S.A.S.. Solamente se hace un análisis del entramado normativo, y a partir de allí se procura extraer una conclusión.

En la tarea emprendida, se presentaron las siguientes premisas:

a.- El art. 89 LGS permite establecer contractualmente causales de resolución parcial, sin hacer en ello distinción de tipos sociales. Por lo tanto, existiendo disposición expresa, la posibilidad de excluir al socio ante el acaecimiento del supuesto previsto en el contrato o estatuto es viable. Distinta situación se verifica ante el silencio contractual o estatutario.

b.- El art. 91 LGS, establecido como norma directriz general en materia de exclusión del socio, indica específicamente cuales son los tipos sociales y socios alcanzados por este instituto. La redacción de la norma no permite incluir otros supuestos. De allí, la primera inferencia que surge es que, en los tipos sociales o categoría de socios no incluidos en el menú legal del art. 91, no resulta posible excluir sin previsión contractual o estatutaria.

Por su parte, la LACE al tipificar a la S.A.S., no le acuerda directamente esta posibilidad de resolución parcial, ni tampoco efectúa remisión para ser incluida en el art. 91 LGS.

c.- El art. 91 LGS excluye - por omisión - a los tipos sociales y categoría de socios, en los que la representación del capital es accionario. Siendo éste - la representación del capital en acciones -, el criterio por el que se restringe la posibilidad de excluir a un socio - y no la finalidad comercial ni envergadura empresarial -, existe congruencia legislativa en el silencio que la LACE hace sobre el particular.

d.- Los reenvíos que la LACE hace hacia la LGS, para que ésta resulte de aplicación supletoria, tampoco habilitan a inferir que la exclusión del socio se encuentre normativamente establecida para la S.A.S.

En primer lugar porque el art. 33 LACE, efectúa un reenvío de carácter general a la LGS, entre cuyo articulado se encuentra el art. 91 ya analizado arriba.

En segundo lugar, porque la remisión que hace el art. 49 LACE hacia la S.R.L. tiene un alcance específico y limitado, que es sobre el funcionamiento de los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, y no sobre el resto de las relaciones intrasocietarias, sobre las que supletoriamente regirán las normas de la parte general LGS por el reenvío que hace art. 33.

Conclusión

Como conclusión sólo cabe reiterar el planteo inicial, entendiendo que si la voluntad del legislador hubiera sido dotar a la S.A.S del instituto analizado, le hubiera bastado con modificar el art. 91 LGS ampliando el menú de tipos habilitados a excluir al socio mediando justa causa.

Consideramos también, que dado que el art. 33 LACE crea a la S.A.S. como un nuevo tipo social, diferenciando los reenvíos normativos de los arts. 33 y 49, permite a esta sociedad mantener las propias características de su individualidad tipificante. La completa asimilación de la S.A.S a una S.R.L. por remisión supletoria, la vacía de entidad como tipo.

Bibliografía

MARTORELL, Ernesto E. - SOCIEDADES ANÓNIMA - SOCIEADES ANONIMAS UNIPERSONALES (SAU) - SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS) - T. II - Ed. Rubinzal Culzoni - Sta. Fe - 2020.

VITOLO, Daniel Roque - SOCIEDADES COMERCIALES - T. II - Ed. Rubinzal Culzoni - Sta. Fe. 2007.

ROSSI, Hugo E. y CASTORINO de PUPPI, M. Teresa - POSIBILIDAD DE LA EXCLUSIÓN DEL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA "CERRADA" O "DE FAMILIA". Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario - 1995 - T I - pág. 321

GULMINELLI, Ricardo L. - EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS. PROPUESTA DE REFORMA. Ponencia presentada en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario - 1995 - T I - pág. 327.

GALINARI María Cristina - IZZO Marisa F. - LA EXCLUSIÓN DEL SOCIO POR JUSTA CAUSA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS - Revista Jurídica Electrónica - Facultad de Derecho - Universidad de Lomas de Zamora - Año VI - 2019 - n° 6.

CESARETTI, María - ACCIÓN DE EXCLUSIÓN DEL SOCIO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS - Ponencia presentada en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario (Rosario, 2019).

BOCCA R., M. Daniela - LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS - Estudios de Derecho Empresario - ISSN 2346-9404.

BOTTERI, José David - LA SAS ES UNA CLASE DE SOCIEDAD, PERO NO UN TIPO SOCIAL - CRONICAS de la escuela COMercialista de Córdoba (CRONICOM) Facultad de Derecho UNC - BOLETÍN INFORMATIVO - N°10 - ABRIL 2018.

CONFORME LA COYUNTURA ACTUAL DE NUESTRO PAÍS. ¿EXISTE RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD COMERCIAL Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA?

Juan José Armando

SUMARIO

En nuestro país y en la actualidad, bajo las circunstancias políticas como así también económicas y que con o sin intención directa de ello, llegan en cierto modo, a influir en el devenir de la empresa, emprendimiento o negocio, como así también, en la toma de decisiones sea tanto de las personas físicas, como así también de las personas jurídicas, léase sociedades, cualquiera fuera el tipo adoptado por el empresario o emprendedor y siendo tal el instrumento que nos brinda la propia ley, y que persigue el poder de otorgar una estructura y seguridad jurídica a un empresario, emprendedor empresa o negocio; y teniendo en cuenta que dicha visión cambia y se modifica día a día conforme a las exigencias actuales, tanto de quienes la componen como socios; de aquellos terceros que se vinculan de forma directa o indirecta con la sociedad; como así también el entorno socio político en la que esta desarrolla su actividad diariamente.

Cuando hablamos de sociedad, hablamos de un contrato social, en el cual las partes adoptan un compromiso primario de realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios, con el primer objetivo de obtener utilidades y responder por las pérdidas o contingencias, lo que funda el gran compromiso de gestionar por parte de los administradores, un conjunto de bienes que le son ajenos y representar o expresar frente a terceros, la voluntad de los socios a fin de cumplir acabadamente con el objeto que los propios hoy socios plasmaron en el contrato constitutivo que los engloba y protege tanto a ellos, como así también al negocio que los mismos persiguen y que se ve necesaria y positivamente, a través de la “*responsabilidad social empresaria*” guiado, motivado y en constante desafío.

Fundamento:

Por lo expuesto, podemos comenzar diciendo que entendemos en primera medida por “*responsabilidad social empresaria*”. Algunos doctrinarios expresan que la “RSE” no es un concepto basado en filantropías, altruismos o generosidades, en donaciones en carácter de especie, ni tampoco es ser, dentro del contexto de una actividad empresarial o comercial, ecológicamente responsable; sino que su imagen va mucho más allá de una serie de débitos o compromisos por parte del emprendedor, la empresa, el empresario y los terceros que se vinculan directa o indirectamente con la empresa, siendo estos, entre otros, de carácter económicos, sociales o ambientales.

Ser “*responsable socialmente*”, implica a mi entender, un compromiso mayúsculo basado si en la transparencia, en la colaboración, en relacionar a la empresa con la comunidad donde esta se desarrolla; logrando alinear su gestión social interna, para que esta repercuta de manera, autentica, efectiva y positiva en una conexión social real y directa con los grupos

sociales o de interés, con los que su actividad se enlaza.

Es para algunos, la base de una política administrativa fundada en una ética de carácter cívico de la sociedad comercial, que va más allá del cumplimiento de la propia ley, de los compromisos éticos, legales y/o sociales que se asuman.

Todos sabemos entonces, que las empresas, persiguen como principal objetivo el generar utilidades o beneficio (generar dinero), para ser distribuidos entre sus socios y responder ante las contingencias que la actividad a desarrollar pudiera ocasionar.

Pero el ser hoy una empresa, pyme o sociedad "*socialmente responsable*", genera a estas mayores oportunidades de mercado, mayores conformidades, personales, económicas, que llevan a romper aquella "*distancia*" que quizás existe entre "*la sociedad*" y quienes se vinculan con ella, para pasar así a identificarse con sus valores y sus acciones, más allá de lo estrictamente corporativo, no resultando entonces, su interés principal o fundacional, el generar dinero, sino también a través de sus labores, forjar a que quienes forman parte activamente de ella como así también los terceros, se hermanen con aquella y sus valores haciéndolas así líderes, pero sin basarse en una estrategia de mercado, sino en una concepción más sana y robusta de empresa.

Ahora bien, a mi entender, esta idea nueva de empresa "*abiertamente responsable o socialmente responsable*", no debe ser exclusiva de las sociedades, empresas, emprendimientos que conocemos como sociedades Bics o empresas B, sino que, como venimos expresando en el presente trabajo debe ser una concepción a agenciar desde el momento cero o los comienzos de la organización, basado en estructuras flexibles, ya no de carácter jerárquico y que logren interconectar a sus miembros tanto originarios como así también futuros integrantes, con el resto de las personas y de las organizaciones en donde esta lleve a cabo su actividad o pudiera ampliar sus horizontes de actuación; creando así "*reglas de valor*", independientemente de las utilidades a obtener, pero sin abandonarlas, basándose entonces sí, en un concepto distinto de utilidad, ampliando el margen simplemente económico y fortaleciendo así la organización, haciendo que la fortuna o riqueza, sea una consecuencia ya no de carácter primaria o vaya acompañado con el valor y el impacto positivo que se genera al actuar en consecuencia. Con una idea de un "*objeto social distinto*", amplio, versátil, que sale de lo común e incluye valores, mejora constante, innovación, bienestar, sana competitividad o competitividad positiva, sostenibilidad y constante crecimiento personal y profesional tanto de la empresa como así también de las personas que la componen y se vinculan e identifican con ella y su operar diario. Consolidando la reputación de la empresa y generando valor tanto a la empresa como a la comunidad donde se integra.

Es por ello, por lo que hablamos de un *objeto societario* y un *plan de empresa*, que lleve a una "*propuesta de valor*", a diversificar la actividad a desarrollar conforme las necesidades del mercado y a la relación con el cliente sin enamorarnos de nuestro "*producto estrella*" creando un plan de empresa que sea entonces asentado en el valor de "*crear para recibir*", atractivo tanto para consumidores como así también para quienes son o serán potenciales inversionistas alentados por esta idea fuerza de "*propuesta de valor*".

Se habla aquí de lo que se conoce como "*felicidad de las organizaciones*" ya que estas persiguen fines que van más allá de lo económico, que las hacen flexibles en cuanto a objeto, actividades, horarios, salarios, etc., mejorando así los resultados de manera exponencial, buscando una competitividad distinta y de carácter efectiva y siendo en consecuencia "*disruptores*" de una realidad empresarial clásica o tradicional, hoy mucho más fresca, basada en satisfacer necesidades, felicidad y valores.

Conclusión:

De lo expuesto en el presente trabajo y de lo analizado para llegar a trazar dichos conceptos en el vertido, podemos concluir diciendo que resulta altamente efectivo, positivo y seria, la idea de un cambio de paradigma al momento de esbozar, crear, instaurar el objeto societario y el propio plan de empresa, al basarlo hoy en una idea un objeto o plan como se expresó, más flexible, comprometido tanto con los intereses de la sociedad, la empresa, el empresario o emprendedor que la lleva adelante; como así también comprometido con los intereses, las necesidades, los cambios de la comunidad en donde esta desarrolla su actividad y que esta precisa de la primera, en esta relación mancomunada que se genera entre ambos.

Sin dejar de ser económicamente rentable, provechosa y eficaz por poner en práctica o hacer efectivas tanto las mencionadas “reglas o propuestas de valor” como así también, lograr lo que se conoce como “felicidad de las organizaciones”, sin tener que, en forma casi exclusiva, para aplicar este cambio de paradigma, llegar a incluirse en las empresas, emprendimientos, pymes o las conocidas sociedades B o Bics; pudiendo entonces, comenzar a gestar estas pequeñas prácticas y de gran valor, con independencia del tipo societario del que se trate.

De dicho modo, podrán generar cambios radicales, como así también un mejoramiento estratégico, aplicando algo tan simple como un concepto amplio de utilidad.

CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO SOCIETARIO SOBRE LA CONDUCTA EMPRESARIAL RESPONSABLE. DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

María Eugenia Basualdo

SUMARIO

La Conducta Empresarial Responsable (CER) implica el respeto por parte de las Empresas de los Derechos Humanos (DDHH); sobre la base del derecho internacional, las convenciones vigentes y las legislación nacional que regulan las actividades empresariales o los acuerdos vinculantes suscritos entre las empresas y sus clientes y proveedores.

Los instrumentos base de las CER son: Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, Principios Rectores sobre las Empresas y los DDHH de Naciones Unidas (ONU) y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Con la particularidad que todos estos documentos se referencian entre sí y a su vez, se complementan con la Guía para la interpretación la responsabilidad de las empresas de respetar los DDHH de Naciones Unidas y Guía de la OCDE de debida diligencia para una CER.

La Guía Práctica de la Asociación Internacional de Abogados (IBA) sobre Empresas y Derechos Humanos para Abogados/as Mercantiles reconoce que es importante que las/os abogadas/os entiendan la forma en que los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos (ONU) pueden afectar las actividades de sus clientes y de los/las profesionales del derecho.

En este contexto, nos proponemos reflexionar sobre los desafíos y oportunidades del derecho societario frente a la Conducta Empresarial Responsable.

Alcances de la Conducta Empresarial Responsable (CER)

La Conducta Empresarial Responsable (CER) implica el respeto por parte de las Empresas de los Derechos Humanos (DDHH); sobre la base del derecho internacional, las convenciones vigentes y las legislación nacional que regulan las actividades empresariales o los acuerdos vinculantes suscritos entre las empresas y sus clientes y proveedores.

Los instrumentos base de las CER son: Líneas Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales, Principios Rectores sobre las Empresas y los DDHH de Naciones Unidas (ONU) y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Particularmente estos documentos se referencian entre sí y a su vez, se complementan con la Guía para la interpretación la responsabilidad de las empresas de respetar los DDHH de Naciones Unidas y Guía de la OCDE de debida diligencia para una CER.

Líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales¹ (1976 – última revisión 2011): Son recomendaciones dirigidas por los gobiernos a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen sede en ellos. Contienen principios y normas de buenas prácticas, para una CER dentro del contexto global, conforme a las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente.

El documento del año 2011 se divide en dos partes, la primera refiere a las Recomendaciones para una CER en el contexto global y la segunda hace mención a los Procedimientos para la implementación de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales. **Las líneas contemplan los siguientes captiulos:1) Conceptos y principios; 2) Políticas generales; 3) Divulgación de la información; 4) DDHH; 5) Empleo y relaciones labores; 6) Medio ambiente; 7) Lucha contra la corrupción, las peticiones de sobornos y otras formas de extorsión; 8) Interés de los consumidores; 9) Ciencia y tecnología; 10) Competencia; 11) Cuestiones tributaria.**

Las directrices están respaldadas por un mecanismo de implementación que son los Puntos Nacionales de Contacto (PNC) ² organismos constituidos por los gobiernos de los países adherentes con el fin de promover e implementar las Directrices. Los PNC ayudan a las empresas y las partes interesadas a tomar medidas para impulsar la aplicación de las directrices, asimismo constituyen una plataforma de mediación y conciliación.

Es así, que las Líneas Directrices son documentos de políticas públicas para los gobiernos y que estos deben bajar a las empresas, que tienen por objetivo, entre otros promover la contribución positiva de las empresas en el progreso económico, medioambiental y social en todo el mundo; respetar los DDHH internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades; apoyar y defender los principios del gobierno corporativo, incluso a través de grupos de empresas; implementar la debida diligencia basada en los riesgos incorporándola; impedir y atenuar los impactos negativos y comprometerse a participar, planificar y tomar decisiones con las partes interesadas en proyectos que influyan significativamente en la sociedad.

Principios rectores sobre las Empresas y los DDHH de Naciones Unidas- PRNU- (2011)³ Los Principios Rectores analizan las repercusiones que las normas y las practicas actuales tienen para los Estados y las empresas e incluyen aspectos que se contemplan de diversas formas en la legislación nacional e internacional.

Estos se estructuran en tres pilares abarcando cada uno de ellos principios fundamentales y principios operativos- hay en total treinta y un (31) principios-; estos son: **Pilar I) El deber del Estado de proteger los DDHH.** Principios Fundamentales. Los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, mitigar, investigar, castigar y reparar abusos mediante políticas adecuadas. Los Estados deben enunciar que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio/jurisdicción que respeten los DDHH en todas sus actividades.

Pilar II) La responsabilidad de las empresas de respetar DDHH⁴ Principios Fundamenta-

¹ OCDE (2011), disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>

² Argentina PNC Cancillería. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto <https://cancilleria.gob.ar/es/iniciativas/pnca>

³ En junio de 2011, el Consejo de DDHH de las Naciones Unidas hizo suyos los Principios rectores sobre las empresas y los DDHH que lo presentó el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas Prof John Ruggie. ONU (2011), Principios rectores sobre las empresas y los DDHH, disponible: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

les. Las empresas deben respetar los DDHH. Deben abstenerse de infringir los DDHH de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre DDHH en las que tengan alguna participación. Que las Empresas eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los DDHH y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los DDHH directamente relacionadas con operaciones productoras o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. La responsabilidad de las empresas en respetar los DDHH se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietarios y estructura.

Para cumplir con su responsabilidad de respetar DDHH las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) compromiso político de respetar DDHH; b) un proceso de diligencia debida en materia de DDHH para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordar su impacto de DDHH; c) un proceso que permita reparar las consecuencias negativas sobre los DDHH que hayan provocado o contribuido a provocar. Debida diligencia en materia de DDHH.

Pilar III) Acceso a mecanismo de reparación. Como parte de su deber de protección contra las violaciones de DDHH relacionadas con la actividad empresarial, los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio/jurisdicción los afectados/as puedan acceder a mecanismos de reparación eficaces.

*Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social OIT (1977 actualizada 2017)*⁵

Los principios establecidos en la Declaración Tripartita (OIT), ofrecen a las empresas multinacionales, a los gobiernos y a las organizaciones de empleadores y trabajadores orientaciones en materia de empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida y relaciones de trabajo.

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, adoptada en 1998, compromete a los Estados Miembros a respetar y promover, hayan o no ratificado los convenios pertinentes, los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías: 1) Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; 2) Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; 3) La abolición efectiva del trabajo infantil; 4) La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación

*Guía para la interpretación la Responsabilidad de las Empresas de Respetar los DDHH de Naciones Unidas (2011)*⁶

Esta guía, tiene como propósito ofrecer una explicación adicional de los Principios Rectores basada en los antecedentes con el fin de facilitar la plena comprensión de su significado y objetivo.

Asimismo, se expresa que hay seguir trabajando para elaborar directrices de funcionamiento, por ello es fundamental la tarea del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los DDHH, quien desempeñara un papel esencial a ese respecto.

Los capítulos II y III se centran en la sustancia de los principios rectores en los que se

⁵ OIT (1977) "Declaración Tripartita - actualizada en 2017- disponible en [//www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf).

⁶ ONU (2011) https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

aborda la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y se ofrecen una serie de preguntas y respuestas básicas para ayudar a interpretar cada uno de los principios, su propósito y las repercusiones de su aplicación

*Guía de la OCDE de debida diligencia para una CER (2018)*⁷

Estuvo supervisada por el grupo de trabajo de la OCDE sobre CER. El objetivo de la Guía es brindar apoyo práctico a las empresas en la implementación de las Líneas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales

La implementación de estas recomendaciones ayuda a las empresas a evitar y abordar impactos negativos que podrían asociarse con sus actividades, cadenas de suministro y otras relaciones comerciales con respecto a trabajadores, los derechos humanos, el medio ambiente, el cohecho, los consumidores y el gobierno corporativo. El anexo de la guía incluye explicaciones adicionales consejos y ejemplos ilustrativos en materia de debida diligencia. La OCDE ha elaborado guías para ayudar a las empresas a llevar a cabo la debida diligencia para una conducta empresarial responsable en sectores específicos y cadenas de suministro, a saber: minerales, agricultura, textil y de calzado, industria extractiva y finanzas.

Los principales destinatarios de la Guía son los profesionales encargados de implementar la debida diligencia dentro de las empresas.

La guía conceptualiza a la debida diligencia como el proceso que deben llevar a cabo para identificar, prevenir, mitigar y explicar cómo abordan los impactos negativos, reales y potenciales de sus actividades, de su cadena de suministros y otras relaciones comerciales.

La debida diligencia contribuye a que las Empresas anticipen, prevengan o mitiguen esos impactos. Para que la debida diligencia sea eficaz debe estar apoyada por medidas para integrar CER en las políticas y sistemas de gestión y pretende posibilitar que las empresas reparen los impactos negativos que causan o que contribuyan.

Estado de implementación de la debida diligencia empresarial en la región y en Argentina⁸

Entre noviembre de 2020 y enero de 2021, la OCDE llevó a cabo una Encuesta sobre CER, empresas con operaciones en América Latina y el Caribe (ALC), con el fin de recopilar datos sobre la adopción de prácticas, desafíos y oportunidades para implementar una CER.

La Encuesta Empresarial incluyó treinta y un (31) preguntas sobre las políticas y comunicaciones de las empresas en materia de CER, los procesos de debida diligencia basados en el riesgo, el impacto de la crisis del COVID-19, los Puntos Nacionales de Contacto para la CER (PNC) y las necesidades futuras en términos de formación. La Encuesta fue desarrollada en el marco del proyecto CER/ALC sobre la base de encuestas anteriores realizadas por el Centro de la OCDE para la CER.

En el caso de Argentina, la encuesta recogió datos sobre las prácticas de CER de 102 empresas que indicaron tener operaciones en el país. La mayoría de las empresas encuestadas manifestaron contar con una política escrita, al menos, haciendo alusión a la CER (61%); y el 56% informó realizar informes relacionados con aspectos sociales y/o ambientales. Menos de la mitad de las encuestadas (45%) adopta un proceso de debida diligencia cuando se identifican riesgos en la cadena de suministro. Solo alrededor de una quinta parte de las empresas que operan en Argentina (20%) informan realizar evaluaciones de riesgo más allá de los proveedores / socios comerciales del nivel 1. El 79% de las empresas encuestadas

⁷ OCDE (2018) <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

⁸ OCDE (2021), Resultados de la Encuesta de la OCDE a Empresas sobre la CER en América Latina y el Caribe.

que operan en Argentina consideran que las prácticas de CER les han ayudado a navegar de mejor manera la crisis de COVID-19 y más de la mitad de las empresas en Argentina (51%) informaron de la necesidad de formación futura y desarrollo de capacidades en debida diligencia. Los datos relevados por la encuesta aportan herramientas para pensar la agenda de debida diligencia y CER, en especial de cara a los desafíos impuestos por la adopción de leyes de debida diligencia obligatoria para las empresas y sus cadenas de suministro en países de Europa y en la Unión Europea en su conjunto.

Guía Práctica de la Asociación Internacional de Abogados (IBA) sobre Empresas y Derechos Humanos para Abogados/as Mercantiles⁹

La IBA reconoce que es importante que las/os abogadas/os entiendan la forma en que los PRNU pueden afectar las actividades de sus clientes y de los/las profesionales del derecho, por ello en 2013 en la ciudad de Boston, formó el grupo de Trabajo sobre Empresas y DDHH de la IBA que se encargó de confeccionar la Guía Práctica para abogadas/os mercantiles (internos y externos) como documento base para que los profesionales tengan en cuenta los DDHH en sus asesoramientos y servicios, atento a que los PRNU son relevantes en muchos ámbitos de la práctica jurídica empresarial, entre ellos, el gobierno corporativo, la presentación de informes y divulgación, la resolución de litigios y controversias, los contratos y los acuerdos, la adquisición de tierras, el desarrollo y el uso, la exploración y la extracción de recursos, el trabajo y el empleo, los impuestos, la propiedad intelectual, la negociación de tratados bilaterales y el arbitraje.

A tal fin, la Guía se estructura de la siguientes manera: 1) Propósito; 2) Explica los PRNU y su vínculo con las Líneas Directrices de la OCDE; 3) Explora la forma en que los PRNU pueden ser relevantes para el asesoramiento y otros servicios que presenta los profesionales del derecho internos y externos; 4) Explica las consecuencias de los PRNU para el derecho de acceso de los clientes y su representación por parte de los abogados/as independientes; 5) Explora las oportunidades y desafíos que plantea los PRNU para las/os abogadas/os.

Conclusión. Desafíos y Oportunidades del Derecho Societario Argentino

Compartimos la expresión que acuña el Prof. Fabier Doubois sobre *El paradigma societario "humanista"*, al referirse que "no se trata de un paradigma integral de régimen societario sino de una serie de orientaciones, principios y reglas que buscan la vigencia de los derechos humanos no solo en la externalidad societaria sino también en su estructura interna"¹⁰.

En este contexto, nos proponemos reflexionar sobre los desafíos y oportunidades del derecho societario frente a la Conducta Empresarial Responsable.

Empresas BIC: Los principios I y II de las Naciones Unidas, la agenda en Empresas y DDHH como así también la contribución al cumplimiento de los ODS¹¹ requiere la promoción, desarrollo y escala de empresas comprometidas, como las empresas de triple impacto en donde sus socios se obligan a generar un impacto positivo en la sociedad y el ambiente, además de la rentabilidad económica.

Consideramos que las Sociedades BIC son claves para contribuir con el desarrollo sosteni-

⁹ IBA (2016), "Guía práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para Abogados mercantiles", disponible: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=5a4a1c22-f0c2-45ba-8e9d-85a646acc302>

¹⁰ FAVIER DUBOIS, Eduardo M "El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar", SJA 01/07/2022, 01/07/2022, 1 - TR LALEY AR/DOC/1914/2022

¹¹ ONU (2015) aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible

ble, como así también a la implementación de la agenda de Empresas y DDHH.

Buen gobierno. Estructura societaria. Reparación. Debida diligencia: En los comentarios sobre los principios generales de las Líneas Directrices de la OCDE se señala, al referirse a los principios de gobierno corporativo de la OCDE, que el consejo de administración debe guiar la dirección estratégica de las empresas y vigilar eficazmente a la gerencia, así como rendir cuentas a las empresas y a sus accionistas, siempre teniendo en cuenta los intereses de las partes interesadas. Nuestra legislación nacional ha incorporado la regulación del gobierno corporativo.

Sociedad de Garantía Recíproca. Inversión Responsable: El PRI define la inversión responsable como una estrategia y práctica para incorporar factores Ambientales, Sociales y de Gobernanza (ASG) en las decisiones de inversión y la propiedad activa.

Las cuestiones ASG se pueden incorporar a las prácticas de inversión existentes mediante una combinación de tres enfoques: integración, selección y temática.

Los inversores pueden alentar a las empresas en las que ya han invertido a mejorar su gestión de riesgos ASG o desarrollar prácticas comerciales más sostenibles.

Por otra parte, los ODS y sus metas proporcionan una forma de comprender y medir el impacto de los inversores en el mundo real, y otra forma para que los inversores responsables demuestren cómo sus esfuerzos por incorporar cuestiones como el cambio climático, las condiciones laborales y la diversidad del directorio en su enfoque de inversión están contribuyendo al tipo de mundo en el que sus beneficiarios quieren vivir.

Por todo ello, entendemos el rol que desempeñan las Sociedades de Garantía Recíproca en el financiamiento de las empresas y como estas pueden influir en el vínculo Empresa y DDHH.

Personas Jurídicas Privadas. Responsabilidad penal. Compliance: Las líneas directrices expresan que las empresas deberán rechazar cualquier soborno y otras formas de extorsión, para ello deben luchar contra la corrupción. Es así como deben elaborar y adoptar mecanismos de control interno y programas o medidas de ética y cumplimiento de normas apropiados para prevenir y detectar actos de corrupción. Deben hacer una evaluación de riesgos que tenga en cuenta circunstancias individuales de cada empresa. Nuestro país cuenta con la ley 27.401, cuyo contenido se encuentra en consonancia a directivas internacionales en la materia.

Empresas que contratan con el Estado – Empresa con participación Estatal :El marco jurídico de nuestro país exige que se adopten medidas de debida diligencia en DDHH por las empresas en el contexto de concesiones, licitaciones o alguna otra forma de contratación pública, dentro del marco jurídico de la contratación pública en la República Argentina, puede mencionarse el artículo 3 inc. c) y f) del decreto N°1023/01Es así que el régimen de Contrataciones de la Administración Nacional- en el que se establecen, como principios generales, la transparencia y la igualdad de tratamiento para interesados y oferentes, respectivamente. En 2018 la Jefatura de Gabinete de Ministros aprobó los denominados “Lineamientos de Buen Gobierno para Empresas de Participación Estatal Mayoritaria en Argentina. Finalmente, en 2020 la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación dictó la Decisión Administrativa 1744/20 por medio de la que se aprobaron los “Lineamientos para la igualdad de género en las Empresas y Sociedades del Estado” (art. 1°).

Perspectiva de género en las Empresas¹²: Entendemos que cuando hablamos de derechos humanos y perspectiva de género en el derecho empresarial, estamos haciendo referencia a que la empresa debe integrar la igualdad de género en sus políticas de gestión con una aplicación transversal e integral en toda su organización. Es aquí donde los Principios Rectores son fundamentales para el diseño de las mismas. Entendemos que la empresa debe:

- Acordar medidas para garantizar la representación equitativa de las mujeres en la fuerza de trabajo a todos los niveles, incluido los órganos de administración;
- Incentivar a sus socios a promover medidas que refuercen la equidad de género;
- Integrar una política de igualdad de género en todos sus departamentos y operaciones para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos de las mujeres;
- Capacitar su personal, socios, administradores y síndicos con respecto a los derechos humanos de las mujeres y a la igualdad de género;
- Adoptar políticas de acción afirmativa para superar la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos directivos y en los órganos de administración.

Por todo expuesto, aclaramos que los tópicos antes señalados, marcan solo una introducción de los temas en agenda del derecho societario, no pretenden ser taxativos.

A modo de reflexión final, podemos decir que los avances del derecho empresarial, marcan un claro camino hacia un mayor reconocimiento de la conducta empresarial responsable en respeto de los DDHH.

Sin embargo, creemos que el contexto nos interpela para seguir trabajando en los cambios legislativos del derecho societario.

Bibliografía:

CUFRÉ Denisse “Las empresas y los DDHH. Un cambio de paradigma” TR LALEY AR/DOC/749/2022

PÉREZ, Agustina, Cufre, Denisse y Wegher Osci, Florencia S. “Estrategias para el Fortalecimiento de la Agenda de Género, Empresas y DDHH” TR LALEY AR/DOC/1318/2021

FAVIER DUBOIS, Eduardo M “El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar”, SJA 01/07/2022, 01/07/2022, 1 - TR LALEY AR/DOC/1914/2022

¹² DE CESARIS, María Cristina y BASUALDO, María Eugenia ponencia “Derechos humanos y perspectiva de género en el derecho empresarial” XV Congreso Argentino de Derecho Societario XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Córdoba Octubre 2022

REFLEXIONES SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY DE LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO

María Eugenia Basualdo

SUMARIO

El presente trabajo analiza los proyectos de la ley de las denominadas Sociedades de Beneficios e Interés Colectivo (BIC).

Estos proyectos de ley se centran en un formato idéntico, sustentado en tres ejes: incorporar el propósito social/ambiental al acto constitutivo; reglamentar del deber de cumplimiento del propósito social/ambiental por parte de los directores y confeccionar un reporte de acceso público que acredite las actividades efectivizadas por estas sociedades.

Se refiere a la admisibilidad de las Sociedades BIC en el derecho argentino, no siendo necesario que exista una legislación que las contemple, bajo el régimen legal actual no se impide su constitución.

Sociedades de Beneficios e Interés Colectivo (BIC)

Las Benefit Corporations aparecieron en Estados Unidos¹ a la vez que las Community Interest Companies lo hacían en Reino Unido.

Las Low-profit Limited Liability Company (L3C) son una forma organizativa regulada en algunos Estados de Estados Unidos que pretende ser un híbrido entre las ya existentes Limited Liability Company (LLC) y las organizaciones sin ánimo de lucro. Igual que las Benefit Corporation, las L3C consisten en empresas con una estructura comercial que renuncia a parte de los beneficios para cumplir con sus objetivos sociales.

Sin embargo no deben confundirse con las Benefit Corporation, las B-Corp, porque estas últimas, no se trata de ninguna forma organizativa en sí, sino que consiste en un certificado expedido por B Lab a empresas que, además de la obtención de beneficios, sean socialmente responsables y creen un impacto positivo en la comunidad y el medioambiente. Una importante ventaja de la que disponen los certificados B-Corp respecto a cualquier forma organizativa de este tipo, es que las B-Corp tienen un alcance internacional. Las Benefit Corporation, las L3C e incluso las Community interest Company únicamente tienen alcance nacional y no tienen por qué ser necesariamente conocidas en otros países. Las B-Corp en cambio, se encuentran actualmente presentes en más 50 países y cada vez con mayor repercusión. B Lab es una organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo es organizar y unir a las empresas para que sean “no las mejores en el mundo sino las mejores para el mundo”.

¹ En Estados Unidos, la obligación de adaptar la legislación de las empresas sociales pertenece a cada uno de los Estados, por tanto, ninguna de estas formas organizativas se encuentra regulada en todo el territorio estadounidense, sino que cada estado es responsable de introducirlas en su propia legislación. Eso conlleva a que, tanto las L3C como las Benefit Corporation no tienen porque estar reguladas en todos los territorios y, en caso de estarlo, su legislación puede variar de un estado a otro. En Delaware, por ejemplo, el nombre con el que la legislación se refiere a la Benefit Corporation es Public Benefit Corporation y, en California, la forma organizativa que existe en lugar de la Benefit Corporation es la Flexible Purpose Corporation. Precisamente por ello, B Lab y los abogados de Drinker Biddle & Reath disponen de un modelo legislativo que pueden ir adaptando según la normativa de cada Estado, pero respetando las bases de cada una de las formas organizativas para intentar minimizar las diferencias entre Estados (Benefit Corporation, 2017).

Para ello, creó la comunidad de B Corps certificadas, donde las empresas son valoradas de acuerdo a criterios y puntuadas por su actuación, transparencia y responsabilidad con el medio ambiente, sus trabajadores, y su comunidad.

Pues bien, las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (“Sociedades B.I.C”) son el modelo jurídico de empresas de triple impacto. Si se analizamos el derecho comparado puede advertirse que las Sociedades BIC cuentan con reconocimiento legal en Italia, Estados Unidos (en treinta y cuatro Estados) y Canadá; en América Latina se las regula en: Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay. En la actualidad, solo en dos países se encuentran debatiendo proyectos de regulación Argentina y Chile.

La mayoría de estas leyes, al igual que los proyectos de ley – como el que se analiza más adelante- se centran en un formato idéntico, sustentado en tres ejes: incorporar el propósito social/ambiental al acto constitutivo; reglamentar del deber de cumplimiento del propósito social/ambiental por parte de los directores y confeccionar un reporte de acceso público que acredite las actividades efectivizadas por estas sociedades.

Proyectos de ley “Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC)

En la Argentina, existen tres (3) proyectos de ley que tienden a regular las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivos (BIC), todos cuentan con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación y fueron girados a Comisión del Senado: 1) **Expte Nro. 1780/2021**, Proyecto de Ley de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo con Impacto Social y Ambiental; 2) **Expte Nro. 1840/ 2021**, Marco Jurídico Regulatorio para las Empresas de Beneficio e Interés Colectivo; 3) **Expte Nro 2045/2021** Proyecto Ley de Sociedades y Cooperativas de Beneficio e Interés Colectivo.

Los dos primeros proyectos, son muy similares al proyecto anterior que perdiera estado parlamentario y que tramitara por el Expte Nro 2498/2018.

Estos promueven que sea aprobado como una ley y no como una modificación a la Ley General de Sociedades (LGS), da reconocimiento a las empresas de triple impacto facilitando al Estado u otros actores del mercado identificarlos y potenciarlos.

Es así que, pueden ser Sociedad BIC, desde su origen, estando la decisión en manos de los socios, quienes se “obliguen a generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad”. No crea un nuevo tipo societario. Otorgan la posibilidad que una sociedad existente puede convertirse en BIC, debiendo modificar el contrato social o su estatuto e inscribir las modificaciones en el Registro Público. Esta sociedad “debe incluir en el contrato social el impacto social, ambiental, positivo y verificable que se obliguen generar especificando en forma precisa y determinada “, a su vez deberá contar con el “voto favorable del setenta y cinco (75%) de los socios con derecho a voto para toda modificación del objeto y fines sociales, no correspondiendo la pluralidad de voto” la super mayoría se funda en que la modificación será trascendental para la vida de la sociedad.

Además, permite el ejercicio del derecho de receso a “los socios que hayan votado en contra de dicha decisión y aquellos ausentes que acrediten la calidad de accionistas al tiempo de la asamblea”, fundado en que adoptar el modelo de Sociedad BIC implica modificar las bases esenciales tenidas en cuenta al ingresar al ente. El derecho de receso se ejerce en los términos – titulares, caducidad, fijación del valor y nulidad- del art. 245 LGS.

Asimismo, se establece la obligación de “confeccionar un Reporte Anual mediante el cual acrediten las acciones llevadas a cabo tendientes al cumplimiento del impacto positivo social y ambiental, previsto en su estatuto”, a su vez, el Reporte Anual deberá ser auditado

por un profesional independiente matriculado -especializado en los ámbitos en los que se pretende lograr impacto positivo social y ambiental- y ser de acceso público, deberá ser presentado ante el Registro Público del domicilio social.

Igualmente, el incumplimiento de las obligaciones asumidas por aplicación de la presente ley, hará perder la condición de Sociedad BIC, cerrando de esta forma el circuito de transparencia.

Al considerar las diferencias de las propuestas legislativas, vemos que:

El proyecto de Ley de Sociedades de Beneficio E Interés Colectivo con Impacto Social y Ambiental, No contempla artículo alguno sobre las funciones del órgano de administración. Además, incorpora en su art. 4 algunas de las características- que enumera en 10 inicios- que deben desarrollar las Sociedades BIC, sin perjuicio que dentro su misión incluya otros atributos de responsabilidad social empresaria.

El Proyecto de Marco Jurídico Regulatorio para las Empresas de Beneficio E Interés Colectivo (Bic), incorpora en su art. 6 deberes mínimos que deberá establecer la autoridad de aplicación y los que deben ser incorporados obligatoriamente: Inclusión social de individuos y colectivos vulnerables, igualdad de género, conciliación familia-trabajo, autonomía económica y participación en los espacios de toma de decisiones de mujeres y diversidades; b) Mitigación y adaptación al cambio climático, economía circular y conservación de ecosistemas y biodiversidad. Los deberes mínimos deberán ser establecidos de manera segmentada para cada sector y categoría de empresa siguiendo las escalas de Micro, Pequeñas, Medianas y, consecuentemente, Grandes Empresas, establecidas por la Ley N° 24.467, la Ley N°25.300 y sus normas complementarias.

También, se detiene en regular – en su art. 7- las funciones del administrador y establece que “la ejecución de los actos de su competencia y en la toma de decisiones, deberá tomar en cuanto los efectos de sus acciones u omisiones respecto de: I) los socios, II) los empleados actuales y, en general, la fuerza de trabajo de la sociedad, III) las comunidades con las que se vinculen, el ambiente local y global, y IV) las expectativas a largo plazo de los socios y de la sociedad, de tal forma por el cumplimiento de la obligación antedicha sólo podrá ser exigible por los socios y la sociedad”

Es así, que la redacción es idéntica al art. 4 del proyecto anterior que perdiera estado parlamentario y que fuera debatido en el XIV Congreso de Argentino de Derecho Societario X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebrado en Rosario².

El tercer y último Proyecto ingresado se denomina “Ley de Sociedades y Cooperativas de Beneficio E Interés Colectivo (Bic), también tiene normas similares a los proyectos anteriores, tal como se mencionan en sus fundamentos. Sin embargo, su particularidad radica en su art. 3 “Tipos. Serán reconocidas como empresas de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) las siguientes personas jurídicas: a) Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos en la ley 19.550 (t.o. 1984) Ley General de Sociedades, en cuyo acto constitutivo, su modificación y el reglamento si lo hubiese, se establezca que los socios además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas, también se obliguen a generar un impacto social y ambiental positivo en la comunidad, en los términos definidos en la presente ley.b) Las Cooperativas constituidas de conformidad con las previsiones de la ley 20.337, cuyos asociados además de adquirir las obligaciones estable-

² Comisión I Conflictos Societarios Responsabilidad Societaria. Subtema: Empresas BIC Tomo III del libro de Ponencias, pág. 2515 -2643.

cidas en la citada ley destinadas a la organización y prestación del servicio de que se trate, se obliguen a generar un impacto social y ambiental positivo en la comunidad”

La redacción del artículo de referencia se hace eco de la importancia que han adquirido en los últimos años las llamadas empresas sociales, organizaciones que privilegian a la persona humana, la participación voluntaria, igualitaria y abierta, la vigencia y prédica de los valores de la democracia y la autonomía frente al Estado.

El proyecto innova al plantear como Sociedades Bic a las asociaciones bajo forma de sociedad, compartimos que “la figura del art. 3º destaca dos nociones clave: asociación y sociedad, esencia y forma. La Ley General de Sociedades regula una típica figura asociativa que, en su esencia, es una asociación que adopta la forma de sociedad para el cumplimiento de su objeto, que no debe ser contrario al interés general y al bien común y puede desarrollar una actividad económica, aunque no debe ser la principal. Esta primera aproximación es congruente con el texto del 3º, las normas de la Ley General de Sociedades y del Código Civil y Comercial, y abre un interesante cauce de aplicación dentro del marco de actividades culturales, benéficas, de salud, educativas, de orden social, de investigación, comunitario, recreativas, deportivas, etc., e incluso con participación del Estado y para las cuales el aspecto económico no se descarta totalmente.”³

Respecto de inclusión de las cooperativas bajo la sigla BIC, sigue al derecho comprado europeo al regular las empresas sociales donde “la forma jurídica más utilizada para cobijar empresas de esta naturaleza es la cooperativa: en Italia mediante la Ley N° 381/1991 que crea las Cooperative Sociali y posteriormente por Ley N° 118/2005 de Imprese Sociali ; en Portugal, el Decreto 7/1998 crea, a su vez, la Cooperativa de Solidariedade Social y en Francia la Ley 2001-624 de 17/07/2001 crea la Société Coopérative d’Intérêt Collectif. A todo evento, corresponde señalar que si bien estas son modalidades especiales de cooperativas con prevalente finalidad social, las cooperativas en general constituyen una forma jurídica societaria de naturaleza eminentemente social, puesto que surgieron como una alternativa a las sociedades comerciales cuyo objetivo es el lucro para los inversores, es decir orientadas por la Shareholder Primacy. Cabe recordar que entre los principios que caracterizan a las cooperativas se encuentran la devolución de los excedentes a quienes los produjeron y el de preocupación por la comunidad.”⁴

Por lo expuesto, en este proyecto, se plantea la forma jurídica de Sociedad BIC a la de una Empresa Social.

Las Sociedades de Beneficios e Interés Colectivo (BIC) en el derecho argentino.

Pues bien, no coincidimos con los fundamentos de los proyectos de ley que se sustentan en:

- la necesidad de dar reconocimiento legal a las empresas de triple impacto, porque “actualmente, en la República Argentina estas empresas de triple impacto ven restringido su desarrollo por distintas limitaciones, entre las cuales se advierte como central la cuestión referida a que las formas legales existentes no permiten reflejar adecuadamente el espíritu de su objeto y accionar”

- la oportunidad de ser un país pionero en contar con un régimen jurídico innovador para las empresas de triple impacto y que la legislación promueva la transformación de la socie-

³ RAGAZZI, Guillermo Enrique “La Asociación bajo forma de Sociedad en La Ley 19.550 y su actualidad” LA LEY 25/04/2022 , 10. TR LALEY AR/DOC/1306/2022

⁴ CRACOGNA, Dante, “Modernas Orientaciones en el Derecho Societario” LA LEY 23/06/2022, 1. TR LALEY AR/DOC/1960/2022

dad hacia una nueva economía inclusiva y sustentable.

Por lo tanto, no es necesario que exista una legislación que las contemple; porque el régimen legal actual no impide su constitución, siendo viable el formato de sociedad regulada en la LGS y la prevista en la ley 27.349.

Asimismo, el art. 1 LGS regula que “habrá sociedad cuando una o más personas, en forma organizada y de acuerdo a uno de los tipos previstos en la ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción en intercambio de bienes y servicios, *participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”⁵

De igual forma, el art. 1 LGS no determina que la sociedad deba tener por objeto un lucro o una utilidad apreciable en dinero y, en ese sentido, a juicio de Halperín “reemplaza con ventaja las expresiones empleadas por el artículo 282 del Cód. de Comercio y del artículo 1648 del Cód. Civil, porque: a) *los beneficios no han menester ser un lucro o una ganancia a repartirse; pueden ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación de un interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación, etc.*”⁶

De la misma manera, el objeto social, el fin y el interés social caracterizan a la Sociedad BIC, pueden ser incorporados vía acto constitutivo o del reglamento.

Asimismo, el tercer eje de la Sociedad BIC/ el control y la transparencia-, en el derecho argentino se encuentran vigentes los “reportes” se presentan en “los estados contables” que son elaborados conforme art. 361 y sgtes CCC y art. 61 y sgtes LGS más las normas técnicas elaboradas por el Consejo de Profesionales de Ciencia Económicas. La LGS exige fecha de presentación, al igual que la memoria e informe del síndico; para que adquieran fuerza vinculante requieren la aprobación por asamblea (art. 234 LGS).

Aunque la aprobación de los estados contables no implica la aprobación de la gestión de los administradores, ni la liberación de sus responsabilidades (art. 72 LGS)

Las empresas buscan comunicar el éxito o los desafíos de sus estrategias socio-ambientales, así como la coherencia ética de sus operaciones. Dos de los instrumentos de gestión que les permiten evaluar el cumplimiento de su responsabilidad social son el balance social y el informe social. El informe social es un instrumento en el que se registra en términos cuantitativos o cualitativos, el desempeño social de una empresa en un periodo dado. El balance social es un instrumento de gestión para planear, organizar, dirigir, registrar, controlar y evaluar en términos cuantitativos y cualitativos la gestión social de la empresa, en un periodo determinado y frente a metas preestablecidas.

El balance social parte de todo un proceso, el cual al finalizar cada periodo y de acuerdo con los resultados del análisis, brindara información necesaria para evaluar el cumplimiento de la responsabilidad social frente a metas establecidas al interior y al exterior de cada institución, mientras que el informe social solo describe el desempeño social en un periodo que por lo general se utiliza en el primer año en que se evalúan las acciones sociales.

También el balance social⁷ puede ser definido como el reporte anual producido voluntaria-

⁵ La LGS admite la sociedad anónima unipersonal. La ley 27.349 regula un nuevo tipo societario la Sociedad por acciones simplificadas y en el art. 34 se admite que “podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas.”

La definición del art.1 LGS conlleva el principio de tipicidad, sin embargo, luego de la reforma del art. 17 y cc LGS admite igualmente a la sociedad atípica, la que queda regida por las disposiciones contenidas en el Capítulo I Sección IV (art. 21 a 26 LGS)

⁶ HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de la ley de sociedades comerciales”, RDCO, Año 2, junio de 1969, núm. 9, p. 271.

⁷ Podemos citar cuatro modelos de balance social: Instituto brasileño de análisis social y económico (IBASE). Instituto ETHOS. Manual de balance social de la OIT. Global reporting initiative (GRI).

mente por la empresa luego de una auditoría interna para identificar su grado de responsabilidad social. Esta auditoría interna busca entender la gestión del negocio y evaluarla según criterios ambientales, socioeconómicos, en los diversos niveles: políticas de buen gobierno corporativo, valores, visión de futuro y desafíos propuestos.

En cuanto al balance social, a nivel nacional existen normas, y van apareciendo más, pero que no están reguladas. La obligatoriedad en su cumplimiento es relativa por no decir voluntaria.⁸

Conclusión:

Entendemos pertinente no apresurarse a legislar de manera específica la Sociedad BIC, atendiendo que el ordenamiento jurídico vigente permite que las mismas desarrollen su objeto y misión institucional. En Argentina, al igual que otros países de Latinoamérica, las Empresas B son promovidas por Sistema B⁹

Cabe señalar que, en la actualidad, son reguladas bajo la normativa general, según el tipo de empresas que se trate. Es decir, no existiendo normativa que establezca requisitos particulares para ellas.

Sin estar reguladas de forma específica, nos encontramos con sociedades de triple impacto que, por medio de la incorporación de reglas estatutarias y/o vía reglamentaria, han procurado beneficiar con su accionar a su comunidad.

Sí, nos basamos en el principio de autonomía de la voluntad se puede adecuar la sociedad a la Empresa B, los socios pueden sistematizar las reglas que consideren necesarios para el desarrollo de su emprendimiento.

Ser prudentes, esperar una mayor expansión del modelo de Empresa B en nuestro país. Ciertamente, estas experiencias son todavía muy poco significativas en número –las empresas B certificadas en Argentina ascienden al número de 124¹⁰ –, lo cual significa una limitación para un abordaje cuantitativo circunscripto a un país. De cualquier modo, esta primera exploración ofrece una imagen inicial del conjunto que permite ir configurando un fenómeno tan nuevo como prometedor desde el punto de vista de su valoración.

Por último, comparto las opiniones de algunos empresarios, en las que se afirma que “la modificación del marco legal no es una condición para el crecimiento del sistema”¹¹.

Bibliografía.

BASUALDO, María Eugenia “¿Es necesaria la regulación de las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo?”, pág. 2551 a 2560 Tomo II libro de ponencias XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Rosario 2019

⁸ La ley 25.877 del 2004 regula en sus arts. 25 a 27 los aspectos relativos a la elaboración y contenido del balance social estableciendo la obligatoriedad de presentar el balance social para empresas con más de 300 trabajadores. En el año 2007, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sanciona la Ley 2594 constituyendo el primer antecedente legislativo que aborda la RS con una mirada social y ambiental integral. En el año 2010 y, siguiendo un criterio similar al de la CABA, la Provincia de Río Negro, a través de la Ley 4531 crea el Programa de Responsabilidad Social y Ambiental Empresaria e implementa un Certificado de Responsabilidad Social y Ambiental (CSRA) en el ámbito del Ministerio de la Producción provincial. Salta, a través del Dto. 517/11 –conf. Art. 1º- también aborda tanto el marco conceptual para la Responsabilidad Social como para el Balance Socio Ambiental. Dicha Provincia, cuenta, además, con una Dirección Provincial y Municipal (Municipio de Salta) de RSE. Similar criterio al de la Ley 2594/07 de la CABA, adopta la Provincia de Mendoza, con la sanción de la Ley 8488/13 denominada Ley de Responsabilidad Social Empresaria, a la fecha sin reglamentar. Su finalidad es: la promoción de conductas socialmente responsables de las empresas y organizaciones en general; también fija el marco jurídico-contable del Balance de Responsabilidad Social y Ambiental Empresaria (BRSAE).

⁹ Información disponible en www.sistemab.org

¹⁰ Conforme al último reporte de Gestión 2020 del Sistema B Argentina.

¹¹ GROPPA, Octavio y SLUGA María Laura “Empresas y bien común Caracterización de las empresas de Economía de Comunión y empresas B en la Argentina” publicado Revista Cultura Económica Año XXXIII N° 89 junio 2015: 8-24; pág. 23

BASUALDO, María Eugenia “Empresas B. Un nuevo modelo de Empresas a la luz de la Responsabilidad Social”, pág.531 a 540 Tomo I del libro de ponencias XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Mendoza 2016

CRACOGNA, Dante, “Modernas Orientaciones en el Derecho Societario” LA LEY 23/06/2022, 1.TR LALEY AR/DOC/1960/2022

ECHEVERRY, Raúl y DE MELLO Eugenio Xavier “Las Empresas B. Posibilidad de su regulación mediante cambios en el derecho societario”, pág. 573 a 584 Tomo III del libro de ponencias XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Septiembre de 2013 Buenos Aires

GROPPIA, Octavio y SLUGA María Laura “Empresas y bien común Caracterización de las empresas de Economía de Comunión y empresas B en la Argentina” publicado Revista Cultura Económica Año XXXIII N° 89 junio 2015: 8-24

HADAD, Lisandro A “Las Sociedades de Beneficios e Interés Colectivo. Análisis del proyecto de ley”, publicado en LL 15/02/2019

HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de la ley de sociedades comerciales”, RDCO, Año 2, junio de 1969, núm. 9, p. 271.

MIEREZ, María Fernanda, CONNOLLY, Constanza Paula, NOEL Soledad y GHERGHI Carolina Inés “La Empresa B: La sociedad comercial del futuro ¿Podría ser encuadrada en nuestra actual ley de sociedades comerciales?” pág. 613 a 627 Tomo III del libro de ponencias XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa septiembre de 2013 Buenos Aires

RAGAZZI, Guillermo Enrique “La Asociación bajo forma de Sociedad en La Ley 19.550 y su actualidad” LA LEY 25/04/2022 , 10. TR LALEY AR/DOC/1306/2022

RODRIGUEZ DE RAMIREZ, MARIA DEL CARMEN “Balance social - ABC de una herramienta clave para la rendición de cuentas” Editorial Errepar año 2014

LA HABILIDAD DE LAS PERSONAS UNIDAS EN MATRIMONIO PARA INTEGRAR SOCIEDADES. DESAFÍOS Y PROPUESTAS

Ricardo Javier Belmaña y Gabriela Lorena Eslava

SUMARIO

Frente a la contradicción existente entre la prohibición establecida a los cónyuges para contratar por el art. 1002 inc. 2 del CCCN y la autorización prevista en el art. 27 de la LGS de manera expresa para que los cónyuges puedan celebrar contratos de sociedades, debe prevalecer la solución prevista en esta última norma. Ello en función del carácter específico de la Ley General de Sociedades en relación al CCCN y la ampliación del régimen patrimonial del matrimonio previsto en la actual legislación, en relación al régimen derogado. No obstante, consideramos pertinente una ulterior reforma en el CCNC, que faculte expresamente esta posibilidad.

1. Introducción. Planteo del problema.

El tema propuesto nos sumerge de lleno en el problema planteado por la contradicción normativa existente entre las disposiciones del artículo 1002 inc. d del Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 27 de la Ley General de Sociedades.

Así, para poner en evidencia tal contradicción, creemos oportuno partir de la transcripción de las normas citadas, las que disponen:

Artículo 1002. Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: ... d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí.

Artículo 27 ley 19550. Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la Sección IV.

La primera respuesta que surge ante la literalidad de los mismos, lleva a apelar a alguno de los criterios clásicos fijados para resolver el conflicto normativo.

Desde este punto, el primer desafío a abordar será el determinar, o al menos tomar posición desde una perspectiva propositiva en base a fundamentos coherentes, sobre si corresponde tomar alguno de dichos criterios, o en su caso cuál será la solución diversa a adoptar. Para ello, se deberá analizar en primer lugar, cuál ha sido el propósito del legislador en una y otra norma. En segundo lugar, cuáles son los diversos institutos jurídicos involucrados en el problema, así como sus fundamentos. Es que las normas en cuestión no sólo involucran el derecho de los contratos y dentro de ellos a los contratos societarios específicamente; sino también, especialmente, al régimen patrimonial del matrimonio.

Corresponde en este punto poner de resalto que un problema de gravedad que suele presentar el devenir societario en la práctica, radica en que de alguna u otra manera, los conflictos matrimoniales terminan incidiendo y afectando a la persona jurídica, especialmente ante los supuestos de ruptura disfuncional de la pareja, donde, a partir de la judicialización del conflicto marital, se abre un abanico de intervenciones primero desde el ámbito cautelar y luego desde el ámbito resolutorio final, al resolverse los efectos patrimoniales del matrimonio ante la disolución y liquidación de la comunidad de ganancias.

En otras palabras, el segundo desafío a abordar, consistirá en cotejar los resultados de aplicar el criterio normativo que se considere plausible, con los fundamentos de la institución matrimonial y especialmente de la comunidad de ganancias como régimen preponderante que constituye la regla en nuestro sistema jurídico.

Finalmente, en base a lo precedente, deberá procurarse proponer a modo de conclusión una respuesta al problema, que resulte acorde a la importancia práctica del mismo, y que no pierda la visión integral de la persona humana que, en sus diversas dimensiones genera multiplicidad de vínculos y relaciones jurídicas. He aquí, el mayor desafío, ya que en la esencia del derecho está el constituir una herramienta útil para la construcción de una sociedad pacífica y justa.

2. La contradicción normativa existente y los criterios de resolución para el conflicto entre leyes.

Abordando el primer desafío planteado, diremos que tal como señalamos, la primera respuesta al problema será determinar cuál de las normas involucradas debe prevalecer en base a aplicar alguno de los criterios clásicos fijados para resolver el conflicto normativo.

Entendemos que el criterio de temporalidad conforme el cual "*ley posterior deroga ley anterior*" resulta descartado de plano, por cuanto ambos regímenes normativos han sido objeto de consideración coetánea por el legislador, ya que las modificaciones a la Ley General de Sociedades fueron concomitantes a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015, oportunidad en la que se pretendió revisar y actualizar la normativa del derecho privado desde un abordaje integral.

Descartado este principio, queda apelar al criterio de especialidad conforme el cual "*la ley especial prevalece sobre la ley general*". Ahora bien, ocurre que centrados en el mismo, cabe preguntarse cuál, entre las dos normativas presentadas, deberá ser considerada la ley especial en la materia.

La cuestión resulta discutible. Así, si nos centramos en la normativa relativa a la capacidad de las personas, donde enmarca el tema de las inhabilidades como supuestos de ausencia de legitimación, establecida legalmente, para celebrar actos jurídicos concretos, será el Código Civil y Comercial de la Nación el que deberá ser considerado ley especial. No resulta óbice para sostener esta postura que la norma esté inserta metodológicamente en la regulación de los contratos, toda vez que se trata de un claro supuesto de inhabilidad.

Otra respuesta podría ser que si bien es una norma relativa a la capacidad, léase inhabilidad, se trata de una regla del derecho tendiente a regular las relaciones de familia; con lo que también sería el CCCN la norma especial, más allá reiteramos, de la ubicación metodológica del artículo 1002 de dicho cuerpo legal.

Otra postura, enfocándose en la normativa societaria, dirá que es la ley de Sociedades la norma especial, dada que la limitación del artículo 1002 se refiere a contratos en general y no a los contratos societarios en específico.

Lo aquí expuesto, demuestra a nuestro modo de ver, que el criterio de la especialidad, considerado individualmente, no da respuesta suficiente al problema; para lo cual la decisión que se adopte, aun cuando sea en base al mismo, deberá complementarse con otros argumentos, emergentes del sistema.

3. Los motivos subyacentes a los arts. 1002 inc. D del CCCN y 27 de la lgs.

La ley 26.994 produjo una modificación sustancial al régimen patrimonial del matrimonio

incorporando dos clases de regímenes: a) el régimen de comunidad de bienes (arts. 463 a 504 del CCCN) y b) el régimen de separación de bienes (arts. 505 a 508 del CCCN). A falta de opción, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de bienes.

En los matrimonios sometidos al régimen de comunidad de bienes, corresponde distinguir entre los bienes propios de los cónyuges (art. 464 del CCCN) y los bienes gananciales (art. 465 del CCCN). Estos últimos constituyen los bienes creados, adquiridos a título oneroso, o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto¹. Tanto en los bienes propios como en los gananciales, la administración y disposición corresponde al titular, con la salvedad de la necesidad del asentimiento conyugal para enajenar o gravar las categorías descritas en el artículo 470 del CCN. El cónyuge no titular cuenta con un derecho en expectativa sobre los bienes gananciales que se hará efectivo ante la disolución del vínculo y posterior liquidación del patrimonio común (de allí la denominación comunidad de ganancias). De esto surge la necesidad, durante la vigencia del matrimonio, de procurar mantener incólume el patrimonio.

De igual manera, en el régimen de separación de bienes, durante el matrimonio cada uno de los cónyuges conserva la administración y disposición de sus bienes personales, esta vez con la limitación dispuesta en el art. 456 del CCCN (relacionado a la prohibición de disponer de la vivienda familiar y de los bienes muebles indispensables de ésta). Aquí hablaremos de bienes personales o privativos, y no corresponderá hacer distinción alguna entre propios y gananciales, y cada patrimonio tendrá una vida independiente del perteneciente al otro cónyuge.

En el ámbito de los contratos, a través del art. 1002 inc. d del CCCN se estableció una limitación al régimen de contratación entre los cónyuges sometidos al régimen de ganancialidad, fijando una prohibición genérica.-

Respecto a los fundamentos de la norma citada, se ha dicho que *“lo que se persigue es evitar que determinados sujetos, que se encuentran en una posición que les da alguna ventaja concreta frente a otros intereses con los que se encuentran vinculados o por los que deben velar, se aprovechen de la situación para obtener una ventaja particular”*².

Conforme este argumento, la inhabilidad se presenta como una forma de protección patrimonial para alguno de los cónyuges respecto del otro, de modo tal que la especial vinculación entre los mismos, no favorezca el aprovechamiento o el abuso de confianza. Fijada para aquellos casos en que los cónyuges se encuentren sometidos al régimen de comunidad de ganancias, entendemos que el fundamento haría referencia a proteger la ganancialidad como expectativa futura, a cuyo fin debe procurarse la mayor intangibilidad posible del patrimonio. De otro costado, la ley 26.994 reformó el art. 27 de la LGS, permitiendo a los cónyuges celebrar cualquier tipo de sociedades entre sí; modificando el régimen anterior que sólo lo permitía en determinados supuestos, más precisamente sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. La razón de ser de esta limitación, que se compadecía con las limitaciones establecidas por la legislación francesa (Ordenanza 1958), consistía al decir de Zannoni, en la *conveniencia de evitar que, como consecuencia de la responsabilidad ilimitada y solidaria de ambos cónyuges en una misma sociedad, la administración ejercida en los hechos por uno de ellos (generalmente se supone que es el marido) pudiese even-*

¹ Jorge H. Alterini “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético”, Tomo III, Ed. La Ley, año 2015, pág. 240

² Herrera, Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso Sebastian (Dir.). “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Ed. Infojus. Año 2015.

tualmente revertir como consecuencia de una gestión ruinosa de los negocios sociales - en perjuicio del otro (se piensa aquí en la esposa que se somete a la gerencia del marido) comprometiendo sus bienes propios y gananciales³.

Conforme este fundamento, la limitación en materia societaria, parecía presentarse al igual que el caso anterior, como una institución tuitiva de la intangibilidad de patrimonio conyugal, especialmente en protección de la mujer; mirada propia del paradigma androcéntrico donde la mujer se presenta como un sujeto vulnerable ante el varón, quién ostenta a su respecto una posición de poder. De tal suerte, creemos que este fundamento debe repensarse a partir de criterios más actuales, propios del reconocimiento legal de la igualdad de los géneros, donde ambos cónyuges, independientemente del género, se comprometen por igual en el sostenimiento familiar.

De otro costado, cabe destacar que por su parte la prohibición genérica de contratar los cónyuges entre sí, debe ser considerada no sólo en función de sociedades compuestas únicamente por las dos personas unidas en matrimonio sino en una realidad más compleja que incluya la participación de terceros; otros socios sin vínculo matrimonial entre sí. Así, la posición que se adopte tendrá repercusiones entre los cónyuges entre sí, entre éstos individualmente y la sociedad, y entre los demás socios.

4. Nuestra postura.

No hay querrela en torno a que existe un conflicto normativo entre la solución prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación y la LGS, dado que ambas legislaciones regulan una misma cuestión en forma contradictoria.

Esta dualidad ha dado lugar a dos interpretaciones: a) quienes sostienen que frente a la divergencia existente debe prevalecer la limitación establecida en la legislación civil y comercial, por tratarse de normas de orden público⁴ y b) quienes sostienen que frente a esta divergencia debe prevalecer la solución prevista en la LGS⁵ y⁶

Entendemos que la segunda de las posturas señaladas debe prevalecer por las razones que expresamos a continuación:

a) porque conforme a lo normado por el 963 del CCCN cuando concurren disposiciones contenidas en el ordenamiento citado con alguna ley especial, deben prevalecer las normas indisponibles de la ley especial. La solución establecida en la norma citada, recoge la interpretación doctrinaria y jurisprudencial según la cual frente a un conflicto entre una ley especial y una ley general de igual jerarquía normativa, debe prevalecer la primera.

b) porque si bien la regulación legal del matrimonio resulta de orden público, en materia de régimen patrimonial, la legislación civil y comercial prevé la posibilidad de que los cónyuges puedan optar por convención anterior o posterior al matrimonio dentro del plazo de un año de celebrado el mismo, entre el régimen de comunidad de ganancias o de separación de bienes, debiendo anotarse marginalmente en el acta de matrimonio para que produzca efecto respecto de terceros (arts. 446 y 449 del CCCN). Es cierto que la posibilidad de la modificación prevista en la norma lo es en relación al régimen patrimonial del matrimonio y que en el caso se trata de la posibilidad de celebrar un contrato determinado; ahora bien, la norma

³ Eduardo A. Zannoni, "Sociedades engre cónyuges, conyuge socio y fraude societario", Ed. Astrea, año 1980, pág. 26

⁴ Nissen, Ricardo Augusto "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Societario" Hamurabi, Ed. Depalma, año 2015, Nro. 34, págs. 166 y 170

⁵ Vitolo, Daniel Roque "Dos miradas sobre la capacidad de los cónyuges para constituir o integrar sociedades" El Derecho Comercial a 200 años de la declaración de la independencia", Ed. Lerner Creativos, págs. 274/84

invocada constituye, a nuestro parecer, un parámetro de interpretación en favor de la posibilidad de celebración de un contrato societario entre los esposos, justipreciando que el actual régimen legal ha tendido a otorgar mayor valor a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en relación al régimen derogado que sólo preveía la comunidad de ganancias.

c) Porque en consonancia con las normas comentadas en el punto anterior, donde se prevé la inscripción de la opción en cuanto al régimen de separación de patrimonios o su variación en el acta de matrimonio, en el caso de la constitución de sociedades se encuentra asegurada la consecuente publicidad registral en protección de los intereses de terceros.

Lo dicho en los puntos b) y c) no importa, desoír que en relación al régimen patrimonial del matrimonio prevalece la calificación de orden público; pero ello está referido principalmente a un número de normas, llamadas régimen primario o núcleo duro, común a ambos regímenes.

Es que, en el caso, no se atisba la existencia de un interés superior que justifique la prohibición de celebrar un contrato de sociedad, ni que la celebración del mismo pueda generar algún tipo de lesión a los intereses de los cónyuges que justifique su prohibición.

Muy por el contrario.

A través de la celebración de un contrato de sociedad, los cónyuges crean una persona jurídica - centro de imputación diferenciada - que permite establecer una distinción entre el interés patrimonial conyugal y el social, lo cual resulta sumamente apropiado y puede constituir el marco normativo de un negocio empresarial.

La cuestión enmarca en el espacio reservado a la autonomía de la voluntad.

En este aspecto, entendemos que la participación de los cónyuges en la elaboración del contrato societario constitutivo, aportará grandes beneficios para los mismos, permitiéndoles regular de manera específica dicho marco normativo, y evitar futuros conflictos en protección del patrimonio individual. Debe tenerse en cuenta que, cuando ante la disolución del vínculo matrimonial debe producirse la liquidación del patrimonio conyugal, el conflicto suele encontrarse frecuentemente teñido de otros intereses personales y afectivos, donde las pérdidas económicas se acentúan. Así, la regulación societaria podría constituir un importante marco para protección de los intereses patrimoniales.

d) porque una interpretación armónica a través de los parámetros establecidos en los artículos 1 y 2 del CCCN, nos lleva a esa solución. Si bajo el régimen anterior a la reforma de la ley 26.994, en el que existía solo el régimen de comunidad de bienes, era posible entre los esposos celebrar contratos de sociedades con las limitaciones que establecía el art. 27 de la LSC (sociedades de responsabilidad limitada) y la finalidad de la reforma a la norma mencionada - parámetro que debe ser tenido en cuenta a los efectos de la interpretación (art. 2 CCCN) -, fue ampliar la posibilidad de celebrar contratos de sociedades entre cónyuges, una interpretación contraria resulta absolutamente contradictoria al fin propuesto por la norma.

e) porque centrándonos en la situación jurídica de los bienes gananciales, como un derecho en expectativa del cónyuge no titular, y el régimen de responsabilidad ante terceros, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los contratos, donde los efectos del devenir negocial repercutirán en el patrimonio común; en el caso del negocio societario ocurriría lo inverso, ya que creada la sociedad, el devenir negocial recaerá, al menos en principio, sobre una tercera persona cuyo patrimonio resulta claramente identificable, esto es la sociedad.

En definitiva, de *lege data* entendemos que los esposos pueden celebrar entre sí cualquier clase de contratos de sociedades de acuerdo a lo normado por el art. 27 de la LGS. De *lege ferenda*, proponemos modificar el art. 1002 inc. d del CCCN, estableciendo una excepción para el ámbito de las sociedades.

Bibliografía

ALTERINI Jorge H. "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético", Tomo III, Ed. La Ley, año 2015, pág. 240.

HERRERA, Marisa, CAMELO Gustavo, PICASO Sebastián (Dir.). "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Ed. Infojus. Año 2015.

NISSEN, Ricardo Augusto "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Societario" Hamurabi, Ed. Depalma, año 2015, Nro. 34, pags. 166 y 170.

VITOLLO, Daniel Roque "Dos miradas sobre la capacidad de los cónyuges para constituir o integrar sociedades" El Derecho Comercial a 200 años de la declaración de la independencia", Ed. Lerner Creativos, págs. 274/84.

ZANNONI, Eduardo A. "Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario", Ed. Astrea, año 1980, pág. 26.

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA: NECESIDAD DE LEGISLACIÓN Y OPORTUNIDADES

Jesica Gabriela Beltrame

SUMARIO

El objeto de la presente ponencia es indagar sobre la necesidad o no de contar con una legislación nacional y/o provincial en materia de Responsabilidad Social Empresaria. En cualquier caso, se pregunta también si hay oportunidad desde la normativa de incentivar que las empresas, con especial foco en Pymes, implementen acciones innovadoras y comprometidas que permitan mejorar su competitividad a la vez que generen un verdadero aporte social en el medio en que se encuentran insertas. Para ello, se realiza un repaso de los proyectos normativos a nivel nacional y de la legislación provincial. Por último, se proponen algunas herramientas para su desarrollo.

1. Introducción

Como se dijo al inicio, la presente ponencia se propone indagar sobre la necesidad o no de contar con una legislación nacional y/o provincial en materia de Responsabilidad Social Empresaria. Se preguntará también si desde la normativa es posible incentivar que las empresas, con especial foco en Pymes, implementen acciones innovadoras y comprometidas que permitan mejorar su competitividad a la vez que generen un verdadero aporte social en el medio en que se encuentran insertas.

Ante la ausencia de una normativa nacional que brinde un concepto uniforme, conviene iniciar precisando la definición con mayor consenso internacional, dada por la norma ISO 26000 que nos dice que la Responsabilidad Social es aquella que tiene *“una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medioambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que: contribuya al desarrollo sostenible, incluyendo la salud y el bienestar de la sociedad; tome en consideración las expectativas de sus partes interesadas; cumpla con la legislación aplicable y sea coherente con la normativa internacional de comportamiento; y esté integrada en toda la organización y se lleve a la práctica en sus relaciones”* (International Organization for Standardization, 2010).

Como surge de la definición, este concepto que en un primer momento se aplica en el ámbito empresarial, rápidamente se amplía a las organizaciones en general.

Es de destacar que la norma aludida se erige como una orientación sobre responsabilidad social, y una guía para lograr un comportamiento socialmente responsable dentro de las organizaciones y su medio, y no ha sido concebida para su certificación.

Como falencias, se han remarcado la falta de divulgación sobre su sentido y alcance, la redacción demasiado larga, compleja y su contenido direccionado a las grandes empresas, que deja de lado a las PyMEs. Al momento de su aplicación, pocos son los países en los que se ha comenzado realmente su implementación, limitándose ésta a grandes empresas que ya tienen desarrollados programas de responsabilidad social, que han comenzado a evaluar

cómo integrar la Norma en las prácticas o en los sistemas de gestión ya existentes o la han utilizado como referencia en sus reportes de sostenibilidad (Puterman, 2013).

Considerando que la gran mayoría de las empresas argentinas son PyMEs, podemos concluir rápidamente que su adopción por parte de nuestro país no ha sido de gran utilidad y que debemos buscar otros instrumentos si queremos colaborar con el desarrollo de aquellas.

2. Ausencia de marco nacional y proyectos.

Si bien hubo algunos intentos legislativos, no existe a nivel nacional una regulación específica en materia de Responsabilidad Social.

La primera aproximación a la Responsabilidad Social la encontramos en la ley N° 25.250 de 2002 donde se instaura en el artículo 18 el denominado “Balance Social” para las empresas que ocupen a más de quinientos trabajadores. En 2004 la ley N° 25.877 extiende la obligación de presentar balances a aquellas empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores y establece varios de los puntos que deben tenerse en cuenta al momento de confeccionarlos.

El Balance Social es una obligación anual que debe recoger información relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa. Dicha obligación se encuentra restringida a la relación entre las empresas obligadas y el Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social, previendo incluso la confidencialidad de los datos.

En 2005 se presentó el primer proyecto de “Ley de Responsabilidad Social Empresaria” (S-3735/05), por parte de los senadores Leguizamón y Capitanich. Le siguió en 2015 un proyecto autoría de Daniel Pérsico (S-0544/15) y por último en 2017 Hugo Marcucci ingresa en la Cámara de Diputados un nuevo proyecto (9017-D-2016). En todos los casos los proyectos perdieron estado parlamentario.

3. Marco normativo subnacional.

A nivel subnacional encontramos una gran heterogeneidad, siendo aún muy pocas las provincias que cuentan con legislación vigente. Podemos mencionar solamente a Ciudad de Buenos Aires, Río Negro, La Rioja, Mendoza, Tucumán, Chubut y Salta.

La ley 2594 de C.A.B.A de promoción de comportamientos social y ambientalmente responsables y sustentables, si bien es innovadora (primera ley que contempla la Responsabilidad Social), limita su alcance a la confección del Balance de Responsabilidad Social y Ambiental (BRSA).

La ley 4531 de Río Negro crea el Programa de Responsabilidad Social y Ambiental Empresaria, donde describe el certificado anual de Responsabilidad Social y Ambiental (CRSA) que otorga, a fin de promover un comportamiento social y ambientalmente responsable por parte de las empresas. De su lectura pareciera entonces que todas las acciones de Responsabilidad Social se circunscriben a dicha certificación.

La Rioja crea, a partir de la Ley 9013 el Instituto Provincial de Responsabilidad Social para el Desarrollo Sustentable que trae como innovación la naturaleza de ente autárquico provincial. Sus objetivos son más ambiciosos que los de leyes análogas, ya que se propone lograr una cultura de Responsabilidad Social para el desarrollo sustentable de la Provincia a partir de la colaboración entre los gobiernos, empresas y organizaciones.

Mendoza, Tucumán y Misiones regulan el BRSA y prevén el otorgamiento de certificados a las empresas que lo presenten, pudiendo acceder así a diversos beneficios. En el caso de

Mendoza y Tucumán se crean además consejos provinciales especializados, con participación de diversos sectores.

En el caso de Chubut, está prevista la adhesión obligatoria al Programa de Responsabilidad Social para contratar con la Provincia. Si bien es una medida pensada para incentivar el compromiso de las empresas, la sanción por no adherir parece demasiado arbitraria y puede perjudicar sobre todo a las Pymes que tengan dificultades para llevar adelante las acciones establecidas.

Por último, Salta establece mediante decreto un “Marco Conceptual de la Responsabilidad Social y Balance Socio Ambiental” para promover el desarrollo de conductas socialmente responsables en las organizaciones. Los beneficios que otorga se enuncian de manera minuciosa, dado el grado de detalle que permite al ser un decreto. Como contrapartida, establecer un marco conceptual mediante un instrumento inferior a la ley, quita seguridad jurídica y somete la regulación a los vaivenes políticos.

En Santa Fe, si bien no contamos con una ley de regulación de la Responsabilidad Social, fueron varias las iniciativas que se han presentado tanto en la Cámara de Diputados y Diputadas (2010, 2013, 2015 y 2018) como en la Cámara de Senadores (2009, 2012, 2013, 2014 y 2017). Actualmente, no existen proyectos en la Provincia con estado parlamentario.

4. Lineamientos para un marco nacional y oportunidades para las provincias.

Como pudimos observar a lo largo de estas páginas, no existe en Argentina ni en muchas provincias del país normativa sobre Responsabilidad Social pese a los reiterados intentos de legislación.

Creo entonces que sería correcto establecer a partir de una ley nacional los lineamientos generales, una suerte de “presupuestos mínimos” en materia de responsabilidad social, brindando por ejemplo las definiciones de Responsabilidad Social, Balance Social, y otras. Establecer además los contenidos mínimos del Balance Social y un programa específico de apoyo a las Provincias, encargadas de la implementación y centralizar los datos en una base pública nacional.

No obstante las provincias pueden avanzar en un marco propio. Para ello, creo conveniente tener en cuenta algunos puntos relevantes:

4.1 Autoridad de aplicación:

Si bien debe tenerse en cuenta la arquitectura institucional de cada provincia, es conveniente designar como autoridad de aplicación al Ministerio o Secretaría que pueda realizar un abordaje de manera integral, con una visión global que pueda articular políticas pertenecientes a distintas esferas. No parece conveniente entonces circunscribirlo a desarrollo social, producción o ambiente.

4.2 Consejo Consultivo:

Se trata de un espacio de participación institucionalizado y de asesoramiento permanente al Ejecutivo. El Consejo debe estar presidido por la autoridad de aplicación y ser integrado por actores del sector público, empresario y de la sociedad civil. Cada uno de los sectores deberá tener igual cantidad de participantes a fin de garantizar una representación equitativa y que asegure el principio de paridad de género. Por otro lado, si bien no sería correcto que sus decisiones sean vinculantes por el riesgo de invadir las competencias del ejecutivo que eso conlleva, si puede establecerse que el Ejecutivo tenga la obligación de tener en cuenta di-

chas resoluciones previo a la toma de decisiones y con obligación de fundar debidamente las definiciones que impliquen un rechazo o apartamiento de las recomendaciones efectuadas.

4.3 Ámbito de aplicación:

Respecto del ámbito de aplicación, considero un buen criterio seguido por la legislación comparada, incluir a las organizaciones con domicilio legal en la Provincia y a aquellas que desarrollan su actividad principal en el territorio.

4.4 Sujetos comprendidos:

Es conveniente realizar una segmentación según el tamaño y composición de la organización y su facturación y, por otro lado, la actividad que realiza. Esto permitirá direccionar con mayor precisión los incentivos que oportunamente se establezcan.

4.5 Género:

La perspectiva de género es una excelente oportunidad para añadir valor a las empresas y a la sociedad logrando proyectos responsables ante las necesidades sociales y ambientales (Schiebinger et al, 2013). Es necesario un alto compromiso corporativo para lograr innovación de género y para incluir en el diseño de innovaciones a las mujeres usuarias, así como brindar nuevas soluciones a las necesidades de mujeres y niñas (Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra, 2020). No hacerlo puede llevar a las empresas a perder oportunidades de negocios.

Por este motivo creo que es necesario fomentar, a partir de los incentivos que establezca la normativa, la incorporación de más mujeres y diversidades en las empresas, el acceso de éstas a puestos jerárquicos y el achicamiento de la brecha salarial, como así también facilitar el acceso a tecnologías.

4.6 Balance Social:

En cuanto al balance social, resulta de importancia lograr, por un lado, una definición a nivel nacional que de uniformidad al término, ya que algunas provincias hablan de balance social otras de balance social y ambiental, y en otras ocasiones el instrumento no se menciona. Por otro lado, es importante establecer un contenido mínimo al que deban sujetarse las Provincias.

4.7 Sello provincial:

Crear el sello de empresa socialmente responsable, al que tendrán derecho a utilizar públicamente todas las organizaciones que hayan presentado y aprobado su Balance Social puede ser un incentivo adicional para la adopción de los programas.

4.8 Registro público:

La autoridad de aplicación deberá llevar un registro público de manera online donde se irán registrando todas las empresas socialmente responsables y las acciones de las organizaciones que trabajen con foco en los ODS. Este registro reviste especial importancia ya que permite la comunicación entre las empresas y las organizaciones de la sociedad civil de todo el territorio, favoreciendo la articulación para trabajar en proyectos colaborativos. El sector público puede funcionar de nexos, identificando demandas y posibles alianzas estratégicas.

4.9 Beneficios:

El abanico de beneficios debería incluir las contrataciones con el Estado provincial, la po-

sibilidad de acceder a créditos a tasa preferencial, aportes no reintegrables, apoyo técnico para acceder a instrumentos de financiamiento internacional y a programas de capacitación.

5. Conclusión:

Las empresas que deseen implementar acciones en materia de Responsabilidad Social Empresarial, pueden hacerlo sin contar con un marco normativo, siendo además conductas esperables por parte de éstas. Con lo cual, al interrogante sobre si hay o no necesidad de contar con una legislación nacional y/o provincial en materia de Responsabilidad Social Empresarial, podemos dar una respuesta negativa.

No obstante como pudimos ver, existen numerosas acciones que pueden incentivar desde la legislación nacional la implementación de programas de responsabilidad, que van desde lograr mayor uniformidad conceptual y sistematización de datos hasta pautas para la realización del Balance Social y programas específicos de apoyo según las necesidades de cada región. Podría ser de utilidad una ley nacional que opere como una suerte de “presupuestos mínimos” y que se complemente con leyes provinciales que la tomen como piso y la adapten a sus particularidades.

A nivel subnacional, la creación de consejos consultivos puede generar un espacio de participación institucionalizado y de asesoramiento permanente al Ejecutivo que incluya a todos los actores para lograrlo. La potencialidad de una legislación en materia de Responsabilidad Social tiene que ver también con generar las condiciones para articular con organismos nacionales e internacionales para que las organizaciones certificadas puedan tener acceso, por ejemplo, a potenciales inversores interesados en fomentar los objetivos del desarrollo sostenible.

Si bien no es necesario contar con legislación en materia de Responsabilidad Social, constituye una importante oportunidad para brindar herramientas que posibiliten agregar valor y competitividad a las empresas (focalizando en PyMEs), lograr mayor integración y participación social y contribuir al achicamiento de la brecha de género.

6. Bibliografía:

International Organization for Standardization. (2010). International Organization for Standardization. ISO 26000:2010(Es) Guía de Responsabilidad Social. <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>.

Pacto Mundial de Naciones Unidas. (2018, 8 marzo). Pacto Mundial – Responsabilidad Social Empresarial – RSE – Objetivos de Desarrollo Sostenible - ODS – Derechos Humanos y Empresa. PACTO MUNDIAL ESPAÑA | Responsabilidad Social Empresarial. <https://www.pactomundial.org>.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>.

Puterman, P. (2013, 23 diciembre). ISO 26000 la norma que la RSE no ha sabido leer. Diario Responsable. Disponible en: <https://diarioresponsable.com/opinion/16994-iso-26000-la-norma-que-la-rse-no-ha-sabido-leer>

Schiebinger, L., Klinge, I., Sánchez de Madariaga, and Schraudner, M. (Eds.)(2013). Gendered Innovations in Science, Health & Medicine, Engineering and Environment. Gendered Innovations. Disponible en: <http://genderedinnovationsesp.gendersteunescochair.com>.

Departamento de Derechos Sociales del Gobierno de Navarra. (2020). Guía de innovación social en el ámbito de los servicios sociales. Gobierno de Navarra. <https://www.navarra.es/documents/48192/o/Gu%C3%ADa+de+Innovaci%C3%B3n+Social+en+el+%>

C3%81mbito+de+los+Derechos+ Sociales+%281%29.pdf/f6co2d6c-6e88-26o2-7d6a-1be1a4o93994?t=16o3455292563
Spina, María Laura ét al. (2o17). Aportes para la construcción de responsabilidad social (1a ed.). Santa Fe. Ediciones UNL.

LA PROMOCIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO: UN DEBER QUE NOS INTERPELA

Gabriela Fernanda Boquin y Virna Bergoglio

SUMARIO

Las autoras resaltan el deber positivo del Estado de brindar a las cooperativas de trabajo un marco jurídico favorable y efectivo y que dicho deber alcanza también a los particulares.

PONENCIA

Han transcurrido 20 años desde que la Conferencia General de la OIT adoptara la Recomendación sobre la promoción de las cooperativas (R 193), base del derecho internacional cooperativo¹. De acuerdo a la misma los gobiernos deberían establecer una política y un marco jurídico favorable a las cooperativas, compatibles con su naturaleza y función. Por ello la normativa local debe adecuarse al marco legal por ella dispuesto.

Desde el año 2011 la ley que rige los procesos concursales reconoció a las cooperativas de trabajo conformadas por los trabajadores de la empresa declarada en quiebra como opción para la preservación de sus empleos.

La ley 24.522 modificada por la ley 26.684 introdujo un nuevo principio “la salvaguarda de la fuente de trabajo”, considerándolo en forma expresa en los arts. 189 y 191 e implícitamente en todo el texto de la reforma.

De este modo se estableció que la conservación de la fuente de trabajo en sí misma, es una de las causas, la más preponderante, en las que puede fundarse la continuación de la empresa.

La reforma brindó –en línea con la Recomendación 193 de la organización Internacional del Trabajo - especiales condiciones para la cooperativa integrada por los trabajadores de la fallida.

“Para que surja y/o prospere un movimiento cooperativo eficaz y eficiente, debe aplicarse la ley. Para que la ley sea aplicada, debe ser comprendida”².

Han transcurrido más de diez años desde la reforma a la ley falencial y veinte de la recomendación 193 OIT y la práctica cotidiana demostró que ante esa excepcional situación muchas cooperativas han podido responder a su finalidad, enfrentando más obstáculos que percibiendo beneficios.

Voces que se alzan en contra de las cooperativas como detractores, enfatizan los casos de fracaso o de abuso del instituto o consideran que la actividad desarrollada a través de las mismas termina siendo informal, precarizando la relación laboral que lleva a la marginalidad a los trabajadores.

Como siempre toda generalización lleva a conclusiones erróneas pues, el uso en fraude a la ley de cualquier instituto no es justificativo para denostarlo ni menospreciar su finalidad ni para desconocer derechos, menos aun cuando se trata de paliar las consecuencias del cierre

¹ La Recomendación 193 OIT reemplazó y amplió la Recomendación 127 de 1966, referida sólo a los países en desarrollo.

² Orientaciones para la legislación cooperativa, Hagen Henry, OIT, segunda edición en español correspondiente a la tercera edición en inglés, pág. 116.

de una empresa para sus trabajadores, que en muchos casos han demostrado que pueden autogestionarse.

Por el contrario, corresponde la “adopción de medidas positivas para superar el prejuicio y la mala información cuando el término cooperativa esté asociado con un uso anterior impropio”³. Así se ha recomendado a los gobiernos velar para que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo y luchar contra las pseudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores⁴.

Se debe reconocer que muchas de las cooperativas que han comenzado a funcionar en los diez últimos años han fracasado en su intento de salvaguardar la fuente de trabajo (aclarando que no son todas ni siquiera la mayoría), pero la causa de esa frustrante experiencia se debe a diferentes razones como la omisión legislativa, la ausencia de apoyo del Estado, la criminalización de los trabajadores a través del instituto penal de la usurpación, la incompreensión de esta realidad de la economía social por parte de los operadores del derecho, la duración prolongadísima de los procesos, todo ello sumado en casi todos los casos al desconocimiento de los integrantes de las propias cooperativas acerca de sus derechos y de cómo efectivizarlos. En este sentido, volviendo nuevamente sobre el trabajo del Dr. Richard, coincidimos en que, si bien el Estado prohíbe a los individuos asumir su autodefensa no puede desentenderse de las consecuencias de las demoras de un proceso judicial, de la ausencia de normas adecuadas, debiendo prevenir y corregir situaciones de agresión jurídica a su derecho a la dignidad. En todos los casos ante una malograda gestión, es evidente que no se ha logrado el objetivo por falta de educación cooperativa y por la ausencia de apoyo real y concreto del Poder Público.

Por supuesto que las cooperativas de trabajo creadas en el marco de un proceso de quiebra no sirven a los fines de resolver el problema general del desempleo en ningún país. “Las empresas cooperativas ayudan a construir un mundo mejor, pero las cooperativas no pueden, ni deben, salvar el mundo”⁵.

Son útiles para resguardar uno de los derechos más esenciales que hace a la dignidad humana, como es el derecho a trabajar.

“Una sociedad equilibrada precisa la existencia de sectores públicos y privados fuertes y de un fuerte sector cooperativo, mutualista y otras organizaciones sociales y no gubernamentales”⁶.

“Las leyes nacionales son un medio necesario para la implementación del derecho internacional público cooperativo, cuyo núcleo es la Recomendación núm. 193 de la OIT”. “Las cooperativas son diferentes de las empresas de capital y, por lo tanto, requieren de leyes que reconozcan sus particularidades”⁷.

Lamentablemente la ley de cooperativas sancionada en el año 1973 no las regula adecuadamente y los fallos judiciales contradictorios demuestran que existe un vacío legal que debe ser cubierto por normas específicas.

Sin perjuicio de ello, como ya mencionaba en el año 1971 el profesor cordobés Efraín Hugo

³ Proyecto de directrices encaminadas a crear un entorno propicio para el desarrollo de las cooperativas, Orientaciones para la legislación cooperativa, Hagen Henry, OIT, segunda edición en español correspondiente a la tercera edición en inglés, Anexo II.

⁴ R 193 OIT punto III. Cabe destacar que fue Argentina quien presentó una subenmienda vinculada al fraude laboral conforme dio cuenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 24/11/2009 en autos “Recurso de Hecho Lago Castro, Andrés Manuel c/ Cooperativa Nueva Salvia Limitada y otros”, Fallos: 332:2614.

⁵ Orientaciones cit, Introducción.

⁶ Orientaciones cit., pág 130.

⁷ Orientaciones cit, pág 47 y prefacio.

Richard⁸, las cooperativas conformadas en procesos de quiebras por los trabajadores desempleados deberían encontrar en la justicia una solución inmediata ante la posible vulneración de sus derechos.

Lo cierto es que se debe valorar que las cooperativas de trabajo que continúan con la explotación en las quiebras han demostrado ser un instrumento útil para preservar las fuentes de trabajo ante la pérdida que le es impuesta. A través de las mismas muchos puestos de trabajo se mantienen en pie a pesar de la quiebra y los trabajadores de las empresas en bancarota no ven agredida su dignidad personal al poder autogestionarse.

Las cooperativas han alcanzado logros, operando en todos los sectores de la economía, adaptándose a las necesidades que van surgiendo y acreditado “documentada resiliencia en momentos de crisis”⁹.

“Las cooperativas han surgido en época de crisis y han demostrado capacidad para resolver problemas que no pueden superar las empresas capitalistas ni las empresas del Estado; las primeras por responder a una lógica de maximización del lucro susceptible de conducir a excesos que provocan consecuencias negativas para la economía en su conjunto y las segundas por su naturaleza burocrática ligada a los gobiernos que las lleva a priorizar objetivos políticos ajenos a la sana administración y al propio interés de la ciudadanía. Por ello se ha considerado a las cooperativas como formas empresariales intermedias capaces de equilibrar los comunes excesos de ambas”¹⁰.

“Durante décadas muchos ...fueron reacios a reconocer a las cooperativas como un modelo empresarial viable, digno de ser promovido en pie de igualdad con lo que sigue siendo presentado como el modelo más eficiente de empresa: las sociedades anónimas. De hecho, la estabilidad relativa de las cooperativas durante la denominada crisis actual ha inspirado publicaciones que demuestran que las empresas cooperativas no son menos eficientes y que la noción de eficiencia necesita ser reconsiderada”¹¹.

“Es conveniente y útil que los Estados reconozcan públicamente la contribución especial, cuantitativa y cualitativa, que el movimiento cooperativista hace a la economía y la sociedad nacionales”¹².

Sin embargo, el Estado aún no cumple adecuadamente con su rol de promotor de este sector de la economía social y si bien nuestra legislación reconoce la discriminación positiva (art. 75 inc. 23 C.N.) en favor de los trabajadores nucleados en cooperativa de trabajo, frecuentemente la misma se ve frustrada al no darse debido cumplimiento con las obligaciones a su cargo y en cabeza de sus diversos poderes.

La ley falencial establece, por ejemplo, en casos de continuidad de la explotación en manos de los trabajadores organizados en cooperativas, el deber del Estado de brindarle asistencia técnica necesaria para seguir adelante con el giro de los negocios o en casos de salvataje obliga a la AFIP y al Banco de la Nación Argentina a otorgar conformidades y facilidades de refinanciación de deudas en las condiciones más favorables vigentes en sus respectivas carteras debiendo además la autoridad de aplicación (INAES) otorgar prioridad al trámite de

⁸ Richard Efraín Hugo, “La tutela del derecho a la relación laboral de los socios de las cooperativas de trabajo”, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Depalma, 1971, año 4, nos. 19 a 24.

⁹ Orientaciones cit. Prefacio.

¹⁰ Cracogna Dante, Las cooperativas y su dimensión social, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/las-cooperativas-y-su-dimension-social.pdf>

¹¹ Orientaciones cit. Introducción.

¹² Proyecto de directrices cit.

la inscripción registral de la constitución del ente dentro de los diez días hábiles. Lamentablemente pocas veces se corrobora la materialización en los procesos de estas obligaciones. La Recomendación 193 OIT reconoce la importancia de las cooperativas para la creación de empleos, la movilización de recursos y la generación de inversiones, como su contribución a la economía y establece una base para las políticas nacionales sobre cooperativas. Así dispone que los gobiernos deberían establecer una política y un marco jurídico favorable, compatible con su naturaleza y función, alentando su desarrollo y promoviendo el importante papel que desempeñan en la transformación de lo que a menudo son actividades marginales de supervivencia (a veces designadas como economía informal) en un trabajo amparado por la legislación e integrado en la vida económica.

Toda esta normativa promueve una política y un marco jurídico propicio que, convertiríamos en abstracción legal si, por vía de acción u omisión, se condiciona el ejercicio de los derechos de los trabajadores impidiendo su efectividad.

Para ello correspondería que el Estado facilitara el acceso de las cooperativas a servicios de apoyo con el fin de fortalecerlas, mejorar su viabilidad empresarial y su capacidad de crear empleo y las beneficiara con condiciones conformes con la legislación y la práctica nacionales, que no sean menos favorables que las que se concedan a otras formas de empresas¹³. Aclaramos que cuando nos referimos al Estado lo hacemos en sus tres dimensiones: nacional, provincial y municipal, y en cuanto a sus tres poderes: Judicial, Legislativo y Ejecutivo, sin olvidar la acción del extrapoder el Ministerio Público Fiscal. El Estado tiene la obligación de velar por el efectivo ejercicio de los beneficios que la ley otorga a las cooperativas y cumplir con su deber de asistencia a las mismas.

“Es necesario establecer disposiciones convenientes en la práctica jurídica, judicial y administrativa para que las cooperativas contribuyan positivamente a la mejora de la vida de sus socios y de las comunidades en que funcionan”¹⁴.

La recientemente creada Dirección Nacional de Programas de Inclusión Económica, perteneciente al Ministerio de Desarrollo Social, Poder Ejecutivo Nacional, también puede colaborar desde su función para que las cooperativas cuenten con el asesoramiento y soporte necesario para su constitución y funcionamiento. En ese sentido la ayuda externa de profesionales que acompañen a las cooperativas en los diferentes trámites, inscripciones, presentaciones ante diferentes organismos es importante para que los trabajadores puedan gestionar la empresa adecuándose a las exigencias legales correspondientes.

“En vista de que los Estados regulan y en general influyen en la difusión de información, varias medidas pueden ser útiles para ampliar el conocimiento del movimiento cooperativista y superar prejuicios y concepciones equivocadas”.¹⁵ A este fin concurren el recientemente creado RENACER (Registro Nacional de Empresas Recuperadas), cuya autoridad de aplicación es la aludida dirección nacional y el INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social), a través de la difusión pública de material y actividades vinculadas a las cooperativas. “Los Estados también pueden considerar la posibilidad de incluir en los planes de estudios de todos los niveles de la enseñanza el estudio de los valores, principios e historia del movimiento cooperativista y su contribución actual y posible a la sociedad nacional”¹⁶

¹³ Cfr. R OIT 193 punto II. 6.

¹⁴ Proyecto de directrices cit.

¹⁵ Proyecto de directrices cit

¹⁶ Proyecto de directrices cit

Otra vía para su promoción debe venir desde el área tributaria otorgándoseles facilidades o exenciones impositivas especialmente en los comienzos de su actuación.

Desde el poder legislativo resulta necesario la sanción de una ley específica que regule a las empresas recuperadas y las cooperativas de trabajo y procurar la agilización de los procesos expropiatorios los que frecuentemente son declarados abandonados o deben sostenerse mediante diversos y sucesivos proyectos de leyes expropiatorias con poco éxito ante la peyoratoriedad de los plazos de los procesos y la dilación o inacción del Estado en concretarlos. Entretanto resulta indispensable que, por su parte, el Poder Judicial no condicione el ejercicio de los derechos de los cooperativistas con exigencias no previstas legalmente y que los jueces y juezas eviten cualquier dilación en los procesos y demoras en la adopción de decisiones considerando que se encuentra en juego el derecho alimentario de los interesados ya que a ellos no se les confía tan solo la interpretación y aplicación de la ley sino que les es exigido un plus, cual es la resolución del conflicto social¹⁷ de manera oportuna y eficaz. Debe considerarse al momento de resolver los conflictos que la Recomendación 193 OIT constituye derecho cooperativo internacional público vinculante¹⁸.

Aún de considerarse que la citada normativa internacional, en especial la Recomendación OIT 193, no es vinculante ni operativa en nuestro ordenamiento jurídico si no es incorporada por un acto posterior que expresamente lo establezca – posición que no compartimos-, no puede desconocerse su valor jurídico, debiendo orientar la actuación administrativa, legislativa y judicial. Lo contrario conllevaría una actuación del Estado contraria a sus propios actos, ya que participó activamente en el proceso de aprobación de la R 193 OIT y su Máximo Tribunal la ha considerado en sus decisiones judiciales haciendo especial referencia a su intervención¹⁹.

En cuanto al Ministerio Público Fiscal, siendo que su función es velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia, debería tener un rol activo en la materia y en los procesos en los cuales las cooperativas de trabajo se encuentren involucradas.

El fomento de las actividades cooperativas también podría ser realizado desde el Estado mediante una normativa que regulara un cupo o una preferencia para la contratación estatal de empresas recuperadas. Es que, “los Estados deben crear un entorno habilitador para el desarrollo de las cooperativas, y mantenerlo si cambian las condiciones. Como parte de tal entorno, se podría tratar de establecer una asociación efectiva entre el Estado y el movimiento cooperativista”²⁰.

“Todos los departamentos y órganos gubernamentales que tengan contacto con el movimiento cooperativista deben conocer la política nacional de cooperativas y actuar de acuerdo con ella”²¹.

Por otra parte, conforme sostuvo nuestro Máximo Tribunal “la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes) y que los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”²².

¹⁷ Cfr. CNCom, Sala F, sentencia del 4/2/2020 en autos Wunder Pharm SRL s/ quiebra, expte nro. 3739/2017

¹⁸ Cfr. Orientaciones cit.

¹⁹ Cfr. Orientaciones cit.

²⁰ Proyecto de directrices cit

²¹ Proyecto de directrices cit pág. 53

²² CSJN, sentencia de fecha 20/5/2014 en autos “Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/ amparo” (Fallos:337:611)

En definitiva, la promoción de las cooperativas de trabajo es un deber de todos y todas pues solo existirá una sociedad más democrática en tanto y en cuanto reine la justicia y la paz social lo cual debería ser una aspiración ciudadana a resguardar.

LA SOCIEDAD DE FAMILIA NECESITA UNA LEGISLACIÓN ESPECIAL: LA MEDIANA Y LA GRAN EMPRESA

Marcelo A. Camerini y Lidia Vaiser

SUMARIO

La importancia que representa la empresa familiar, tanto en el ámbito interno de nuestro país como en el entorno internacional, se traduce no solo en su enorme contribución a la productividad y consiguiente generación de empleo (de especial trascendencia en el contexto actual de crisis económica), sino también en la singularidad que se deriva de combinar adecuadamente el principio empresarial de eficiencia con el principio familiar de afectividad (con las ventajas y dificultades que ello comporta), justifican que propongamos una regulación jurídica específica.

Ello sin descartar que los cambios deban debatirse junto con el régimen especial societario que proponemos y la necesidad de modificar determinados institutos jurídico-civiles (como la legítima, la fiducia o los pactos sucesorios).

I.- Introducción:

Resulta ocioso a estas alturas desconocer la importancia económica de las sociedades de familia, en nuestro país¹ y en el mundo. Las estadísticas indican la magnitud del fenómeno global: el 40% de las mayores 500 empresas a nivel mundial son sociedades de familia. Y en nuestro país se calcula que alcanzan el 80% del total, superando un millón.²

Los escasísimos intentos legislativos para regularlas partieron de una base errónea, por caracterizar a la sociedad de familia como las sociedades cerradas o de escaso patrimonio³. De modo que el desarrollo de la presente estará enfocado en la grande y mediana empresa, máxime cuanto ésta presenta el carácter de empresa transnacional. Es necesario destacar que la empresa familiar, puede ser sociedad cerrada o abierta, ya que esto no cambia su conceptualización.

Frente a este tipo especial de sociedad, ser advierte la necesidad de una regulación legal especial, toda vez que se aprecia en la vida diaria las abultadas situaciones de conflictos intra y extra societarios, donde la aplicación con fórceps de la preceptuaciones de la Ley N° 19.550 y sus mod., ("LGS"), que fuera pensada como sistema general, no aprehende a este subsistema complejo como es la empresa de familia.

De otro lado, los principios internacionales en materia de transparencia también inclinan a pensar estrategias que desde el plano legislativo organice el disperso y caótico estado de cosas que ofrece la realidad actual.

¹ Según datos del sistema de información de la SEPyME, en Argentina hay unas 541.000 MiPyMEs activas, de las cuales al menos un 80% se constituyen bajo la lógica de empresa familiar de acuerdo a las estimaciones de IADEF.

² Fuentes: Gallo, M. "Empresa Familiar"; Gesik; K y otros; "Empresas Familiares"; Garrido, V. "La empresa familiar ante el Derecho"; Monreal Martínez; y otros : "La empresa Familiar"; Serna Gomez, H: "La empresa familiar" cit. Favier Dubois, Eduardo en VI Congreso Iberoamericano de la empresa; 2007

³ Proyecto AVALOS, Cámara de Diputados, 30-6-2003; Sec.D, N°. 3000.

No será tampoco irrelevante para la transparencia de los negocios, los vínculos personales que, desde múltiples instancias, **condicionan la actividad social**, tanto para el conocimiento de los sujetos de derecho que operan con ellas, como para los organismos estatales que controlan o regulan su actividad.

Por esa razón el protocolo de familia, instrumento cada vez más corriente en la organización empresarial, **debe ser exteriorizado** si nos inclinamos hacia los mencionados e insoslayables parámetros de transparencia.

II.- ¿Que es una sociedad familiar?:

No es fácil dar una **definición conceptual de sociedad familiar**. Nótese que las regulaciones legislativas en los países donde estas existen, refieren únicamente a la existencia de vínculos de parentesco en la integración de la empresa, o de colaboración en la misma, sin especificar qué intervención cabe atribuir a los integrantes de la familia.

La única excepción que puede verse es en el régimen peruano, donde se hace expresa referencia a la propiedad, o en cierto proyecto argentino, más exigente en punto a las tenencias de las cuotas sociales (80 % contra 50% en Perú)⁴

Esos supuestos consagran como factor tipificante la propiedad, traducida normalmente en las tenencias de las cuotas de capital; pero no avanzan sobre las demás modalidades del control o el poder de decisión en las cuestiones sustanciales y estratégicas. Tampoco así, a la vocación de perdurabilidad asociada a la vida misma de los integrantes.

Debe advertirse que nos estamos refiriendo a una empresa organizada bajo forma societaria, que es la única manera de organización posible en el Derecho, sin perjuicio de las demás variantes contenidas en la LGS en cuanto a negocios accesorios, que se regirán en cualquier caso por sus dispositivos. Del otro lado del espejo, hay una sociedad que refleja la existencia de uno o varios negocios o procesos productivos, engarzados o no, que responden a una misma formalización jurídica.

Sin embargo la doctrina ha sido siempre generosa en la caracterización de una sociedad familiar, haciendo foco -en términos generales- sobre la propiedad, la gestión, los lazos familiares y la vocación de permanencia. Desde nuestro punto de vista el factor preponderante será la propiedad del capital accionario, puesto que esta es la medida del control más allá de sus reconocidas variantes

En el modelo italiano el artículo 230 bis del Código Civil (T.O. 1975) incorporado se establece un régimen basado en la familia parental, (cónyuge y parientes dentro del 3er. grado y afines hasta el 2do. grado.- Se trata de un régimen de trabajo colaborativo y de gestión y prestación de la actividad laboral de forma continuada. Este sistema tutela el trabajo familiar pero tiene una condición negativa: los integrantes no pueden tener entre ellos otro negocio jurídico como una relación de subordinación o la societaria. Este sistema construye el concepto de empresa familiar a partir de un empresario alrededor del cual gira la actividad de la empresa desarrollada en prevalencia con sus familiares. Se presenta como una empresa individual con un amplio poder de administración (padre), mientras otros familiares prestan su trabajo de forma continuada, y no hay entre ellos otro negocio distinto. De su lado y en España se estableció en Ley 7/2003 la "*Sociedad limitada de la Nueva Empresa de España*". La ley tiene por finalidad la mejora y simplificación de las condiciones

⁴ Proyecto Ávalos, Cámara de Diputados, 30-6-2003; Sec.D, N° 3000.

necesarias para la creación de empresas; es una versión simplificada de la SRL. Se basa en tres elementos: 1).- La simplificación del régimen jurídico; 2).- La creación de un Centro de Información y una Red de Creación de Empresas; que funciona como asesoramiento e inicio de tramitación para emprendedores; y 3).- un sistema simplificado de contabilidad y ventajas tributarias. Dable resulta señalar también que, en paralelo, la ley incorpora la posibilidad de registrar el protocolo de familia.

Por otra parte dable resulta destacar que la sociedad familiar produce de manera permanente interferencia e implicancias de distintas ramas del Derecho; así y por ejemplo: la Sucesión, el Derecho del Trabajo, el Derecho Fiscal y demás regulaciones estatales o para estatales.

Por tomar sino uno de los ejemplos que trajinan por los Tribunales con competencia comercial, la cuestión sucesoria resulta a menudo un núcleo conflictivo y recurrente de singular importancia.

En definitiva, es posible conceptualizar a la empresa familiar como aquella que tiene una alta vinculación accionaria y directiva por parte de una familia”, bajo las siguientes características: (i).- es ante todo una empresa; (ii).- la mayoría o todo el control de la propiedad y dirección de la empresa está en manos de una familia, que pueden ser accionistas; (iii).- el fundador busca que sus hijos preserven y continúen el negocio; (iv).- promueve las relaciones personales, eleva el nivel profesional de sus empleados que son familiares, y (v).- percibida como un legado para las siguientes generaciones de familiares respecto a las existentes en otras sociedades⁵.

III.- Hacia una legislación específica:

La importancia que representa la empresa familiar, tanto en el ámbito interno de nuestro país como en el entorno internacional, y que se traduce no solo en su importante contribución a la productividad y consiguiente generación de empleo (de especial trascendencia en el contexto actual de crisis económica), sino también en la singularidad que se deriva de combinar adecuadamente el principio empresarial de eficiencia con el principio familiar de afectividad (con las ventajas y dificultades que ello comporta), justifican que propongamos una regulación jurídica específica.

Si bien es cierto que las empresas más longevas y duraderas en el tiempo son empresas familiares, no lo es menos que la transmisión de estas empresas a la segunda y, sobre todo, a la tercera generación es muy reducida.

Por ello, con el fin de evitar estas perjudiciales consecuencias y de conservar el “patrimonio” de la familia empresaria, constituido tanto por sus bienes, como por la tradición y los valores familiares, el Derecho debe poner a disposición del empresario, de la familia y de los operadores jurídicos todos los resortes posibles para proveer a su subsistencia y continuidad más allá de la contingencia de la muerte del fundador o del empresario sucesor.

A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta que en los últimos años hemos asistido a profundos cambios sociales, entre los que cabe destacar (en lo que aquí nos interesa) el acusado descenso de la natalidad (en todo el mundo), la mayor independencia de los hijos respecto de sus padres con carácter general (fruto de una cultura marcadamente individualista) y la diferente concepción de la familia, cuyo modelo tradicional de “familia troncal” ha sido sustituido por un modelo moderno de “familia nuclear”, todo lo cual dificulta seria-

⁵ Iván Lansber, “Los sucesores en la Empresa Familiar”, Ediciones Granica S.A., Barcelona (España), año 2000, pág. 105.

mente la conservación de la empresa dentro de la familia.

También debemos recordar que la doctrina, se ha focalizado sobre las cuestiones economistas de la empresa familiar y no tanto sobre el análisis de darle un régimen legal societario especial. A ello debemos sumarle, que la LGS si bien a tenido diversas reformas, es una ley que data del año 1972, y su reforma más profunda del año 1984. Desde ese entonces, el mundo ha dado cambios copernicanos, de modo que continúan existiendo serios obstáculos para planificar de forma adecuada el funcionamiento y sucesión de la empresa familiar, razón por la que entendemos necesario replantear este tema y proponer se legisle un régimen especial societario para la empresa familiar.

Con esta finalidad, formularemos una propuestas de *lege ferenda* encaminada a actualizar nuestro ordenamiento jurídico societario, en consonancia con las nuevas demandas de la sociedad en la que vivimos y que permitan, a su vez, afrontar los problemas del funcionamiento y sucesión en la empresa familiar.

Ello sin descartar que los cambios deban debatirse junto con el régimen especial societario que proponemos, y la necesidad de modificar determinados institutos jurídico-civiles (como la legítima, la fiducia o los pactos sucesorios).

Sentado lo anterior creemos que la empresa familiar necesita una legislación específica, que regule de forma integral la compleja realidad de la empresa familiar, con base en los siguientes argumentos:

- 1.- contribuiría de forma notable a la sistematización, armonización y clarificación de la normativa societaria, generando mayor seguridad jurídica, tanto para el operador del Derecho como para los propios empresarios familiares.
- 2.- los valores familiares constituyen el verdadero “valor añadido” de la empresa familiar.
- 3.- la existencia de protocolo de familia debería ser obligatorio y publico.
- 4.- sería conveniente implementar un régimen fiscal simplificado y con beneficios impositivos para empresas familiares.
- 5.- se debería reformular el art. 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación.

FINTECH Y REGULACIÓN

Marcelo A. Camerini

SUMARIO

La llegada al mercado argentino de las *fintech*, hace necesario comenzar a debatir sobre el tiempo de empresa que es, su funcionamiento y su regulación. Determinando previamente si la misma es una empresa que capta o no ahorro público y de allí su derivación a si debe ser o no regulada por el Banco Central de la República Argentina.

Introducción:

En el mes de octubre pasado el Banco Central de la República Argentina (“BCRA”), dictó la Comunicación “A” 7146, por la cual se modificó la regulación aplicable a los proveedores no financieros de crédito (“PFC”), que son empresas que no están inscriptas como bancos o entidades financieras, en los términos de la Ley N° 21.526 (“LEF”).

Sobre el particular, el BCRA se encuentra en la posición de no regular de modo integral, los servicios que brindan las *fintech*, bajo el argumento que tales compañías no deben estar reguladas por la autoridad monetaria, debido a que no captan depósitos del público, por lo que no hay ahorristas que proteger.

Pero los bancos no comparten esta visión, bajo el argumento que las *fintech*, se ven favorecidas sin regulación, lo que les permite llevar adelante la prestación de servicios financieros, desarrollando una competencia desleal. Señalan que ofrecen los mismos servicios, pero sin necesidad de afrontar los costos relacionados con la regulación del sector (encajes, límites a las asistencias crediticias y otras limitaciones, financiamiento a SEDESA, información sobre los clientes, etc.).

La polémica se asienta en la noción conceptual de “intermediación financiera” a que se refiere el art. 1 de la ley 21.526.

La actividad financiera reglada, es concebida como la realización masiva de actos de adquisición y correlativa transferencia de derechos; recepción de depósitos de dinero con cargo de devolución y realización de préstamos con cargo de ser recuperados.

En definitiva, no caben dudas de que el concepto de “*intermediación financiera*” está tomado en un sentido jurídico económico, que excluye la actividad típicamente mediadora, consistente en el acercamiento de las partes para la conclusión de un negocio sin verificarse la incorporación de recurso alguno al patrimonio de la entidad, a fin de resaltar la actividad que incorpora recursos a ese patrimonio, para su ulterior colocación y transferencia a terceros.

Por ello, ésta “*intermediación*”, deberá ser entre la oferta y la demanda de recursos financieros del público; es decir, que deben darse los dos aspectos de la actividad regulada: *oferta* y *demanda*, que no son conceptos utilizados con el contenido técnico legal del derogado Código Civil sino –insisto- con un criterio económico, que es la terminología prevaleciente en las leyes reguladoras del funcionamiento del sistema financiero.

Más aún, las entidades financieras autorizadas a captar depósitos, asumen la responsabilidad de restituir los mismos ante el requerimiento del cliente, siendo impensable que pueda invocarse la demora o falta de pago del préstamo otorgado utilizando los recursos captados, para evadir esa responsabilidad. Ello sería factible, desde la óptica de la intermediación tradicional, donde el intermediario –sea civil o comercial- simplemente se limita a

contactar a las partes, las que luego cerrarán el negocio de que se trate. Si alguna de ellas, luego no cumple, el intermediario no tiene por qué responder.

Por el contrario, el intermediario financiero asume esa responsabilidad, porque capta los recursos en nombre propio, para sí y por su cuenta y riesgo, por lo que el contrato de depósito de dinero es autónomo e independiente del ulterior contrato de préstamo de esos recursos. Jurídicamente, existen dos operaciones distintas, que de ninguna manera pueden concebirse calzadas entre sí.

Las entidades financieras autorizadas por el Estado para actuar como intermediarios financieros, tipifican su actividad –de por sí profesional- encauzando *“...dos corrientes de crédito que son inseparables en el ejercicio y funcionamiento de la empresa bancaria y que reaccionan la una sobre la otra: los créditos que el banquero concede a sus clientes repercuten sobre los depósitos, puesto que los clientes suelen disponer parcialmente de los créditos concedidos por el banco y, viceversa, el incremento del volumen de depósitos permiten al banco ampliar sus operaciones de concesión de créditos a sus clientes. La conexión teleológica de ambas corrientes de crédito, tiene sin duda una clara trascendencia jurídica.”*¹

El nuevo Código Civil y Comercial de la nación (CCCN), ayuda a fortalecer el concepto comentado de intermediación financiera, al prescribir que en el contrato de depósito de dinero, el depositante transfiere la propiedad del mismo al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en el plazo correspondiente y en la moneda de la misma especie. El nuevo Código define la naturaleza jurídica del depósito de dinero, abandonando el concepto del derogado Código Civil, que lo asimilaba al depósito irregular, para inclinarse por la figura del préstamo o mutuo de dinero.

De este modo, la intermediación financiera a que se refiere la ley 21.526, claramente indica que las entidades financieras autorizadas para desplegar tal actividad, reciben dinero de los ahorristas en propiedad, por lo que también prestan dinero de su propiedad. Por consiguiente, los bancos comprometen diariamente su patrimonio, porque captan depósitos de terceros con cargo de restitución en tiempo y forma, para colocar esos dineros a otros terceros, con cargo de recuperarlos también en tiempo y forma. La conectividad de ambas corrientes, condicionan la liquidez y solvencia de los bancos y entidades financieras sujetas a la ley 21.526.

Esta concepción de intermediación financiera, es invocada por las *fintech* para sostener que la actividad no está alcanzada por la ley de la materia, poniendo énfasis en que no toman fondos directamente del público. Al respecto señalan que las *fintech* que se especializan en dar créditos, utilizan fondos propios o recurren al mercado financiero, descontando carteras o al mercado de capitales cediendo carteras fiduciariamente a fideicomisos financieros.

Rol de las “fintech”.

Sentado lo anterior, debemos dar una definición del término “fintech” comenzaremos por su etimología². “fintech” viene de unir finance + technology (finanzas + tecnología), por lo cual podemos decir que son aquellas empresas con una fuerte base tecnológica la cual utilizan para optimizar, agilizar y abaratar procesos financieros.

Sin embargo, la definición que hemos dados es demasiado amplia y dentro de las fintech encontramos diferentes modelos de negocio:

¹ GARRIGUES, Joaquín “Contratos bancarios”, p. 31, Madrid – Año 1975.

² Según la Asociación Española de Fintech e Insurtech (AEFI) bajo este concepto se encuadran todo tipo de actividades que conlleven el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos a la hora de diseñar, ofrecer y prestar servicios y productos financieros innovadores

- (i).- Préstamos y créditos: es la financiación vía préstamos a empresas o particulares. En este caso, aparecen las empresas denominadas de crowdfunding (micromezenazgo o financiación colaborativa). Este fenómeno se caracteriza por la cooperación entre personas que forman una red para conseguir dinero, y así, financiar iniciativas, uniendo inversores particulares con otras personas u organizaciones con necesidades financieras. Puede tratarse de operaciones entre particulares (peer to peer, P2P) o entre particulares y empresas (P2B).
- (ii).- Pagos y transferencias: En este grupo encontramos a plataformas que se dedican a realizar pagos y transferencias a través de internet sin necesidad de pasar por la sucursal de un banco.
- (iii).- Trading: Son plataformas que se basan en compraventa de acciones y otros títulos valores cotizados en bolsa. También existen numerosas aplicaciones de mercados de commodities, que son un tipo de inversión que constituyen una alternativa a la bolsa, así como las plataformas de mercados de divisas (vg. Foreign Exchange, o por su abreviación forex o FX).
- (iv).- Seguridad y control de fraudes: Son startups que desarrollan soluciones innovadoras en seguridad como la identificación y la gestión de la identidad digital. Estas plataformas han desarrollado procesos para las altas online, la autenticación en operaciones financieras y la contratación. También nos encontramos con empresas especializadas en aspectos de cumplimiento regulatorio como el control del fraude, gracias a la aportación del bigdata.
- (v).- Finanzas personales: Se trata de plataformas que proporcionan a los usuarios el acceso a través de sus dispositivos móviles a todas sus cuentas, transacciones, facturas, etc., de forma cómoda y rápida. Además, estos prestadores de información financiera personal permiten visualizar datos de tendencia de gasto, realizar presupuestos, ver valores netos, etc. Dentro de este grupo fintech los analistas también incluyen las plataformas de comparadores, que dan información confrontada sobre distintos productos financieros.
- (vi).- Inversiones y gestión de patrimonios: El sector de la inversión y el asesoramiento personalizado, propio de la banca tradicional, se ha visto revolucionado con la aparición de las plataformas de inversión automatizada, también conocidas como robo-advisors. Estos servicios online de gestión financiera sustituyen en gran medida a la figura del asesor financiero tradicional y se programan para tomar decisiones de inversión eficaces, personalizadas, más accesibles y baratas, ya que los algoritmos son neutros, lejos de los prejuicios y de la subjetividad que pueden tener las personas.
- (vii).- Gestión de datos (Big data): Este tipo de fintech tiene como objetivo predecir el comportamiento de los usuarios. Así, analizan diferentes parámetros para favorecer la comercialización eficaz de productos bancarios a través de canales nuevos. Las interacciones en internet que realizan los consumidores aportan información relevante, y se tienen en cuenta para realizar ofertas, cerrar ventas, etc., de forma más eficaz. Esta gestión de datos se lleva a cabo mediante parámetros y algoritmos que analizan inmensas cantidades de datos.
- (viii).- Monedas virtuales: Los bitcoins son monedas virtuales con el mismo valor que el dinero pero que solo funcionan en internet. Son un sistema de pago seguro y tienen un carácter descentralizado. La diferencia con las demás plataformas fintech es que los bitcoins no tienen propietarios, son los usuarios de esta moneda quienes controlan su valor y uso. Hay que destacar la tecnología blockchain que permite nuevos desarrollos en ámbitos con planteamientos innovadores, diseñada para ser la base común y descentralizada para que empresas o agentes de un sector puedan compartir información, servicios o procesos.
- (ix).- Infraestructura financiera: Se encuadran aquellas fintech dedicadas a la creación y mejora de la tecnología existente y de los procesos de gestión para la prestación de servi-

cios financieros. También, estas empresas ponen a disposición de otras fintech o entidades financieras sus productos o servicios, sin tener relación directa con los clientes finales.

(x)- *Identificación digital*: Es un servicio transversal a las actividades anteriores dentro del cual se incluye la identificación online de clientes, haciendo posible que los usuarios demuestren su identidad mediante dispositivos digitales.

Al investigar sobre el concepto fintech la mayoría de los expertos lo asocian al de “revolución”, esto es así por varios motivos. En primer lugar, porque introduce la innovación en procedimientos y transacciones unificándolos a través de la tecnología móvil, en el asesoramiento automatizado a inversores y en la incorporación de nuevos productos (crowdlending, crowdfunding, etc.)³. En segundo lugar, porque estas nuevas empresas han sabido adaptar sus estructuras y organización a la nueva situación y necesidades del mercado; esta situación se puede asemejar al sector de la música, donde los medios digitales han desbancado a los tradicionales y a la venta de CD's le gana la batalla el streaming musical. Y en tercer lugar, porque han aparecido en el momento oportuno, con el auge de la industria tecnológica y la inestabilidad en el sector financiero sufrida por la crisis económica mundial de 2008.

En los últimos años las fintech han cambiado las bases de competencia de los servicios financieros, así como la forma en que son estructurados, suministrados y consumidos. Es por todo esto que en 2019 es uno de los sectores más prometedores, pero ¿esta nueva industria de tecno-finanzas podrá alzarse en el mundo financiero?

La tecnología se encuentra presente en la mayoría de los ámbitos de la vida diaria, pero cuando se trata de dinero nos cuesta dar el paso y las fintech cada vez nos lo facilitan más y es cada vez más complicado dejarlas a un lado.

El impacto de las fintech en el sector bancario:

Hasta hace poco, los bancos habían intentado ser más eficientes mediante mejoras enfocadas en sus procesos o en la infraestructura financiera, sin preocuparse demasiado de la satisfacción de sus clientes. El crecimiento del número de usuarios de la banca –cuota de clientes– se pretendía conseguir a través de ofertas en productos o mejores condiciones (menores comisiones, transferencias nacionales gratuitas o tarjetas gratuitas).

Adicionalmente a la cultura heredada, la actitud tradicionalmente “egocéntrica” de la banca, debido a la ausencia de competencia y a su regulación, ha limitado su capacidad para innovar mediante nuevos productos o servicios que solucionen los verdaderos problemas de sus clientes. Sin embargo, la posición hasta ahora acomodada de la banca parece haber terminado, motivado por un entorno más competitivo: menores tipos de interés, mayor exigencia de los clientes, entrada de nuevos players (fintech y grandes compañías) o nuevas tecnologías.

Ante el descontento de los clientes y usuarios por no poder cubrir sus necesidades financieras de manera eficiente, la incapacidad de la banca para actuar en consecuencia, y el desarrollo abrumador de la tecnología, surgen las fintech. Sin duda, su éxito reside en su orientación a solucionar los problemas de los clientes de una forma sencilla, pudiendo alcanzar su “misión” de forma más eficaz y diferenciada gracias su estructura organizativa más “ligera” y al uso de las tecnologías de punta.

Aunque la adopción de los productos ofrecidos por las fintech por parte de los clientes aún no está dañando significativamente la cuota de los bancos, es cierto que la satisfacción

³ Crowdlending y crowdfunding son dos verticales fintech basadas en la obtención de financiación para proyectos.

general de los clientes con este tipo de empresas suele ser muy positiva. Esto se debe principalmente a dos razones: (i)- democratización de ciertos servicios financieros hasta el momento restringidos a ciertos clientes, (ii)- y a una experiencia intuitiva y fácil desde el principio de la relación con el cliente (pudiendo hacer toda el alta, contratación y seguimiento de forma digital).

Fomentado por este nuevo panorama y por el éxito que han generado algunas fintech con su modelo alternativo, algunos bancos han comenzado a replantearse su estrategia tratando de poner la figura del cliente en el centro de sus decisiones. La banca ha comenzado a darse cuenta del valor de la experiencia del cliente, buscando ofrecer nuevos productos y servicios. La banca ha comenzado a darse cuenta del valor del tan repetido “customer experience”, buscando ofrecer nuevos servicios. Es aquí donde los bancos deberá mostrar su pericia a la hora de elegir la estrategia a seguir: bien desarrollar sus propios productos y soluciones (in-house), bien asociarse con alguna fintech para poder ofrecer servicios alternativos a sus clientes, o bien adquirir a estas fintech.

Salvo casos particulares, la mayoría de estas iniciativas surgen de ideas propuestas anteriormente por startups fintech, lo cual indica que los bancos están prestando atención a estas “pequeñas empresas” y aprendiendo de ellas. Mike Sigal, sostiene que: *“Las corporaciones inteligentes son aquellas que se han dado cuenta de que pueden beneficiarse de los conocimientos y la agilidad de las nuevas empresas fintech”*.

Otra estrategia posible, es la colaboración del banco con startups fintech (o incluso InsurTech, PropTech o RegTech), cada vez está ganando en Gran Bretaña y Estados Unidos de América más tracción que los bancos empiezan a ver la colaboración con las startups fintech como un “quick-win” para mejorar el servicio al cliente.

Mientras hace no mucho se pensaba que las fintech amenazarían el negocio principal de los bancos, ahora vemos como por ambas partes estarían dispuestos a colaborar. De acuerdo con el World FinTech Report (año 2018), elaborado por Capgemini en colaboración con LinkedIn y Efma, el 93% de las entidades financieras encuestadas estarían dispuestas a colaborar con startups fintech. Por su parte, según refleja el Observatorio Fintech 2018 de Finnovating el 81% de las fintech perciben a los bancos como colaboradores.

En cualquier caso, esta colaboración no es un camino de rosas y tanto fintech como bancos deberán aprender, por una parte, a integrar de manera eficiente a estas empresas innovadoras dentro del banco sin entorpecer su crecimiento, y, por otra parte, a trabajar con estructuras burocratizadas.

En definitiva, ya no se trata de desarrollar soluciones temporales ni de estrategias de branding. Los clientes quieren productos que realmente les faciliten su día a día, siendo capaces de buscar nuevas alternativas en los productos o servicios ofrecidos por los nuevos players. Antes, la tecnología era una opción, ahora es una obligación.

La regulación del sector fintech:

Uno de los aspectos más importantes y discutidos del sector fintech es cómo regular este tipo de entidades. Esta cuestión se encuadra en dos puntos de vista: por un lado, la legislación normativa de aplicación para la actividad y por otro lado, el grado de regulación prudencial al que tienen que estar sometidas.

Con respecto a la primera vertiente, la actividad realizada por las fintech en nuestra opinión debe disponer de un sistema normativo propio. Respecto al segundo aspecto, el grado de regulación prudencial que implica esta actividad se relaciona con el dilema de aplicar a las

entidades fintech la misma regulación que a las entidades financieras encuadradas en la LEF, o bien someterlas a una normativa menos exigente según la regla de proporcionalidad, pero dentro de la LEF.

La mayoría de entidades de este sector son pequeñas, en términos de dimensión y capital, por lo que someterlas a una excesiva regulación, como la LEF, supone un efecto negativo en su crecimiento e innovación financiera. Por ese motivo, se debe encontrar el punto de equilibrio en dicha disyuntiva definiendo la diferencia entre las entidades bancarias y las fintech, para así poder establecer diferentes esquemas normativos.

En atención a la rápida evolución de las tecno-finanzas, se viene vislumbrando una transformación sustancial en la actividad, donde las plataformas y tecnología más ágiles ponen a los habitantes en contacto directo con proveedores, en funciones de sus necesidades financieras (hacer pagos, contraer préstamos, etc.).

La evolución en nuestro país de la industria “fintech”, ha llevado al BCRA, en su calidad de autoridad de supervisión del sistema bancario institucionalizado, a monitorear los alcances y la naturaleza de los riesgos de tales actividades, que se viene transformando a gran velocidad; circunstancia que seguramente llevará a la actualización y adaptación de normas reguladoras, que directa o indirectamente puedan ser aplicadas al sector.⁴

En este desiderátum sobre la regulación de las *fintech*, tener presente que el art. 3° de la ley 21.526, autoriza al BCRA, a aplicar las disposiciones dicha ley, a aquellas personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en ella, cuando a su juicio lo aconsejen, el volumen de sus operaciones y razones de política monetaria y crediticia. En este sentido, las “fintech”, tienen la capacidad de reducir las barreras de entrada al mercado de servicios financieros como de impulsar el nacimiento de nuevos modelos de negocios. Tales circunstancias, conducen al BCRA a contribuir a un entendimiento común de los riesgos y las oportunidades asociados a las “fintech” en el sector financiero, analizando prácticas observadas y definir requisitos o recomendaciones técnicas.

Conforme esta línea de apreciaciones, BCRA ha dictado algunas normas destinadas a la actividad de este sector. Así sancionó la Com. BCRA “A” 5593, de 10/06/2014, señalando que los “prestadores no financieros de crédito”, no se encuentran alcanzadas por la ley 21.526, pero se procedió a crear, un registro para “Empresas No Financieras Emisoras de Tarjetas de Crédito y/o Compra”, reguladas por la Ley 25.506 y un registro para “Otros Proveedores No Financieros de Crédito”, que comprende mutuales, cajas cooperativas de crédito regidas por la ley 26.173, empresas fintech de crédito, empresas emisoras de tarjetas de crédito que otorguen financiaciones no alcanzadas por la ley de tarjeta de crédito y, en general, cualquier otra entidad que otorgue financiaciones a usuarios de servicios financieros.

Más adelante, mediante la Com. BCRA “A” 6557, del 31/08/ 2018, teniendo en cuenta la consolidación que venía demostrando la industria fintech, posibilitando a tales proveedores a financiar la compra de bienes y/o servicios sin destino específico.

En esta línea regulatoria, se sanciona la Com. BCRA “A” 6909, del 12/02/2020, prohibiendo el uso del débito directo interbancario y el débito inmediato para el cobro de cualquier concepto vinculado a préstamos, lo que repercute en los préstamos al consumo.

Este es el cambio más trascendente que introdujo el BCRA, al imponer a las *fintech* la obligación de que deben depositar el dinero que administran de sus usuarios, en una cuenta a la

⁴ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea – Documento sobre “Implicancias de los avances en tecno-finanzas (fintech) para los Supervisores bancarios” (Febrero de 2019).

vista. Este paso no era necesario, por lo que si bien ese dinero no podía ser prestado a otros clientes (para evitar incurrir en intermediación financiera), sí podía ser reinvertido en el mercado de capitales. Ahora, tal dinero solo deberá estar depositado en una entidad bancaria.

En esta línea de interés, recientemente el BCRA ha dictado la Com. BCRA "A" 7146, del 22/10/2020, fijando ciertas pautas reguladoras para las "fintech" de crédito, las empresas emisoras de tarjetas de crédito por las financiaciones que no se rigen por la ley de tarjetas de crédito, y las empresas de venta de electrodomésticos que ofrecen financiaciones.

En este sentido, los proveedores no financieros de crédito deberán cumplir con los términos de la ley de entidades financieras en todo lo que respecta a las disposiciones sobre la protección al usuario de servicios financieros como a las normas sobre publicidad y transparencia en materia de tasas de interés y comunicación por medios electrónicos. Asimismo, deberán cumplir con los regímenes informativos de transparencia y reclamos.

Es importante puntualizar, que las fintech no están reguladas como las entidades financieras, pero a partir de ahora, deberán cumplir con las reglas sobre tasas de interés, expresión de las mismas y publicidad transparente. De este modo, el BCRA podrá monitorear dichas tasas, lo que le permitirá evaluar el desempeño de la actividad, sus posibles riesgos y aspectos vinculados a la protección de los usuarios de servicios financieros y a la inclusión financiera.

Procede señalar que se excluye de este régimen a las mutuales y cooperativas, debido a que el BCRA y el INAES (autoridad de aplicación de los regímenes legales de esas entidades), se encuentran trabajando en forma conjunta, en la elaboración de un marco normativo que proteja a los usuarios de servicios de las mutuales y cooperativas que ofrecen créditos y planes de ayuda económica recíproca.

Otro aspecto importante a destacar es la inscripción en el Registro pertinente, que resulta obligatoria para los proveedores no financieros de crédito y para las empresas financieras de tarjetas de crédito y/o compra (por las financiaciones no incluidas en la ley de tarjetas de crédito), cuando hayan otorgado financiaciones alcanzadas por un importe superior a 10 millones de pesos, reciban o no asistencia de entidades financieras, ya sea que la oferta de crédito la realicen de manera presencial y/o mediante medios electrónicos o remotos.

Conclusiones:

Lo expuesto, nos permite afirmar:

- 1.- La digitalización de la sociedad es uno de los avances más importantes en la actualidad, siendo uno de sus resultados la integración entre la tecnología y las finanzas. La irrupción de las empresas fintech en los mercados financieros es una realidad que vino para quedarse. Este hecho provoca el desarrollo de una gran variedad de verticales fintech que ofrecen modelos de negocio innovadores para servicios y productos ya existentes o no ofrecidos anteriormente por los bancos.
2. Las empresas fintech han experimentado un rápido crecimiento en países como EE.UU. o Gran Bretaña, sin embargo, a nivel nacional el ecosistema fintech se encuentra en un momento de consolidación, teniendo mucho potencial.
- 3.- La regulación de las fintech plantea su desarrollo según dos puntos de vista: la legislación normativa aplicable para cada actividad y el grado de regulación prudencial. La actividad fintech requiere un sistema regulatorio propio, pues combinan servicios de carácter bancario con servicios tecnológicos muy novedosos, exigiendo una regulación específica. Respecto a las exigencias prudenciales, la normativa tiene que basarse en la regla de proporcionalidad en función a su dimensión y capital. Además, como hemos mencionado pre-

cedentemente consideramos que se ha de tener en cuenta la perspectiva de gestión de riesgos y de cumplimiento normativo, pues el menor tamaño de estas entidades no necesariamente se refleja en términos de riesgo sistemático.

4.- Resulta indubitable que de la mano de la transformación digital, las “fintech” vieron incrementada su participación en el mercado local de operaciones con dinero, a punto tal, que en la actualidad emplean a más de 10.000 personas de forma directa y nuclean a 10.000.000 de clientes en todo el país, a punto tal, que en los dos años, el ecosistema se duplicó para tener en la actualidad más de 260 operadores.⁵

Esta evolución, viene despertado diversos debates doctrinarios acerca de si la actividad, tiene que estar alcanzada por las regulaciones dictada por el BCRA como autoridad de aplicación de la ley 21.526 de entidades financieras.

5. A nivel mundial existe disparidad de normas para la regulación fintech con arbitraje entre regulaciones flexibles y restrictivas o activas y pasivas. Gran Bretaña tiene un enfoque diferenciado de regulación entre fintech y bancos.

En nuestro país, todo indica que el BCRA viene siguiendo atentamente la evolución de las fintech, en un mercado institucional en el que el 70% de los habitantes, no tiene acceso al crédito bancario, vienen ocupando una parte de ese espacio y lo hacen con la mayor transparencia posible (en 2019 hubo 2 millones de personas que tomaron créditos fintech y al presente existen 288 entidades registradas como Proveedores No Financieros de Créditos, lo que triplican la cantidad de entidades financieras de Argentina).

Esta realidad impulsa al BCRA, aún con el convencimiento de que la actividad desplegada por las mismas, si bien no configura intermediación financiera, en la concepción de la ley 21.526, reviste sumo interés público que amerita cierta regulación y recopilación de información a la par de tutelar la protección de los consumidores financieros.

El BCRA reconoce seguir con atención el desarrollo de la actividad de las *fintech*, dado que tienen el potencial de profundizar la inclusión financiera de la población.

⁵ Informe de la Cámara Argentina de Fintech – Octubre de 2020.

DAO´S: LAS SOCIEDADES SIN ADMINISTRADORES

María Gisele Cano

SUMARIO

Analizando los aspectos más relevantes de la personalidad jurídica, podríamos concluir que las **DAO´S son sociedades**.

Profundizando en los elementos esenciales de las sociedades notamos que éstos se encuentran en pleno proceso de revisión, y que la ley no da tratamiento a estas nuevas realidades. Como resultado, tratar de encajarlas a la fuerza en los moldes existentes podría ser una trampa, pues lo único típico en las DAO´s es que son atípicas.

Estas organizaciones redimensionan la estructura societaria porque los elementos tradicionales pueden, o no aparecer en el caso concreto, y de hacerlo, lo hacen de una manera diferente clásica. Dentro de ellos, entendemos que la comunidad de riesgo remasterizada - valores no monetizados- es el último bastión en la frontera entra las sociedades y las demás formas asociativas.

I. Introducción.

Hace ya medio siglo que el legislador sancionó la ley de sociedades para responder a las necesidades y problemáticas que reportaban las empresas en ese momento.

Luego de 50 años, las dinámicas empresarias exigen soluciones para problemas diferentes corolario de la masificación de la tecnología, el nacimiento de negocios íntegramente digitales y monedas desreguladas, la transnacionalización de las inversiones, incluso la tan analizada globalización.

La tecnología permite que una gran cantidad de personas, que no se conocen y probablemente nunca se vean, se organicen con una finalidad en común y administren fondos. Sin embargo, este crecimiento exponencial no cuenta con un adecuado entorno normativo que aporte seguridad jurídica a estos proyectos, provocando un sinnúmero de dificultades en su implementación.

Las Organizaciones Autónomas Descentralizadas -DAO´s- se crean a partir de un conjunto de *Smart Contracts* encadenados que permite ejecutar las decisiones que se adopten por la mayoría de sus integrantes de manera automática y sin intermediarios, evitando la disociación entre propiedad y administración. Ejemplos de ello son el caso "*The Dao*", y el más actual de bZxDAO que es la primera DAO demandada¹ como persona jurídica (*general partnership*) ante los tribunales de California, EEUU. Cabe mencionar también a la reciente Alianza de Metaverso Abierto para Web3 (OMA3²), que podríamos identificar, analogía mediante, como la Unión Europea del incipiente metaverso.

La incursión de estas organizaciones profundiza la revisión de los elementos esenciales de las sociedades que vienen siendo redefinidos por la doctrina. Conceptos clave como tipicidad, organicidad, capital social, comunidad de riesgo se flexibilizan, o incluso se desvanecen, y exigen reglas nuevas.

¹ Se puede consultar la demanda completa en: <https://shorturl.at/amGQW>

Para solicitar acceso a la carpeta del material empleado para el desarrollo de esta ponencia enviar MD a <https://www.linkedin.com/in/mgiselecano/>

² <https://www.oma3.org/> consultada por última vez el 25/07/2022

De allí la propuesta de estudiar estas organizaciones, involucrarnos en su dinámica y comprender si estamos ante las nuevas sociedades sin administradores.

II. Las organizaciones autónomas descentralizadas³.

Una DAO⁴ es una forma electrónica de organización de personas, bienes y servicios, operada por contratos inteligentes para el logro de objetivo común.

Su implementación requiere de cadenas de *smart contracts*⁵ entrelazados y establecidos en una red *blockchain*. El respaldo de esta tecnología dota a estas organizaciones de la autonomía y descentralización que las caracterizan y de administrarlas prescindiendo de un órgano de administración.

En Ethereum las definen como un *negocio nativo de Internet que es propiedad y está administrado colectivamente por sus miembros. Tienen valores atesorados a los que nadie tiene la autoridad para acceder sin la aprobación del grupo. Las decisiones se rigen por propuestas y votaciones para garantizar que todos en la organización tengan voz. No hay un director ejecutivo que pueda autorizar gastos en función de sus propios caprichos y no hay posibilidad de que un director financiero dudoso manipule los libros*⁶.

Una DAO nace de la voluntad deliberada de sus fundadores, que desarrollan el software que se implementa en la *blockchain* y publican el *white paper* ⁷. Desde este momento el público en general puede acceder al documento y al código libremente⁸, y asociarse com-

³ Las posibles configuraciones de las DAO's son infinitas. Aquí abordaremos algunas, aclarando que no son las únicas.

⁴ Organización autónoma descentralizada o Decentralized Autonomous Organization en inglés, que da origen a la sigla DAO. En adelante identificada aquí como DAO o DAO's indistintamente.

⁵ Contratos inteligentes, en adelante SC. Los SC son contratos escritos en lenguajes y código de computadora, que se ejecutan automáticamente y de manera inmediata, sin intermediación de personas físicas y/o administradores.

La lógica detrás de estos instrumentos es la del *modus ponens*: si p entonces q. De este modo, todos aquellos acuerdos que responden a esa estructura lógica pueden traducirse en SC. Por ejemplo: si me pagas \$100 puedes usar este auto por 100 km. Si recorres más de 100 km. Se debitará \$10 de tu cuenta cada unidad excedente. Para ello, el desarrollo debe definir de manera precisa y pormenorizada las condiciones de los acuerdos que instrumenta, que ocurre en cada caso, y cuáles son las "válvulas de escape", si es que la tiene.

En general, se valen de activos digitales (criptomonedas, tokens, etc.) para llevar adelante estos intercambios y corren sobre redes descentralizadas. Una de las más desarrollada a la fecha es la *blockchain* Ethereum, que cuenta con su propia moneda digital, los Ethers, y para la cual se desarrolla en lenguaje Solidity. Como resultado se logran instrumentos autosuficientes y descentralizados que operan intercambiando activos digitales.

Los SC, por sí mismos, cuentan actualmente con una gran cantidad de puntos débiles o en estudio, frente a los cuales surgen las más variadas respuestas y soluciones. Entre ellos, sin limitar, mencionamos algunas de las dificultades emergentes:

- Codificación deficiente o inexacta. Dado que los SC son ejecutados de manera automática por el software, cualquier error en el código implicaría graves consecuencias entre las partes. En efecto, esta fue la causa de la falla principal en el antecedente "The Dao"; un bug en una cláusula de escotilla que le permitía a los tenedores de token retirar en exceso de lo que habían aportado.
- Comprensión y fallas en el consentimiento. Esto es consecuencia del desarrollo de los SC en lenguaje de computadoras. De este modo, se plantea si es válido el consentimiento otorgado sobre un contrato cuyas cláusulas están redactadas en un lenguaje incomprensible para las partes.
- Cuestiones de competencia. La estructura transnacional y desregulada de los SC genera una gran cantidad de dificultades al momento de determinar la ley aplicable, el juez competente, organismos de contralor competentes, encuadre tributario e impositivo, exigir su cumplimiento, resolver controversias generadas en su implementación, etc.
- Ejecución de los SC. Corolario del punto anterior emergen dificultades al momento de requerir su ejecución forzada. Por ejemplo, sólo por citar las más esenciales: ¿de qué modo se trabarían medidas cautelares o ejecutivas? ¿a quién se comunicarían esas medidas?
- La inmutabilidad de los SC. Cuando se implementa un SC en la *blockchain*, para a ser inmutable y permanece allí para siempre. De este modo, si existen errores en el código no pueden simplemente corregirse. Es necesario desarrollar e implementar una nueva versión del contrato. Como al implementar la nueva versión los datos almacenados en el contrato anterior no se transfieren automáticamente, se requiere que el equipo de desarrollo inicialice manualmente el nuevo contrato con los datos anteriores; lo que lo hace muy complicado. Tampoco es posible actualizar un contrato o deshacer una actualización, lo cual aumenta enormemente la complejidad de la implementación y coloca una gran responsabilidad en el equipo de desarrollador.

⁶ La traducción me pertenece. Versión original disponible en: <https://ethereum.org/en/dao/> Consultado por última vez el 1/07/2022

⁷ Podemos decir que es análogo al estatuto societario por el contenido y los efectos que surte durante la vida de la organización. En este instrumento se detallan todas las condiciones de ingreso, egreso, participación, derechos políticos y económicos de los integrantes.

⁸ El código de las DAO es abierto, como todos los que corren en la *Blockchain*. De allí que cualquier interesado puede verlo completo, antes, durante o después de ingresar. Esto constituye una de sus fortalezas, la transparencia; pues toda su actividad queda registrada en la red y cualquier persona es capaz de ver qué está haciendo la organización con sus recursos; y al mismo tiempo una debilidad al dejar

prando valores digitales⁹. Estos activos habitualmente son tokens comercializados a cambio de criptoactivos (Ethers, Bitcoin, USDT, entre los más relevantes) o incluso dinero fiat. Cada token trae adherido los derechos económicos y políticos que confiere a su titular.

El patrimonio de la DAO se conforma del resultado de la venta de los tokens y de la actividad desplegada. Estos fondos son administrados a través de operaciones autoejecutadas y adoptadas por el voto de los tenedores. Ello permite la desintermediación entre el capital y la administración, pues son los mismos inversionistas los que lo administran, sin un intermediario de confianza que administre los bienes del grupo.

El *white paper* define los derechos políticos y las mayorías requeridas en cada caso. Si la votación cumple con la lógica condicional del programa, la decisión se ejecuta de manera automática. Podríamos decir que se delega la administración en la tecnología autoejecutable, de modo que los tenedores solamente votan y los *smart contracts* ejecutan si se cumplen las condiciones.

El funcionamiento¹⁰ de la DAO dependerá de su objeto y de las previsiones del *white paper*. Con frecuencia suelen prever cláusulas escotilla que facultan a los tenedores a retirarse en cualquier momento. Esto no sería una venta en el mercado secundario de los tokens, sino algo más parecido a un rescate de acciones, o una resolución parcial del contrato social.

III. Las DAO´s son sociedades.

El derecho actual se encuentra en un proceso lento y progresivo de fortalecimiento de la autonomía de la voluntad. En Argentina, las normas rígidas de la LSC fueron flexibilizadas a partir de la 26.994 (unipersonalidad, tipicidad y la sección IV, entre otros) y de la sanción de la ley 27.349 de apoyo al capital emprendedor, por ejemplo.

En este contexto nacen las DAO´s, inspiradas en los problemas similares y con una lógica de funcionamiento análoga a las sociedades; solo que por medio de tecnologías innovadoras. La propuesta de valor de esta herramienta consiste en tomar lo positivo de agruparse y actuar como pluralidad de sujetos, pero evitando principalmente las dificultades de gobernanza.

Precisamente esa ampliación de la autonomía de la voluntad ofrece tierra fértil a estas nuevas formas de estructuración. La ausencia de fuente normativa expresa, propia de su novedad, no impide conceptualizarlas. Al mismo tiempo, la esencia y estructura misma de la sociedad viene siendo revisada y superada por la doctrina.

En la confluencia de estos factores encontramos razones para concluir que las DAO´ serían sociedades y las divergencias en su estructura no obstan a tal calificación como profundizaremos luego.

III.I. La personalidad jurídica. La idea y conceptualización de las sociedades continuó su desarrollo luego de la sanción de la ley 19.550. La base contractual adoptó nuevos matices

expuestas las posibles vulnerabilidades de que adolezca como ocurrió en el caso The DAO.

⁹ Los tokens de los integrantes son conservados en las billeteras virtuales (e-wallets) de cada uno de ellos. La Blockchain Ethereum opera sobre el modelo de cuentas en virtud del cual el saldo es el ETH total que reside en una dirección de cuenta en un momento dado. Como resultado, los participantes acreditan tal calidad con su tenencia en su cuenta.

¹⁰ En el caso de The DAO, operaban un fondo de inversiones en el cual todos los tenedores podían proponer proyectos para fundear. La organización Dash Core Group permite a los tenedores definir mediante su votación el destino del 10% de la ganancia que obtienen por las operaciones de los mineros. MolochDAO se centra en la financiación de proyectos Ethereum. Esta organización exige a los prospectos de tenedores una propuesta de membresía para que el grupo pueda evaluar si tiene la experiencia y el capital necesarios para emitir juicios informados sobre los posibles beneficiarios. Vale decir que no pueden simplemente comprar acceso a la DAO en el mercado abierto. En el caso de bZx DAO ofrecían una plataforma descentralizada de financiamiento p2p.

a la luz de las nuevas realidades, de modo tal que hoy se concibe a la sociedad como un centro en el que convergen infinidad de relaciones, intereses, vínculos obligacionales; v.gr. los de los propios socios, administradores, personal, proveedores, bancos, el propio estado en sus diferentes roles e incluso la propia comunidad en que la empresa actúa. El sujeto societario, más que un ente, real o ficticio, es ese “nodo” en que confluyen derechos y obligaciones, contratos explícitos e implícitos¹¹.

Desde esta óptica, las DAO´s nacen con el objetivo de mitigar los costos de transacción y de agencia, operando a modo de nexo entre las personas, las cosas y el entorno en el que opera. A tal fin, actúa impulsada por sus integrantes mediante contratos inteligentes. La universalidad de la DAO se endereza y se arriesga para el logro del objetivo común. Es probable que ese conjunto no contenga todos los elementos de la sociedad tradicional, pero los que posea los direcciona a esa finalidad colectiva.

III.II. La comunidad de riesgo. *La característica específica del contrato plurilateral de sociedad, que lo distingue de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causa del contrato de sociedad, o sea, la función practico-social del negocio, reconocida por el derecho*¹².

El legislador de la LGS asume que el dinero es la única medida de valor en los negocios, desconociendo aquellos no monetizados, como la red de contactos, el know how, el nombre, entre otros. La actualidad pone en tensión este presupuesto, horadando la paridad “comunidad de riesgo = compartir ganancias y contribuir a las pérdidas” (moldeado por el art. 13 LGS). *El punto está en que solo la persona que intercambia, solo la persona que comercia, que negocia, sabe cuánto valora el bien que la otra le va a dar y cuánto está dispuesta a entregar a cambio*¹³.

En las DAO´s los tenedores se “juegan la piel” en cada decisión parafraseando a Nassim Taleb. Ellos son los destinatarios directos de las ganancias o pérdidas que resulten de dicha operación. No hay un criterio de administración que cuestionar, pues no hay un órgano a tal fin. Esta característica fortalece su origen ciberpunk tendiente a mitigar los problemas de agencia y gobernanza y explica en gran parte su éxito y crecimiento acelerado.

En cada decisión el tenedor arriesga algo que para él es valioso, sea dinero o no. Dependerá del caso si se trata de capital fiat, criptomonedas o la ventaja de asociarse con Mark Zuckerberg por ejemplo. Ergo, el aporte de valor y el riesgo asumido sobre él no estarían en duda. Los integrantes de la comunidad de riesgo se distribuyen los resultados de la actividad realizada en conjunto, no ingreso. Esto implica la existencia de un interés común en lograrlos, pues todos ganan o pierden, aunque no ganen o pierdan exactamente lo mismo.

III.III. Interés social. Como derivación lógica de los elementos anteriores encontramos alguna clase de interés social, o bien, diferenciado entre la organización y cada uno de sus integrantes.

Manóvil, profundizando en el concepto, enseña que en la sociedad hay un riesgo común y, consecuentemente, un destino común. Como corolario, porque aquel riesgo depende de

¹¹ TALIERCIO, Christian Ángel. *A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino*. La Ley RC-CyC. 115. Año VIII, Número 3, Junio 2022. 119

¹² COLOMBRES, Gervasio. *Curso de derecho societario*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972. 56

¹³ HADAD Lisandro A. *La comunidad de riesgos en el derecho de sociedades. Desde la sociedad comercial a la S.A.S. TOMO LA LEY 2022-D AÑO LXXXVI N° 133*. 2

la gestión también común del patrimonio formado por los aportes de todos los socios, existe un interés común. De esta forma, el interés social es un concepto objetivo y una pauta de conducta a respetar¹⁴.

El interés social tiene un tratamiento normativo difuso, favoreciendo la proliferación de posturas diversas y gran parte de los cuestionamientos actuales. En el caso de la DAO entendemos que funcionará como una pauta de actuación que permitiría juzgar los actos de los tenedores, e incluso el desempeño del código (*software*) sobre el cual se asienta. Sobre este punto, el *hard fork* generado luego del ataque cibernético a The Dao podría demostrar cómo opera la versión 4.0 del interés social. En esta oportunidad, una minoría decidió quedarse en la cadena original (hoy Ethereum Classic), aun a costa de sufrir las consecuencias, en el entendimiento de que había intereses superiores a ellos mismo que justificaban soportar las pérdidas con patrimonio propio.

III.IV. La orgánicidad. Gestión común. Retomando las enseñanzas de Colombres, *el órgano es aquella estructura normativa que determina cuándo y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo o varios serán imputados “en sus efectos” a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial.*

Luego, la LGS definió para cada tipo cuál sería dicha estructura orgánica, con mayor o menor detalle según el caso. Incluso la ley 27.349 conserva esta forma de orden, aunque ampliando los márgenes de la autonomía de la voluntad.

Los tenedores de token administran activamente la DAO, de modo tal que son administradores y accionistas conjuntamente. Incluso podrían delegar la administración en inteligencia artificial.

La estructura de cada DAO estará definida en el *white paper*, de modo que sería impreciso concluir que adolece de pautas de imputación. Este instrumento prevé las reglas relativas a cómo y cuándo imputar los efectos a la DAO, solo que provienen de la autonomía de la voluntad en lugar del legislador. Como resultado, son organizaciones asistemáticas por el momento, pero no anárquicas.

III.V. La tipicidad. El principio clásico de tipicidad viene transitando un camino de deconstrucción junto a la preeminencia de la autonomía de la voluntad. La flexibilización evidenciada en la ley 26.994, y profundizada por la ley 27.349 constituyó un hito en esta evolución. El aprendizaje de estos cambios nos muestra que éste no es un elemento esencial para la existencia de la persona jurídica.

Entonces lo relevante no es el *check-list* de los elementos típicos de las sociedades, sino aquello que las partes acordaron al momento de constituirla. Habrá sociedad si los fundadores así lo acuerdan, sea que cumplan o no con los extremos tradicionales.

III.VI. Explotación empresarial y amplitud de negocios. La transparencia y auto-ejecutabilidad de las DAO¹⁵ ofrecen una matriz competitiva para el desarrollo de infinidad de actividades, tanto sean comerciales, benéficas, humanitarias, o cualquier otra que propongan

¹⁴ TALIERCIO, Christian Ángel. *A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino*. La Ley RC-CyC. 115. Año VIII, Número 3, junio 2022. Citando al Dr. Rafael M. Manóvil 126

¹⁵ Sobre este punto están comenzando las primeras distinciones entre Organización Autónoma Descentralizada y Corporación Autónoma Descentralizada (DAO y DAC respectivamente) de acuerdo al fin de lucro de la organización. Sin embargo, en términos generales se emplea el término DAO de manera general para referirse a todas ellas.

los asociados. De este modo, la DAO puede al mismo tiempo ser comercial y benéfica, o solo una, o ser ambas de manera alternada, por ejemplo, pues nada de lo impide.

Entonces, no se acotan a un proyecto en específico y pueden o no tener fin de lucro. *Esta técnica facilita la utilización de la figura societaria guiada por el interés común de los socios, y permite la vigencia del principio de autonomía de la voluntad y flexibilidad de las formas societarias.*¹⁶ Este análisis sobre la SAS resulta plenamente aplicable en su fundamento, más allá de las variaciones que podemos listar.

El asunto es que probablemente no sea necesario distinguir unas de otras, pues la amplitud de su actividad estará definida en el *white paper*, sin el marco del objeto social como elemento esencial no tipificante, ni el principio de especialidad que lo module.

La amplitud de actividades también resquebraja la distinción entre persona jurídica y sociedad en función de la comercialidad. En cualquier caso, podríamos dudar de su calificación como sociedad cuando adolezcan de fin de lucro, no así de persona jurídica diferenciada de los sujetos que la componen.

III.VII. El patrimonio social. Así como en la SAS, el capital social de las DAO se utiliza para delimitar los derechos y obligaciones de los socios respecto de la sociedad, en tanto no sea esta regla contradicha por alguna cláusula contractual en otro sentido; pero pierde toda importancia económica o como parámetro para medir la posibilidad de cumplimiento del objeto social, al igual que deja de tener relevancia en su clásica función de garantía¹⁷. Además, la DAO corre en la blockchain administrando criptovalores, en su mayoría de la misma red. Esto termina por desdibujar la función de garantía del capital social, cuya agresión por parte de terceros es muy difícil sino imposible.

Sobre este punto habrá que analizar el impacto de la reciente reglamentación del MiCA en la UE para el intercambio de criptoactivos, máxime considerando que quedan excluidos del régimen las operaciones P2P y los NFT.

IV. Conclusiones

Los elementos esenciales de las sociedades se encuentran en plena revisión. Las nuevas realidades empresarias, las posibilidades tecnológicas y la creciente complejidad de los negocios aceleran este proceso y exigen respuestas al sistema jurídico.

El derecho actual no da tratamiento a las DAO's, incluso en los países más desarrollados en materia de innovación legal mercantil. Ergo, pretender asignarle un molde de los existentes en la ley podría ser una trampa, pues lo único típico en las DAO's es que son atípicas; y hasta casuísticas.

Luego de un repaso de la estructura de las DAO's y sus aspectos jurídicos, podríamos concluir que constituyen personas jurídicas en general y sociedades en particular, desafiando la distinción tradicional en base al fin de lucro.

Para arribar a esta conclusión evaluamos los elementos societarios tradicionales y su incidencia en las DAO's. Estas organizaciones renuevan el significado de las pautas clásicas, que pueden aparecer redimensionadas, o incluso no verificarse en el caso concreto. Dentro

¹⁶ TALIERCIO, Christian Ángel. *A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino*. La Ley RC-CyC. 115. Año VIII, Número 3, junio 2022. Citando al Dr. Rafael M. Manóvil 135

¹⁷ TALIERCIO, Christian Ángel. *A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino*. La Ley RC-CyC. 115. Año VIII, Número 3, junio 2022. Citando al Dr. Rafael M. Manóvil 135

de ellos, entendemos que la comunidad de riesgo remasterizada -valores no monetizados- es el último bastión en la frontera entre las sociedades y las demás formas asociativas.

Esta calificación deriva en nuevos interrogantes y problemáticas emergentes. Es que, si son sociedades: ¿Qué tipo de sociedad son? ¿Si no son un tipo, serán una clase de sociedad? ¿Si se constituyen en la Argentina, encuadrarían en las previsiones de la sección IV LGS? ¿Podrían vehiculizarse bajo el formato de la SAS? ¿Cómo articularíamos estas organizaciones con la LCT? ¿O deben considerarlas como extranjeras, y en tal caso, serían tipos desconocidos? ¿Qué impacto tendrían en nuestro ecosistema local donde priman las sociedades cerradas? ¿Los tokens serían acciones, en tal caso, serían análogos a acciones al portador? ¿Están regidas por la CNV u organismos de contralor análogo, como la SEC en EEUU? ¿Qué problemas genera la pseudonimidad de los accionistas? ¿Cómo juega el principio de las mayorías cuando hay “ballenas” en la DAO?

Podríamos reflexionar sobre la conveniencia de adoptar alguno de los tipos existentes, y en tal caso elegir voluntariamente someterse a la legislación de un estado determinado. MetaCartel, Flamingo DAO y The LAO¹⁸ son buenos ejemplos de esto en EEUU. El asunto es que, siquiera la SAS desafió con tal intensidad la estructura clásica. En este ejercicio de buscar el ropaje más holgado para las DAO's, incluso el tipo más “liberal” que tenemos podría implicar una cincha comparado con las infinitas fronteras del mundo *on-chain*.

Es posible que uno de los desafíos de los estados de cara a las DAO's sea generar regímenes en los cuales sea más conveniente acogerse a algún conjunto de reglas diseñado para ellas -o crear incluso un nuevo tipo/clase que las recoja- que continuar en la pseudonimidad de la red. **Las sociedades sin administradores ya son un desafío de la actualidad.**

¹⁸ Los promotores de LAO adoptaron un tipo existente en EEUU como “casarón” para dotarla de mayor seguridad jurídica. Además de los problemas emergentes de forzar el embone, podría dar lugar a *forum shopping*, eligiendo la jurisdicción más favorable (en este caso Delaware), tanto sea que la DAO opere realmente en esa locación o no.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS SMARTS CONTRACTS

Nélica Leonor Carrasco

Introducción

La presente investigación consiste en el estudio de los *Smart Contracts* (“contratos inteligentes”), los que están íntimamente vinculados con la tecnología *blockchain*.

Se parte de señalar y advertir que existen ideas que giran alrededor de la creación de los *Smart Contracts*: “*el código es la ley*” y *los smart contracts no necesitan de ningún sistema legal para existir*.¹ ¿Debemos aceptar éstas premisas? Tales afirmaciones se convierten en desafíos apasionantes para profundizar y comprender a qué se hace referencia cuando se utiliza el término *Smart Contracts*, ¿son contratos?; ¿Por qué se los denomina inteligentes? ¿son “inteligentes”? ¿Para qué tipos de negocios jurídicos son aplicables? ¿Cómo se configura la formación, perfección y ejecución del contrato? ¿Cuáles serían los principales supuestos de nulidad de los *Smart Contracts*? y a partir de allí lograr una tutela jurídica para los usuarios, especialmente consumidores, para protegerlos de los abusos que se podrían producir con el uso de los *Smart Contracts*.

Además surgen temas de análisis como la responsabilidad del programador de los *Smart Contracts*; responsabilidad del oráculo; los derechos de adherente consumidor de los *Smart Contracts*; la protección de datos y derecho al olvido; la jurisdicción y ley aplicable en caso de conflictos internacionales, como tantos otros temas de singular interés que exigen a todos los operadores del derecho una profundización en éstos temas de actualidad. Por supuesto que no se pretende responder a todo ello con la presente ponencia, sino iniciar un camino hacia la profundización del estudio de los *Smart Contracts*.

Origen y significado de los contratos inteligentes (*smart contracts*)

Muchos autores identifican el origen del término de *Smart Contracts* en el jurista informático NICK SZABO, “*el jurista, informático y criptógrafo NICK SZABO trató ampliamente la tesis de los contratos inteligentes, definiéndose como un protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato*”² Es decir, que se trata de un trata de un protocolo o código informático que ejecuta los términos de un contrato.

Alrededor de la creación de los llamados “contratos inteligentes”, residen muchas ideas que no pueden pasar desapercibidas, entre ellas destacamos dos: 1. Los *Smart Contracts* aportan seguridad al cumplimiento de un contrato, evitando así conflictos y, consecuentemente, la necesidad de acudir a los tribunales, dando lugar a unas relaciones contractuales donde el incumplimiento contractual fuera costoso para quien lo incumpliera.³ 2. Los me-

¹ “...opiniones como la de SAVELYEV, según el cual: “*Vitiated consent or intent do not have any impact on Smart contract’s validity*” y, en especial, “*Therefore, in Smart contracts there cannot be a collision between intent and its expression, what really matters is only an expression of intent represented in computer code*”. FETSYAK, I. “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, REDUR 18, diciembre 2020, págs. 197-236. ISSN 1695-078X. <http://doi.org/10.18172/redur.4898> (Recuperado de: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4898>. pdf. Pág. 25)

² FETSYAK, I. Obra citada. Pág. 9.

³ “Self-help remedies have been defined as legally permissible conduct that individuals undertake absent the compulsion of law and without the assistance of a government official in efforts to prevent or remedy a civil wrong. Automated execution of a contract is a

canismos de ejecución forzosa que estos tuvieran frente al incumplimiento. La ejecución automática de los contratos inteligentes evitaría toda clase de incumplimiento y, en base a ello, únicamente el código inherente al registro distribuido, debería gobernar los contratos almacenados en ese registro (code is law). Consiguientemente, se determina que ninguna legislación estatal sea aplicable.

Aunque resulte atractivo, no es posible que los *Smart Contracts*, principalmente en los casos de resultados no esperados de la programación, queden sin tratamiento legal, pues se debe prever y resolver normativamente cuestiones relativas a la asimetría negocial, derecho de información, consentimiento, etc.

Para ello, resulta necesario establecer desde una perspectiva jurídica, que se entiende por “contratos inteligentes”.

Se considera que no es correcto calificar el término *Smart Contracts*, *per se*, a un contrato, ni asimilar otros términos utilizados por el lenguaje informático, a los del derecho. Pues deberá configurarse el consentimiento, como los otros elementos que exige nuestro ordenamiento jurídico, para que las partes queden obligadas contractualmente.

Se adelanta que se entiende por *Smart Contracts* aquellos programas que se ejecutan automáticamente, es decir que pueden ser contratos o no, y en el caso de serlo, a los fines de su ejecución, se programa en un lenguaje de código informático, en todo o en parte. Es decir que se ejecutan por un sistema de ordenador que se encarga de ejecutar automáticamente un contrato o parte del mismo, al verificarse el cumplimiento de lo estipulado en el acuerdo subyacente.

Características de los smart contracts.

– **Naturaleza electrónica:** se destaca que un “contrato inteligente” se caracteriza por ser un acuerdo que se ejecuta, completa o parcialmente, en forma de código informático.

– **Carácter autoejecutable:** Se remarca su carácter automático y autoejecutable, configurando ésta característica, su mayor atractivo. En este sentido, FETSYAK, I ha señalado: “Esta nota tan importante tiene su gran atractivo en el hecho de que gracias al automatismo y autoejecución se elimina la desconfianza ante un posible incumplimiento por parte de alguno de los contratantes debido a que la confianza se deposita en el propio software, que es el que verifica, a través de los denominados oráculos, el cumplimiento de lo estipulado en el contrato y ejecuta el mismo.”⁴ y en las palabras de GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M.: “se reduce o elimina el “riesgo de contraparte”, siendo una forma de contratar ideal para una contratación no sólo entre ausentes, sino entre desconocidos, entre sujetos que no tienen ninguna razón para confiar entre sí.”⁵

De hecho, el adjetivo “smart” o “inteligente” tiene su razón de ser en este carácter autoejecutable⁶

preemptive form of selfhelp because no recourse to a court is needed for the machine to execute the agreement” (RASKIN, M., “The Law and Legality of Smart Contracts”, Georgetown Law Technology Review, Vol. 1 (2), 2017, p. 333 (Recuperado de: <https://georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2017/05/Raskin-1-GEO.-L.-TECH.-REV.-305-.pdf>).

⁴ FETSYAK, I. “obra citada. Pág. 13).

⁵ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “Smart contracts”: ¿hacia una economía sin derecho contractual? (Recuperado de: <https://www.elnotario.es/especial-50-numeros-de-ensxxi/70-secciones/academia-matritense-del-notariado/9760-smart-contracts-una-economia-sin-derecho-contractual>).

⁶ Sin embargo muchos autores afirman que no son inteligentes en tanto, de por sí, no tienen capacidad para influir en los términos del propio contrato celebrado por las partes y que únicamente ejecutan lo programado. ROSALES F., “Qué es un Smart Contract para un notario”, Blog Notario Francisco Rosales, 9 de julio de 2018 (Recuperado de: <https://www.notariofranciscosales.com/smart-contract-y-la-maquina-de-pinball/>; Consultado el 30/12/2019): “El smart contract no crea nada, salvo el mero cumplimiento del contrato, en los términos en

– **Seguridad y eficiencia:** “las partes no se tienen que preocupar ante un posible incumplimiento o manipulación posterior de los términos del contrato dado que el smart contract les obliga a depositar en una dirección del blockchain unos fondos para cumplir el contrato; si transcurrido un plazo, no hay acuerdo, dichos fondos se transfieren automáticamente a otra cadena de bloques de la que nadie podrá sacarlos nunca. De esta manera se fuerza a las partes a cumplir con lo estipulado en el contrato, imposibilitando que todo quede al arbitrio de una de las partes.

Por otro lado, “la eficiencia desemboca del hecho de que la ejecución es automática y no precisa de la intervención del ser humano.”⁷

– **Naturaleza condicional:** Ésta característica surge de que el acuerdo se plasma en un código informático, utilizando un lenguaje de programación, normalmente constituido en la siguiente estructura: “if-then-else”, basada en la lógica booleana; es decir, su estructura es condicional debido a que se basa en un esquema de instrucciones del tipo “si (if) ocurre X entonces (then) Y; sino ocurre Y, entonces (else) Z”.

– **Carácter Limitado (no omnicompreensivo):** Debido a que todo o parte del contrato se redacta en un código informático por un programador, siguiendo una estructura condicional y la verificación del cumplimiento corresponde al propio software, los contratos inteligentes sólo se ejecutarán en tanto se verifiquen los supuestos ya programados, de manera objetiva. Es decir que al seguir un código previamente programado, no posee discrecionalidad ni da lugar a la interpretación.

– **Inmutabilidad:** esta es una característica adquirida de la *blockchain*, ya que los *smart contracts* se almacenan dentro de la cadena de bloques. Se recuerda que la *blockchain*, es inmutable porque una vez que la información entra a formar parte de la cadena de bloques, la información contenida en uno de los bloques deviene en inmutable e irrevocable, ya que cualquier modificación será identificable por los demás nodos. Esta circunstancia otorga seguridad a las partes, que no deben preocuparse de un posible incumplimiento o manipulación de los términos del contrato. Sin embargo, esta inmutabilidad provoca que también el acuerdo sea inflexible y no se adapte a la aparición de distintas circunstancias imprevisibles que pudieran surgir desde el nacimiento del contrato hasta su consumación, limitando cualquier posibilidad de modificación del acuerdo inicial.

Se considera que si bien, éstas características dotan de seguridad y confianza a las partes, al mismo tiempo plantean problemas relativos a la modificación de los términos del contrato y requiere de análisis respecto a cómo se configuran los elementos que los ordenamientos jurídicos establecen para considerar un acuerdo, como contrato. Asimismo se requiere especial estudio respecto a la celebración, formación y ejecución del contrato.

Tipos de smart contracts

Podemos identificar los *smart contracts* usados en los contratos en masa tales como los contratos de adhesión, en donde un usuario (consumidor) ingresa a una plataforma predisponente y sin posibilidad de modificación, celebra un contrato que se ejecute mediante un programa preestablecido en un lenguaje de programación de manera unilateral. Ante éste

los que dicho contrato se haya celebrado y tal como haya sido programado, en definitiva, no son programas inteligentes, sino obedientes”.
⁷ FETSYAK, I. “Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español”, REDUR 18, diciembre 2020, págs. 197-236. ISSN 1695-078X. <http://doi.org/10.18172/redur.4898> (Recuperado de: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4898>. pdf. Pág. 13).

tipo de contratos, se hace necesario establecer la imputación de la responsabilidad objetiva a quien ofrezca un servicio defectuoso por un error de programación, y además se deberá prestar especial atención a la información que reciba el consumidor adherente.

Por otro lado, distinto es el supuesto en el que la tarea del programador, consiste en codificar las prestaciones indicadas por las partes.

Cristina Argelich Comelles señala que de acuerdo con las plataformas de tecnología blockchain y sus posibilidades, existen dos clases de *smart contract*. Por una parte, aquel en el que existe un acuerdo previo y que, por tanto, su contenido se pacta o personaliza, mediante una plataforma. Aquí, por la existencia del acuerdo off-chain, la tecnología blockchain se utiliza para garantizar la eficacia del pacto, donde se habrán previsto las prestaciones y la activación y desactivación del código informático.

Por otra parte, aquel en el que no existe un acuerdo previo y que, al no estar personalizado, es suficiente con el uso de la plataforma Blockchain para comprobar los requisitos de validez y adherirse. En este caso, por la ausencia de un acuerdo previo, el acreedor predispone el contenido contractual, el deudor solicita la adhesión, y la plataforma Blockchain comprueba los requisitos de validez y la identidad del deudor para activar el código informático.⁸

Naturaleza jurídica de los contratos inteligentes:

No se pretende en el presente trabajo, desarrollar las distintas posturas acerca de la naturaleza jurídica de los *smart contracts*, sino mencionar brevemente alguna de ellas, y llegar a establecer la que se considera adecuada.

LEGERÉN MOLINA, A., ha indicado: "La adición del calificativo legal a la expresión contrato inteligente, nos permite establecer una clara diferenciación entre el software subyacente en el back end y el verdadero contrato electrónico con eficacia obligacional entre las partes y de cuya estructura informática y formal es parte el *smart contract*"⁹

FETSYAK, I. Al respecto, ha indicado: "El contrato inteligente es un mero código informático que autoejecuta los términos de un contrato, por lo cual no puede ser considerado per se como un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades. La inexactitud del término al incorporar el concepto de "contrato" provoca interpretaciones equívocas entre los juristas, que inmediatamente se remiten al término jurídico de contrato y conciben al contrato inteligente como un acuerdo que se autoejecuta con la verificación de las condiciones contenidas en ese acuerdo."¹⁰ FETSYAK, I considera como una variante de los contratos electrónicos: "**los contratos inteligentes se caracterizan por su naturaleza electrónica y realmente no son más que una variante de los contratos electrónicos**, los cuales sí se regulan en los distintos países, destacando, en el caso español, regulados en el art. 23.1 de la LSSICE, que en relación con la validez de los contratos electrónicos establece: ... Por tanto, en todo contrato legal inteligente deberá concurrir el consentimiento, objeto y causa para que este sea considerado contrato."¹¹

Cristina Argelich Comelles realiza la siguiente distinción: "podemos distinguir (STARK,

⁸ Cristina Argelich Comelles. *Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual*. Pág. 17.

⁹ LEGERÉN MOLINA, A., "Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts)", *Revista de Derecho civil*, 2018, vol. 5, n.º. 2. Pág. 34.

¹⁰ FETSYAK, I. "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", *REDUR* 18, diciembre 2020, págs. 197-236. ISSN 1695-078X. <http://doi.org/10.18172/redur.4898> (Recuperado de: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/redur/article/view/4898>. pdf. Pág. 11).

¹¹ FETSYAK, I. obra citada. . Pág. 16.

2016) entre los *smart code contracts*, que son jurídicamente irrelevantes por tratarse de una mera secuencia de código informático, y los *smart legal contracts*, que sirven para el intercambio de prestaciones y a los que en adelante denominaremos *smart contracts*, por economía lingüística.”

Se considera que los *smart contract* son una forma de ejecutar un contrato¹², basado en un contrato base o principal y que esta manera de cumplimiento de contrato tiene características muy particulares al estar redactadas en un programa.

Los *smart contracts* tienen ciertas ventajas y ciertas premisas que hace que muchas personas se vean atraídas por utilizarlos, y que su uso puede resultar sumamente ventajosos para determinados supuestos, ante lo cual se considera que no se puede desconocer su validez, siempre que se den ciertas condiciones que exige nuestro ordenamiento jurídico vigente, tanto en materia contractual como la tutela protectora para los consumidores.

Se considera importante resaltar que el hecho de que las partes decidan beneficiarse de las ventajas que aporta un *smart contract* no significa que hayan renunciado a los remedios existentes en el Derecho para subsanar un resultado inesperado.

El funcionamiento de los contratos inteligentes parte de un acuerdo entre las partes contractuales, las cuales deciden valerse de las características de un *smart contract* para ejecutar los términos del acuerdo una vez se verifiquen las condiciones preestablecidas en dicho acuerdo, ya sea que exista un acuerdo escrito en lenguaje natural o que las previsiones contractuales estén incluidas en el lenguaje informático.

Pues la manera que se cumplen estos contratos, toman trascendencia por los efectos jurídicos que se pueden tornar alrededor de esta forma particular de cumplimiento de las obligaciones que asumieron las partes. Sin perjuicio de considerar a estudio lo planteado por algunos autores, como Cristina Argelich Comelles, que indica el supuesto en el que es suficiente con el uso de la plataforma Blockchain para comprobar los requisitos de validez y adherirse válidamente.

Lo que nos lleva a pensar sobre ciertos problemas de validez de los *smart contract*, ante la falta de consentimiento, la ilegalidad en el objeto, la falta de información, entre otras cuestiones que requiere su estudio por parte de los operadores del derecho y excede al desarrollo del presente.

Cristina Argelich Comelles realiza la siguiente distinción: “En el *smart contract* originario, el consentimiento se presta de manera inmediata, y en el *M2M contract* por remisión al consentimiento previo del que deriva este segundo contrato. Eso puede dar lugar a la existencia de vicios del consentimiento –en particular, el error– en el consentimiento inmediato que, al no emitirse un nuevo consentimiento, se extiendan al *M2M contract*. La validez del *M2M contract* queda sujeta, lógicamente, a la prestación de una adecuada información a la contraparte del acaecimiento de este segundo contrato, por lo que resulta especialmente importante en materia de consumo el deber de información precontractual y el control de transparencia de la cláusula que disponga la ejecución automática de este segundo contrato.”¹³

Además ¿se puede tener certeza que no existe posibilidad de incumplir un *smarts contracts*? “La razón por la que el incumplimiento no desaparece es que, si bien el campo del

¹² “Por tanto, debemos precisar su orientación inicial, advirtiendo que la tarea del programador únicamente consiste en codificar las prestaciones del contrato, conforme al Derecho vigente, para su automatización.” Cristina Argelich Comelles. *Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual*. Pág. 7.

¹³ Cristina Argelich Comelles. *Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual*. Pág. 27.

incumplimiento se ve estrechado de manera considerable, cabe la posibilidad de que el smart contract ejecute el contrato en unos términos que no son los exactos, v.gr. porque ha habido un error en la programación, que no se dé la ejecución en general o porque no ha sido posible verificar el cumplimiento de unas condiciones preestablecidas porque una de las partes simplemente no ha cumplido con lo debido.¹⁴

¿Cómo se protegerá a las partes frente a los errores de programación o frente a los ataques? No queda dudas que ello genera consecuencias jurídicas relevantes sobre las que hay que alcanzar soluciones. Al respecto algunos autores recomiendan el uso de “smart term”¹⁵

Funcionamiento de los smart contract

Los contratos inteligentes funcionan con un software y con oráculos.

Software: el acuerdo preestablecido, se codifica y se almacena en una cadena de bloques, dotándolo de inmutabilidad y seguridad. El software puede verificar cualquier información existente en la cadena de bloques, pero no puede verificar información que se da al margen de la cadena de bloques, entonces necesita de los oráculos.

Oráculo: son “fuentes de información externa que permiten conectar el mundo exterior, donde ocurren las condiciones preestablecidas, con el smart contract, facilitando datos e información del mundo exterior al software en su tarea de determinar si concurren o no esas condiciones preestablecidas.”¹⁶ Pueden consistir desde páginas web, sensores conectados a internet (“donde adquiere vital importancia el fenómeno del internet de las cosas, ya que la interconexión entre los distintos objetos y con el internet facilita la verificación de lo que ocurre más allá de la cadena de bloques. Podemos ver, en este sentido, que el futuro de los oráculos y, por ende, de los smart contracts está íntimamente ligado al desarrollo del IoT (Internet of Things).”¹⁷).

Es decir que una vez que se verifiquen las condiciones programadas, se ejecuta el contrato de manera automática, lo que hace imprescindible que el oráculo reúna ciertas características, como ser fiable, seguro e imparcial. En caso de que un oráculo sea hackeado, se podría plantear cuestiones relativas a la responsabilidad del oráculo. “Un oráculo es un proveedor de información determinado que vincula o conecta una o varias fuentes externas de información (que deben ser seguras y fiables) con el propio smart contract. Este a su vez, activará automáticamente en el momento oportuno la operación programada en base a la información recibida. Un ejemplo de oráculo pueden ser la publicación del IPC, del EURIBOR, etc., terceros totalmente objetivos.”¹⁸

Conclusiones

No se puede repetir ni estar de acuerdo con ciertas afirmaciones como “el código es la ley” y que los smart contracts no necesitan de ningún sistema legal para existir.”

Se entiende por Smarts Contracts como una herramienta encargada de la ejecución del contrato.

¹⁴ FETSYAK, I. obra citada. Pág. 26).

¹⁵ “la mejor solución actualmente pasaría en que fueran las propias partes las que incluyeran un smart term como medida preventiva frente a la aparición de situaciones no previstas a la hora de redactarse el contrato y para adaptarlo a las circunstancias externas; igualmente se podría valer de oráculos con capacidad de ajustar y actualizar ciertas cuestiones contractuales...” FETSYAK, I. ob. Citada. Pág. 26.

¹⁶ FETSYAK, I. obra citada. Pág. 14.

¹⁷ FETSYAK, I. obra citada. Pág. 14.

¹⁸ https://www.dig.es/smart-contracts/#Regulacion_legal_de_los_contratos_inteligentes.

Si bien Los *Smarts Contracts* tienen características muy particulares, Se Considera que a ningún contrato deberían serle negados efectos y validez legal únicamente porque dicho contrato se ejecute mediante un smart contract. Sin embargo, tampoco se puede asimilar, sin recaudos, el lenguaje informático al jurídico, ya que caeríamos en confusiones.

Se debe prestar especial atención a que la automatización característica de los contratos inteligentes es ajena a la concurrencia de toda clase de vicisitudes porque el software seguirá ejecutando los términos reflejados en el código, sean estos legales o no.

Respecto a la validez de *Smarts Contracts*, sin dudas, el elemento que mayor atención requerirá a la hora de determinar su validez o invalidez, es el consentimiento de las partes contratantes. Pues el consentimiento deberá recaer sobre la ejecución automática del contrato, siendo obligatorio que las partes entiendan perfectamente el proceso de automatización, especialmente en aquellos contratos que se celebren con los consumidores, siendo obligatorio informar sobre el ese carácter autoejecutable. En otras palabras, además del consentimiento habitual prestado a la hora de perfeccionar el contrato, será necesario consentir también acerca de la ejecución o consumación automática de las prestaciones.

Se requieren soluciones para proteger a las personas que deciden valerse de las ventajas de los *Smarts Contracts*, y se debe proteger especialmente a los consumidores que contratan con cláusulas preestablecidas mediante contratos de adhesión, siendo imprescindible el derecho a la información completa, adecuada y veraz.

El uso de los *Smarts Contracts*, en muchas ocasiones pueden significar muy ventajoso permitiendo la transparencia y seguridad.

Una de las posibles recomendaciones que se pueden determinar para aquellos que utilicen *Smarts Contracts*, es que las partes incluyan un *smart term* como medida preventiva frente a la aparición de situaciones no previstas a la hora de redactarse el contrato y para adaptarlo a las circunstancias externas; igualmente se podría valer de oráculos con capacidad de ajustar y actualizar ciertas cuestiones contractuales.

En cuanto a los supuestos de invalidez se mencionan como nulo aquel contrato con un objeto indeterminado, ilícito, que recayera sobre cosas que se encuentran fuera del comercio o consistiera en cosas o servicios imposibles; o bien con una causa del contrato inexistente, ilícita, entre otros supuestos. La verificación de estas vicisitudes será más problemática en aquellos supuestos donde no sea posible identificar a las partes, a su vez, el hecho de que el blockchain brinde pseudoanonimato a los usuarios, siempre habrá riesgo de que el contrato tenga un objeto ilícito.

Al advertir supuestos en los que hubiera un error de programación, es decir, a la hora redactar las cláusulas del contrato, en lenguaje informático, o en los que el oráculo no verificara el cumplimiento de las condiciones de una fuente fiable o bien en aquellos supuestos en los que deudor hubiera realizado una serie de conductas tendentes a impedir el proceso automatizado, surge la motivación para continuar profundizando sobre *Smarts Contracts*, y sus consecuencias jurídicas, tales como las acciones de responsabilidad que cabrían frente al programador u oráculo.

Ante el avance vertiginoso de la tecnología *blockchain* y del uso creciente de los *Smarts Contracts*, se necesitan juristas formados en la temática. Por último, se advierte la necesidad e importancia de la actuación conjunta (mínimamente) entre el jurista y el informático a lo largo de la formación y programación de *Smarts Contracts*.

Bibliografía:

ARGELICH COMELLES, Cristina. Smart contracts o Code is Law: soluciones legales para la robotización contractual. 2020.

FETSYAK, I. "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", REDUR 18, diciembre 2020, págs. 197-236.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., "Smart contracts": ¿hacia una economía sin derecho contractual?. 2019.

LEGERÉN MOLINA, A., "Los contratos inteligentes en España (La disciplina de los smart contracts)", Revista de Derecho civil, 2018, vol. 5, n.º. 2.

RASKIN, M., "The Law and Legality of Smart Contracts", Georgetown Law Technology Review, Vol. 1 (2), 2017.

ROSALES F., "Qué es un Smart Contract para un notario", Blog Notario Francisco Rosales, 9 de julio de 2018.

https://www.dig.es/smart-contracts/#Regulacion_legal_de_los_contratos_inteligentes.

ACCIÓN DE EXCLUSIÓN DE SOCIOS EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

María Soledad Casal

SUMARIO

La presente ponencia busca determinar si es aplicable o no la exclusión del socio en las sociedades por acciones simplificadas (en adelante, “las SAS”), ya sea por aplicación supletoria del art. 91 de la Ley General de Sociedades (a continuación, “L.G.S.”) o por la inclusión de dicha herramienta en el contrato constitutivo, aclarando que sólo me referiré respecto del supuesto de incumplimiento o conducta grave del socio. A tales efectos, se analizarán las distintas posturas adoptadas por la Doctrina entre aquellos que admiten la exclusión del socio en estas sociedades y quienes se oponen.

Por mi parte, entiendo que la exclusión del socio en las SAS por justa causa procede tanto cuando ello se encuentra expresamente previsto en el estatuto, como cuando nada se pactó al respecto entre los socios en dicho contrato social.

I.- Introducción:

El 29/03/2017 se sancionó la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante, la “LACE”) – promulgada el 11/04/2017 en el Boletín Oficial-, con el objeto de apoyar -valga la redundancia- la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como velar por la promoción de la generación y desarrollo de capitales emprendedores que tiendan a fomentar el desarrollo de actividades productivas¹. A tales fines, esta revolucionaria normativa -a la que muchos identifican como un cambio de paradigma en el Derecho Societario, opinión que comparto- crea un nuevo tipo social denominado “Sociedad por Acciones Simplificadas” (SAS), el que parte de dos principios fundamentales que la Ley intenta en todo momento resaltar y que son protagonistas de este nuevo régimen social, a saber: (i) la autonomía de la voluntad de los socios al contratar; (ii) la flexibilidad y simplicidad para la constitución y desarrollo de la sociedad. Tan es así que, incluso, la LACE contempla en su art. 38 el deber del Registro Público de Comercio de inscribir la constitución de la sociedad en un plazo de 24 horas, siempre y cuando se hubiera utilizado para su constitución el modelo tipo de estatuto aprobado por dicho organismo.

La creación de este nuevo tipo social, sin dudas, implicó un cambio de paradigma, por cuanto a partir de la sanción de la LACE se deja a un lado el principio de imperatividad de normas que venía rigiendo en nuestro Derecho Societario para dar lugar a la libertad de los socios para autoregularse. Todo ello, con el fin de brindar una estructura simple y de ágil respuesta que permita a los emprendedores llevar a cabo sus negocios.

Sin embargo y a pesar de las buenas intenciones que tuvo en miras esta Ley, no podemos soslayar que dicha normativa trajo aparejado múltiples problemáticas a la hora de dirimir la aplicación supletoria a este nuevo tipo social de varios institutos regulados en la Ley Ge-

¹ Ley comentada de las Sociedades por Acciones Simplificadas, Teoría y práctica de su funcionamiento, correlacionada con la Ley General de Sociedades, el Código Civil y Comercial, las Resoluciones (IGJ) y Disposiciones Generales (DPPJ – Bs. As.), autor: Marcelo L Percivalle, Primera Edición Erreius, 2019, Capítulo I, página 3.

neral de Sociedades (en adelante, la “LGS”), entre ellos si resulta viable o no la aplicación del instituto de **“exclusión de socios por justa causa”** previsto en el art. 91 de la LGS al régimen de las SAS. Cuestión sobre la cual profundizaré seguidamente.

II.- Noción del instituto “exclusión de socios por justa causa”.

Como punto de partida y para poder desentrañar el interrogante planteado en este trabajo, es necesario definir el instituto previsto en el art. 91 de la LGS. Si bien la LGS no nos brinda una definición del instituto allí regulado, sí podemos decir que nos da pautas que nos permiten elaborar un concepto de dicha figura. En tal sentido, a partir de dichas pautas, podemos afirmar que la exclusión de socios es una sanción que conlleva la separación de uno o más socios (y por consiguiente, la resolución parcial del contrato), basada en la necesidad de resguardar el interés social ante inconductas o incumplimientos legales graves de los socios cuya exclusión se pretende, o ante la configuración de determinadas situaciones que hacen imposible satisfacer sus prestaciones como tales².

Sin embargo, una interpretación literal de la letra del art. 91 de la LGS limita la posibilidad de aplicar esta sanción únicamente en las sociedades colectivas, de capital e industria, de responsabilidad limitada, en comandita simple y por acciones en relación con los socios comanditados. Aunque, con relación a las sociedades de responsabilidad limitada la ley expresamente aclara que éstas no podrán hacer uso de dicho instituto para los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil.

Por lo tanto, en principio esta sanción no se encuentra prevista para los accionistas, es decir para los socios de las sociedades anónimas, los comanditarios de las Sociedades en comandita por acciones, ni a los integrantes de las SAS (debiendo aclarar respecto de esta última que la sanción de la LGS fue anterior a la creación de este nuevo tipo social). Sin embargo, los alcances de este instituto han sido puestos en crisis tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En tal sentido y quienes justifican una interpretación taxativa de la norma dejando afuera de este instituto a las sociedades por acciones, sostienen que la voluntad de los legisladores que sancionaron la LGS fue la de contemplar este instituto únicamente para aquellas sociedades de tipo personalista (es decir, en las que la persona del socio adquiere una significación esencial) y que por ello esta sanción no resulta aplicable a las sociedades por acciones donde la persona del accionista es, en principio, indiferente para el funcionamiento de la sociedad aun cuando dichas sociedades lo hayan previsto en el estatuto³. Los doctrinarios que defienden esta postura argumentan que la única posibilidad de excluir a un socio en las sociedades anónimas es en el supuesto de mora en la integración del aporte previsto en el art. 37 de la LGS. Aunque, cabe aclarar que en los últimos años, cierta jurisprudencia y determinado sector de la doctrina ha entendido que cabe aplicar este instituto a las sociedades anónimas para los casos de sociedades de familia o cerradas, siempre y cuando se cumpliera con el recaudo excluyente de que se hubiera previsto una cláusula estatutaria que prevea el mecanismo de resolución parcial de exclusión del socio por justa causa⁴.

² Ponencia “¿Cabe la exclusión de socio ante la falta de previsión estatutaria en este sentido en las S.A.S.?”, Emilio F. Moro, presentada en el X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2019).

³ Fallos Ferro, Centro Proveedor Agropecuario, Nargam –sala D- y Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A. v. Galván, Daniel O. y Otros s/ ordinario”

⁴ Fallo “Transportes del Tejar S.A. c/ Perez Manuel y otros s/ sumario” (Sala C, CNCOM, 31.10.1995), Microómnibus Ciudad de Buenos Aires S.A.T.C.I. c/ Martínez Daniel” (Sala F, CNCOM, 03.02.11); “BFL S.A. c/ CMS Bureau Francis Lefebvre y Cabinet Lefebvre SELAFA s/ medida precautoria (SALA E, CNCOM, 17.05.2012); “Microómnibus Barracas de Belgrano S.A. c. Galvan, Daniel Oscar y otros s. ordinario” (CNCOM, Sala D, 21.09.2012). Doctrina: Duprat, Diego A.J. Autor: Nissen, Ricardo A. Tratado de los Conflictos

III.- ¿Podemos aplicar este instituto al régimen de las SAS?

Conforme he dicho, el art. 91 de la LGS no contempla este instituto para las SAS, correspondiendo nuevamente destacar que, al momento de su redacción, no existía este nuevo régimen social. De este modo y al igual que surgió el interrogante con las sociedades anónimas, cabe preguntarse:

¿Las SAS pueden recurrir a este instituto? ¿La sanción allí prevista es conciliable con el régimen de las SAS?

Para dirimir esta cuestión entiendo que hay que distinguir dos escenarios posibles. El primero de ellos es cuando la posibilidad de excluir a un socio se encuentra expresamente estipulado en el estatuto y el segundo cuando ello no está establecido en el instrumento constitutivo de la sociedad.

En cuanto al primer supuesto (previsión estatutaria), la doctrina es conteste respecto de que si los socios acordaron la aplicación de dicho instituto o contrario a ello previeron su prohibición en el acto constitutivo de la sociedad, deberá estarse a lo allí pactado. Ello, en tanto lo allí estipulado es una clara e inequívoca manifestación de la voluntad de éstos de recurrir o no -según sea el caso- a la sanción regulada en el art. 91 de la LGS.

Ahora bien, la problemática se presenta en el segundo escenario descrito, es decir cuando el estatuto no prevé esta cuestión. La doctrina ha adoptado distintas posturas. A saber:

III.1. Tesis restrictiva:

Dentro de la corriente restrictiva de este instituto, se encuentra un sector de la doctrina que entiende que, si no está previsto en el estatuto no se puede recurrir al art. 91 de la LGS, en tanto interpretan el silencio guardado por los socios como una manifestación tácita de voluntad por parte de éstos de no desear su aplicación al tipo social que están constituyendo.

A su vez, otra corriente considera que resulta aplicable supletoriamente al régimen de las SAS toda aquella normativa de la LGS tendiente a proteger a terceros, por lo que siguiendo este lineamiento la posibilidad de excluir a un socio en los términos del art. 91 de la LGS no resultaría aplicable al caso, en tanto dicho instituto tiene en miras proteger el interés social de la sociedad, más no a terceros⁵.

Por último, hay quienes defienden la aplicación de este instituto únicamente a las sociedades expresamente establecidas en el art. 91 de LGS bajo idéntico argumento que el supuesto respecto de las sociedades anónimas. Es decir que afirman que este tipo de instituto sólo resulta aplicable a las sociedades de personas, en donde la persona del socio es relevante, quedando afuera las sociedades por acciones por resultar la persona del socio, en principio, indiferente al funcionamiento de la sociedad. Pues, lo único que interesa a su respecto es la integración del aporte correspondiente.

III.2. Tesis amplias:

Por otro lado, una corriente amplia de la doctrina pregona por la aplicación supletoria del

Societarios, Tomo III, pág. 2933, 2934, 2935, 2936, 2937; Nissen, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales Comentada, Tomo II, Pág. 100 y 101, Ed. 2017; Favier Dubiois (h), Eduardo M. y Spagnolo Lucía "La exclusión de socio en la sociedad anónima personalista por vía de la destimación del tipo social", ponencia presentada en la XII Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, celebrada en 2005, San Rafael Mendoza; Nissen, Ricardo A., "Algunas cuestiones sobre la exclusión de socios", ponencia presentada en la XII jornada de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina, 2005, San Rafael, Mendoza.

⁵ Ley comentada de las Sociedades por Acciones Simplificadas, Teoría y práctica de su funcionamiento, correlacionada con la Ley General de Sociedades, el Código Civil y Comercial, las Resoluciones (IGJ) y Disposiciones Generales (DPPJ - Bs. As.), autor: Marcelo L Perciavalle, Primera Edición Erreius, 2019, Título III, Capítulo II, página 20.

art. 91 de LGS, en tanto interpreta que al tener las SAS un régimen mixto similar al de las sociedades de responsabilidad limitada, corresponde aplicar supletoriamente toda la normativa de la LGS que regula este tipo social, entre ellos la posibilidad de excluir a uno o mas socios por justa causa regulada en el art. 91 de la LGS. Asimismo, esta corriente sostiene también que resulta de aplicación supletoria el instituto en cuestión por aplicación de lo previsto en el art. 49 de la LACE, en el que se prevé la aplicación supletoria de la normativa que regula a la S.R.L para la organización jurídica interna de la sociedad, entendiendo que la referencia a “*organización jurídica interna*” y “*estructura orgánica de la sociedad*” de la norma precitada es lo suficientemente amplia para incluir en su seno situaciones como las que implica una resolución parcial por exclusión de socios.

Por último, se encuentra el Dr. Rafael Manovil quien sostiene que al ser la SAS una sociedad conforme a la definición del art. 1 LGS, se le aplica a este nuevo tipo social el régimen general de la LGS, entre ellas el art. 91 en cuestión.

III.3. Mi opinión:

Por mi parte y luego de haber analizado este instituto en profundidad, sostengo que la posibilidad de excluir a un socio con justa causa prevista en el art. 91 de la LGS es sin dudas aplicable tanto cuando ello se encuentra expresamente pactado en el estatuto y/o sus reformas, como así también cuando las partes guardaron absoluto silencio respecto de la aplicación de dicho instituto en el instrumento constitutivo de la sociedad. Ello, bajo los siguientes fundamentos:

En primer término, el art. 33 de la LACE establece el principio general de que se aplicará supletoriamente toda aquella normativa de la LGS que sea conciliable con el régimen de la SAS, entendiendo que no existe ningún argumento sólido que permita poner en duda la compatibilidad del instituto regulado en el art. 91 de la LGS a las SAS.

Ello toda vez que, si bien no pierdo de vista que la exclusión de la sociedad es la sanción máxima que puede recibir un socio y que por ende su aplicación debe ser realizada con suma cautela, lo cierto es que dicho instituto es el remedio con el que cuenta la sociedad para apartar a aquel socio que se encuentra con su inconducta o incumplimiento, provocando un perjuicio a la sociedad y si existiere o no justa causa quedará sujeto a la decisión final del Juez que intervenga en la acción judicial prevista en la LGS, oportunidad en la cual el socio -cuyo apartamiento se pretende- tendrá oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Por lo tanto, no encuentro ningún óbice para aplicar dicha normativa a las SAS e, incluso, considero que sería peligroso no hacerlo. Pues, si al pautar los socios su organización jurídica interna no prevén una solución para estos casos, entonces ¿Cuál sería el remedio al cual podría recurrir las SAS ante el incumplimiento grave de uno de los socios? Es evidente que, de no permitirle acceder a este instituto, la sociedad se encontraría en un completo estado de indefensión.

Ahora bien, seguramente quienes defienden la tesis restrictiva del art. 91 de la LGS podrían rebatir el argumento aquí expuesto, proponiendo que una solución viable para las sociedades que no se encuentran incluidas en la letra del art. 91 de la LGS sería recurrir a la figura de “abuso del derecho” contemplado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, para lograr que un Juez desestime cualquier derecho a no ser excluido que pudiera invocar el socio cuyo apartamiento de la sociedad se pretende. Empero, considero que la solución que propone esta corriente es de difícil acogida en tanto hasta el momento no existen precedentes judiciales en los que se haya avalado este remedio ni siquiera para las sociedades

anónimas cerradas respecto de las cuales este debate ya se viene dando hace años⁶. Por otro lado, entiendo que la distinción entre sociedad de personas y sociedades de capital que tuvo en consideración el legislador al momento de sancionar el art. 91 de la LGS ha devenido antigua e irrelevante, en tanto dicha distinción respondía a que en la época en la que fue sancionada la norma existía una estricta separación entre ambos tipos de sociedades que hoy ha quedado en desuso. En efecto, es de público conocimiento que hoy en día gran parte de las sociedades optaron por constituirse bajo el tipo de sociedades anónimas cerradas que se asemejan más a sociedades de personas, tal es el caso por ejemplo de las sociedades anónimas de familia en las que sin dudas la persona del socio es relevante a la hora de constituir la sociedad.

Sin embargo y aún en el caso de que siguiera la línea de aquellos juristas que insisten con defender esta distinción a la hora de aplicar el art. 91 de la LGS, concluyo igualmente que la exclusión de un socio con justa causa allí prevista es perfectamente aplicable a las SAS, por cuanto este nuevo tipo social tiene típicas características personalistas, como por ejemplo: la posibilidad de pactar en el estatuto la prohibición de realizar transferencias de acciones durante un plazo máximo de 10 años (art. 48 de la LACE) y la opción de prever en el instrumento constitutivo que las prestaciones accesorias integran el aporte de los socios (art. 42 de la LACE). Máxime, cuando detrás de este tipo social hay un emprendedor.

Asimismo, comparto la opinión del sector de la doctrina que entiende que la referencia a “*organización jurídica interna*” y “*estructura orgánica de la sociedad*”⁸ que hace el art. 49 de la LACE (en el que se prevé la aplicación supletoria de la normativa de la LGS que regula a la S.R.L para la organización jurídica interna de la sociedad) es lo suficientemente abarcativa para incluir en su seno situaciones como las que implica una resolución parcial por exclusión de socios.

Por último, me resulta difícil aceptar la idea de que el silencio guardado por los socios en el instrumento constitutivo de las SAS pueda ser interpretado como una manifestación tácita de la voluntad de los socios de no recurrir a la aplicación supletoria del instituto regulado en el art. 91 de LGS, teniendo en cuenta que gran porcentaje de las SAS constituidas en este país desde la entrada en vigencia de la LACE fueron inscriptas en 24 horas mediante la utilización del estatuto modelo aprobado por el Registro Público de Comercio, el cual no contempla este modo de resolución parcial del contrato.

Francoamente, entiendo que esa circunstancia no refleja una real “autonomía de la voluntad de los socios” al momento de su constitución, sino que éstos decidieron priorizar la agilidad y facilidad en la constitución de la sociedad por sobre la real libertad para autoregularse. Sin embargo, no desconozco que existe la posibilidad de los socios de reformar el estatuto, pero considero que en la práctica ello no termina sucediendo por distintos motivos, como por ejemplo: en el ámbito de la CABA, por las numerosas trabas que IGJ puso a este nuevo tipo social mediante el dictado de las Resoluciones Generales dictadas en 2020 y cuya constitucionalidad hoy se encuentra siendo debatida judicialmente.

IV. Conclusión:

En definitiva, sostengo que no podemos estudiar la aplicabilidad o no del art. 91 de la LGS -y de ninguna otra normativa- mediante un análisis literal de la norma y desaprendido de la

⁶ Ponencia “La exclusión del socio por justa causa en las Sociedades Anónimas”, por Silvina P. Aguirre,

realidad societaria, pues ello no es eficiente y no aporta ninguna solución a las situaciones o conflictos societarios que se presentan en nuestro país.

Y si ponderamos ambas cuestiones (espíritu de la norma y lo que sucede en el mundo real), concluyo que la exclusión de socios con justa causa prevista en el art. 91 de la LGS es plenamente conciliable con el régimen de la SAS, por lo tanto defendiendo su aplicación supletoria a este nuevo tipo social en tanto constituye una forma eficaz de poner fin a los conflictos internos, apartando de la sociedad a quien ha demostrado la más mínima voluntad de cumplir con las obligaciones que le impone su calidad de socio.

DE LA SUPREMACÍA DEL ACCIONISTA A LA EMERGENCIA DE LOS *STAKEHOLDERS*. UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO

Dante Cracogna

SUMARIO

En las últimas décadas el derecho societario ha experimentado una significativa evolución, que continúa de manera notable, pasando de la noción de sociedad concebida exclusivamente como fuente de ganancia para los inversores a una visión mucho más amplia de su cometido como parte de la comunidad. Paradójicamente, dicha tendencia se desarrolló a partir de la corriente que postuló una adecuación de la organización y funcionamiento societario mediante el ajuste del gobierno corporativo para asegurar el respeto y la consideración de todos los accionistas a cubierto de los excesos de las mayorías y de los administradores pero avanzó rápidamente hacia el reconocimiento de los otros interesados en el buen funcionamiento societario. Así surgieron a la consideración actores que hasta ese momento no eran tomados en cuenta como destinatarios de las decisiones adoptadas por los órganos sociales: los trabajadores, los clientes, los proveedores, los acreedores, el gobierno, la comunidad, el ambiente. A partir de allí un nuevo horizonte se abrió a la actuación de las sociedades, manifestado en el balance social y la responsabilidad social corporativa; se había superado la preocupación exclusiva por el inversor. Ello significó que paulatinamente el legislador se fuera haciendo cargo de la nueva visión y, consiguientemente, renovados enfoques se expresaran en nuevas formas jurídicas o en innovaciones de las entidades existentes en materia de objetivos, organización y funcionamiento a fin de dar respuesta a las nuevas circunstancias del contexto y a las aspiraciones sociales y ambientales de la comunidad en general, superando la estrechez del antiguo enfoque de la supremacía del inversor. Dentro de este panorama el derecho societario nacional se encuentra en notable atraso.

PONENCIA

La supremacía del accionista. La aparición de las modernas sociedades comerciales, cuyo paradigma es la sociedad anónima, proporcionó un excelente instrumento que -mediante la limitación de la responsabilidad y la división del capital en acciones transmisibles- permitió al mismo tiempo impulsar el desarrollo del capitalismo de manera extraordinaria y satisfacer el creciente afán de ganancia de los inversores. De allí que, con toda razón, Ripert la haya presentado como una eficaz herramienta jurídica del capitalismo moderno, caracterizándola agudamente de la siguiente manera: "Una sociedad se crea para realizar beneficios. Este fin es el que caracteriza al grupo. Si fuese desinteresada sería una asociación y no una sociedad. Por otra parte, el desinterés la haría sospechosa. Lo que tranquiliza al Estado

es este apetito de riqueza que constituye el alma misma de la sociedad ...”¹

De esa suerte, sólo cabía esperar de la sociedad el mayor rendimiento posible, traducido en la ganancia repartible entre sus socios. Esa era su causa y el motivo de su existencia; se justificaba en virtud del lucro producido. Esta concepción fue clara y categóricamente acogida por la jurisprudencia conforme con la famosa sentencia de la Corte Suprema del Estado de Michigan dictada hace poco más de un siglo en el caso Dodge vs. Ford que sintetizó de manera precisa esta concepción: “Una corporación se constituye y funciona en primer lugar para ganancia de los inversores. Las atribuciones de los administradores deben ser empleadas para esa finalidad y su arbitrio debe ser ejercido para elegir los medios adecuados para lograr ese fin y no para cambiarlo reduciendo los beneficios o no distribuyéndolos entre los accionistas para dedicarlos a otra finalidad.”²

Esta concepción de la sociedad comercial continuó vigente y se afianzó a lo largo del Siglo XX consolidando la llamada *shareholder supremacy*. Sin embargo, en la década de 1930 el libro de Adolf A. Berle and Gardiner C. Means³ puso de manifiesto en forma cruda el conflicto que se planteaba en las grandes empresas americanas entre la propiedad y el control, revelando hasta qué punto los intereses de los inversores se hallaban a merced de los administradores de las sociedades.

El gobierno corporativo. Esa preocupante realidad cobró especial intensidad en la década de 1990, época en la que se sucedieron distintos estudios acerca del gobierno corporativo concebidos con el objetivo de asegurar la consideración de los intereses de todos inversores -no solamente los correspondientes a los socios mayoritarios- en la decisiones de los órganos de administración de las sociedades. La preocupación concernía principalmente a los pequeños inversores pero también a los inversores institucionales que -pese a la magnitud de sus aportes- suelen no estar interesados en participar del gobierno societario y quedan, por lo tanto, expuestos a los desmanejos de los administradores. Obviamente, el núcleo del problema radicaba en la amenaza al normal funcionamiento del mercado de capitales cuya expansión había adquirido un notable desarrollo; de allí que el tema se circunscribiera a las sociedades cotizantes.

Si bien inicialmente el asunto fue tratado en importantes informes y recomendaciones originados en el ámbito bursátil, tales como el Informe Cadbury de 1992 en Inglaterra y a continuación los de Olivencia en España, Draghi en Italia, Vienot en Francia, etc., la cuestión alcanzó una acuciante significación en virtud de los escándalos empresariales que tuvieron lugar contemporáneamente, especialmente en los EEUU (WorldCom, Enron, Parmalat, etc.). Estos inéditos hechos provocaron un fuerte descrédito de las empresas, sus auditores y organismos de control y estimularon la adopción de medidas relacionadas con el gobierno corporativo, incluidas las de orden legal como la Sarbanes-Oxley Act de 2002 algunas de cuyas severas disposiciones debieron ser revisadas.⁴

La irrupción del interés por el gobierno corporativo, pese a estar fundado en la protección de los inversores, provocó, sin embargo, una concomitante atención acerca de otros grupos vinculados con la empresa y que hasta ese entonces no habían despertado preocupación,

¹ Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. J. Quero Molares, EJE, Buenos Aires, 1950, p. 82).

² Dodge vs. Ford, 170 N.W. 668, Mich. 1919.

³ Berle, Adolf A. & Means, Gardiner C., *The Modern Corporation and Private Property*, McMillan, New York, 1932.

⁴ Vítolo, Daniel R., “La ley de Sarbanes-Oxley de los Estados Unidos, la realidad de la República Argentina y la prevención de los fraudes societarios”, *Doctrina societaria y concursal*, Errepar, T. XIV, p. 854 y ss.

tales como los trabajadores, los clientes, los proveedores, los acreedores e, incluso, la comunidad, el gobierno y el medio ambiente. Es decir, todos aquéllos *stakeholders*, cuyos intereses también se hallan afectados por la decisiones empresariales pero que carecen de toda protección acerca de sus eventuales efectos negativos.

La responsabilidad social empresaria. En suma, se advirtió que el gobierno corporativo tenía una dimensión más amplia, que excedía a los meros inversores y comprometía a un universo más extenso; es decir, surgió la preocupación por la responsabilidad social empresaria (*Corporate Social Responsibility*). Consiguientemente, los manuales de reglas o principios de gobierno corporativo se ocuparon de otros colectivos relacionados con las empresas y surgió la *stakeholders theory*, superadora de la estrecha visión anterior reducida a la protección de los inversores.

La nueva orientación vino a actualizar la corriente del balance social de algunos países europeos y que en Francia tuvo sanción legal para empresas de cierta magnitud en la década de 1970. Comenzó por expresar la política empresarial con relación a los trabajadores y posteriormente se amplió para considerar también a otros *stakeholders*, abarcando de esa manera el desempeño social y ambiental de la empresa en paralelo con el balance económico y financiero.⁵

Los desarrollos reseñados se mantuvieron principalmente dentro del campo de las sociedades cotizantes, pero prontamente tanto el gobierno corporativo como la responsabilidad social empresaria se proyectaron sobre las restantes sociedades, incluidas las Pymes y entidades no lucrativas y aun las empresas públicas. Pero no implicaron cambios en las formas societarias existentes o creación de nuevas hasta un tiempo relativamente reciente en el que las adecuaciones de objetivos y organización societaria trascendieron las sociedades existentes y avanzaron hacia la creación de otras nuevas.

Las empresas sociales. En Europa surgen las llamadas “empresas sociales” que son aquellas que no persiguen fines de lucro sino de desarrollo social y que actúan en diversos campos, tales como las empresas sociales de Italia, en virtud de la Ley 118/2005; las cooperativas de solidaridad social de Portugal (Dcto. 7/1998); la sociedad cooperativa de interés colectivo de Francia (Ley 2001-624); la sociedad de finalidad social de Bélgica (Ley de 13 de abril de 1995) y las empresas sociales de Finlandia (N° 1351/2003).

Por otra parte, en los EEUU surgen nuevas formas de concebir los negocios que desplazan la exclusividad de lucro y se abren a la dimensión social y ambiental; es decir persiguen un triple impacto que no anula la búsqueda de ganancias, pero la complementan y armonizan con fines sociales y de protección del medio. Dichas sociedades son inicialmente promovidas por los propios empresarios que voluntariamente se someten al escrutinio de *B-Lab*, una organización privada sin fines de lucro que las acredita como *B.Corp* sin injerencia alguna del gobierno. Asimismo dicha organización promueve el reconocimiento legal de las empresas socialmente responsables, lo que ya ha sucedido en más de treinta estados, comenzando por el de Maryland en 2010; estas son las *Benefit Corporations*.

Legislaciones similares fueron sancionadas en Gran Bretaña y varias provincias de Canadá bajo distintos nombres (*Community Benefit Societies*; *Community Interest Companies*)

⁵ Cabe señalar que el *bilán social* fue impuesto en Francia por ley de 12 de julio de 1977 para las empresas con determinada cantidad de trabajadores.

y en varios países del Continente: las sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC) de Colombia (Ley 1901 de 2018); la Corporación de Beneficio Social y la Compañía de Responsabilidad Limitada con Fin Social en Puerto Rico (Ley 233 de 2015); las Sociedades BIC de Uruguay mediante ley de 2021; etc.

Nuestro país lleva considerable atraso con respecto a la evolución antes reseñada. Si bien existen sociedades BIC reconocidas por el Sistema B que las promueve en América Latina, el proyecto de ley de Sociedades BIC tuvo sanción de la Cámara de Diputados en 2018 pero perdió estado parlamentario por no ser tratado por el Senado. Posteriormente fueron presentados dos nuevos proyectos -uno en cada cámara- sin tratamiento, siendo difícil vaticinar la suerte futura de estas iniciativas, aunque la experiencia del derecho comparado permitiría afirmar que en algún momento habrá de ser sancionado este régimen.

Proyecto de reforma de la Ley General de Sociedades. Finalmente, corresponde mencionar el proyecto de reforma integral de la Ley General de Sociedades presentando en el Senado en 2019.⁶ Este proyecto, a diferencia de los que se han producido previamente, innova de manera considerable en cuanto al concepto de sociedad por cuanto incorpora un nuevo párrafo al art. 1° que dispone: “El contrato o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios” exigiendo el voto unánime de los socios para introducir estas disposiciones. De esta suerte se modifica sustancialmente el concepto tradicional de sociedad puesto que la doctrina en general considera que su causa es el lucro o ganancia; en cambio, según el proyecto podrían existir sociedades con propósito múltiple y aun sin finalidad lucrativa, con lo cual la frontera entre sociedad y asociación queda prácticamente diluida. Si esta reforma fuera sancionada, el derecho societario nacional habría cerrado mediante un atajo el periplo que viene transitando en el derecho comparado.

Conclusión. Hasta el momento el derecho societario nacional no se ha hecho cargo de las transformaciones que se han venido produciendo en el plano internacional y permanece ajeno a la evolución que significa reconocer que las sociedades tienen responsabilidad no solamente hacia sus accionistas inversores sino también hacia los otros *stakeholders* legítimamente interesados en su desenvolvimiento en beneficio de la sociedad en su conjunto. La sanción de la ley de sociedades BIC y la modificación del estrecho concepto de sociedad contenido la Ley General de Sociedades contribuirían a superar ese atraso.

⁶ El proyecto fue elaborado por una comisión formada por destacados juristas (Manóvil, Rivera, Rovira, Ragazzi, Calcaterra y Liendo Arce) y presentado por los senadores Pinedo e Iturrez de Capellini.

LA ECONOMÍA SOCIAL, LAS EMPRESAS SOCIALES Y LAS SOCIEDADES BIC

Dante Cracogna

SUMARIO

En la segunda mitad del siglo pasado comenzó a desarrollarse con ímpetu en Europa la noción de Economía Social; primeramente en Francia, donde llegó a existir una organización nacional representativa de ella y se creó un ministerio específico para su atención. A continuación Italia, España, Portugal y otros países se fueron ocupando del tema, tanto en materia legislativa como de políticas públicas, hasta alcanzar un número significativo y motivar que la Unión Europea fuera cobrando un interés creciente en ella. Por su lado, en época más reciente han surgido las llamadas “empresas sociales” que constituyen una forma de organización específicamente dedicada a actividades de interés general; pueden ser entidades específicas o bien formas jurídicas ya existentes a las que se confiere un objeto no lucrativo, según los países. Por otra parte, en los EEUU surgieron en las primeras décadas de este siglo las *Benefit Corporations*, sociedades que, sin resignar su finalidad lucrativa, se comprometen con objetivos sociales y medioambientales. Estas sociedades se están difundiendo, con distintas variantes en los países latinoamericanos bajo el rótulo de Sociedades BIC (de beneficio e interés colectivo) y así han llegado a la Argentina, donde varios proyectos legislativos intentan otorgarles reconocimiento legislativo. Es importante la sanción de una ley que reconozca las sociedades de triple impacto y adecue en consecuencia la responsabilidad de los administradores.

PONENCIA

La economía social. Organizaciones que la integran. El tema de la economía social no es enteramente novedoso. Si bien ha cobrado relevancia en la segunda mitad del Siglo XX, existen obras que se han ocupado de ella ya en el siglo anterior. Se ha considerado que es la economía cuya actividad no se desarrolla motivada exclusivamente por el afán de lucro, como en el paradigma neoclásico, sino que está impulsada básicamente por el afán de satisfacer las necesidades humanas; es decir por la idea de servicio. Su realización pone en marcha ciertos principios tales como la libertad de asociación; la acción solidaria; la democracia económica; la autonomía de la voluntad y la independencia frente al Estado.¹

Dentro de ese marco tienen cabida distintas organizaciones cuya organización y funcionamiento se ajustan, básicamente, a los aludidos principios. Como es obvio, tales organizaciones difieren según los regímenes jurídicos de los países, tanto en su denominación como en su caracterización

¹ Corresponde señalar que a pesar del consenso existente acerca de los rasgos fundamentales que caracterizan a la economía social, no hay una definición única de ella sino que, por el contrario, existen distintos matices según los autores y las leyes que a ella se refieren. Por otro lado, hay conceptos que guardan cierta afinidad pero que no se identifican con ella, y suelen crear cierta confusión en cuanto a su cabal significado. Así, por ejemplo: economía solidaria; economía comunitaria; economía civil; economía del tercer sector; economía popular; economía no lucrativa; etc. La literatura que se viene produciendo sobre el tema es voluminosa y creciente, concitando enfoques económico, jurídico, sociológico y de otras materias, pero esta ponencia se ciñe al aspecto jurídico. Como aproximación puede consultarse: Cracogna, Dante, voz “Economía Social”, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Apéndice VI, p.172 y ss.; Monzón, José Luis - Chávez, Rafael (Directores), *Evolución reciente de la economía social en la Unión Europea*, Comité Económico Social Europeo, Bruselas, 2017; Fajardo, Gemma, “El reconocimiento legal de la economía social en Europa. Alcances y consecuencias”, *Cooperativismo y Desarrollo*, Vol. 27 N° 1, Bogotá, 2019, p. 1 y ss.

legal. Sin embargo, en términos generales suele mencionarse a las cooperativas, las mutuales, las asociaciones y las fundaciones, si bien estas últimas tienen algunas características singulares.² Por lo tanto, la noción de economía social es genérica y dentro de ella caben distintas especies de organizaciones que varían según los países. Sobre ambas cuestiones (noción y organizaciones) existen criterios no siempre coincidentes.

La legislación sobre la economía social y las organizaciones que la integran. Si bien numerosos países cuentan con regímenes legales que regulan organizaciones de la economía social, solamente en años recientes han comenzado a dictarse leyes marco de la economía social. El primer país europeo que dictó una ley de ese carácter fue España que lo hizo mediante la Ley 5/2011. Dicha ley no crea formas jurídicas específicas sino que determina cuáles son los principios orientadores de las entidades de la economía social, a saber: “a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social. b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad. c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad. d) Independencia respecto a los poderes públicos.” (art. 4°). La ley española sirvió de antecedente a las leyes sobre la materia que se sancionaron posteriormente en distintos países europeos.³

En el ámbito latinoamericano corresponde mencionar la ley uruguaya 19.848⁴ promulgada el 20.12.19 cuyo art. 4° determina cuáles son los principios que las caracterizan: “A) La persona debe ser el centro de la actividad económica y social, teniendo absoluta primacía frente al capital. B) Las relaciones entre los integrantes de la iniciativa se sustentarán en la solidaridad, la cooperación, la reciprocidad y el control democrático, primando el interés común por sobre el individual. C) La gestión debe ser autónoma, democrática y participativa. D) Debe existir un compromiso con la comunidad, la organización y desarrollo local y

² OIT, *Guide: Économie Sociale et Solidaire*, 3e. edition, Centre International de Formation, Turin, 2013, Chapitre 1, p. 1 et ss. Para el caso argentino: Cracogna, Dante, “Las empresas de la economía social”, en Ana Piaggi (Directora), *Tratado de la empresa*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 157 y ss.

³ La reciente ley 121/2022 de la Comunidad Autónoma de Canarias define a la economía social como el “conjunto de actividades económicas y empresariales se desarrollan por empresas privadas, con autonomía de decisión y libertad de adhesión, creadas para satisfacer las necesidades de sus miembros a través del mercado mediante la producción de bienes y la prestación de servicios, seguros y finanzas, donde el proceso de decisión y de distribución de las ganancias o excedentes entre los miembros no están directamente vinculadas al capital aportado por cada miembro ni a ninguna cuota de socio, donde cada miembro tiene un voto. La economía social también incluye entidades privadas organizadas formalmente con autonomía de decisión y libertad de adhesión que producen servicios no destinados a su venta para los hogares y cuyos excedentes, si los hubiera, no pueden ser apropiados por los agentes económicos que los crean, controlan o financian” (art. 3°). Entre las empresas que la componen menciona expresamente a cooperativas, mutuales, asociaciones, fundaciones, sociedades laborales, empresas de inserción, cofradías de pescadores, etc.

⁴ Colombia dictó en 1988 la Ley 454 de Economía Solidaria a la que define como “el sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía” (art. 2°) en el que incluye a cooperativas, mutuales y fondos de empleados. El decreto legislativo 193/85 de Honduras, por su parte, establece: “El Sector Social de la Economía estará integrado por las asociaciones cooperativas, empresas asociativas de campesinos, empresas cooperativas agroindustriales y en general, por todas aquellas empresas constituidas exclusivamente por trabajadores que, de acuerdo con las leyes, se dediquen a la producción, industrialización, comercialización, prestación de servicios y otras actividades económicas, que sean de beneficio común de sus asociados y contribuyan al desarrollo económico y social del país.” (art. 3°).

territorial, y con el cuidado del medio ambiente. E) En los casos en que la forma jurídica lo habilite, la distribución de excedentes se efectuará principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por los asociados y asociadas. F) Promover la equidad de género y favorecer la inclusión social de personas con dificultades de inserción.”

Cabe destacar que, además de las leyes nacionales, se han dictado numerosas leyes de estados o provincias, según la organización política de los distintos países.⁵

Por otra parte, existen leyes específicas sobre las diferentes organizaciones que forman parte de la economía social⁶ si bien muchas de ellas habían sido sancionadas antes de que la economía social hubiera surgido a la consideración pública y legislativa, al punto que las leyes marco sobre la economía social hacen referencia a formas jurídicas creadas con anterioridad a ellas.

Las llamadas empresas sociales. Su diversidad. En 1981 se dictó en Italia la Ley 381 que crea las *Cooperative Sociali*⁷ con la que prácticamente se inauguraron las empresas sociales, es decir aquéllas que persiguen objetivos sociales y de interés público, sin perder su carácter empresarial. A partir de allí, otros países europeos fueron dictando leyes similares: la *Cooperativa de Solidariedade Social* (Decreto 7/1998) en Portugal, la *Societ  Coopérative d’inter t Collectif* (Ley 2001-624) en Francia, etc. Empero, estas empresas no sólo surgieron de adecuaciones a la legislación sobre cooperativas sino que se avanzó también con otras formas jurídicas y entonces aparecieron las empresas sociales como modalidad de distintas sociedades, con lo cual la expresión “empresa social” engloba a una variedad organizaciones jurídicas heterogéneas que tienen en común su prevalente finalidad social.⁸ Por consiguiente, cuando se mencionan empresas sociales se est  haciendo referencia a entidades diversas, con naturaleza jurídica diferente, pero que por sus objetivos se hallan encuadradas dentro del marco común de la economía social.⁹ Ello así, a pesar de que no todas cumplen los principios generales de participación y gobierno democrático de sus miembros toda vez que se privilegia fundamentalmente el objetivo de carácter social. En suma, se las reconoce como una especie dentro del género de las organizaciones de la economía social.

La OCDE habla de empresas sociales *de jure* y *de facto*, refiriéndose, respectivamente, a las que cuentan con un régimen legal específico que les confiere ese carácter y a las que -cualquiera sea su forma jurídica- cumplen con objetivos sociales además de los de índole económica.¹⁰

B. Corps y Benefit Corporations. Desde comienzos del siglo surgieron y se expandieron notablemente en los EEUU las *B. Corps*, sociedades de triple impacto -económico, social y ambiental- al calor de la acción emprendida por *B-Lab*, una organización privada que las promueve y certifica. La *B.Corp Certification* acredita el cumplimiento de determinados *standards* de compromiso social y ambiental sin intervención alguna del gobierno y no necesita hacerse público pues sirve para garantizarse a sí misma el aludido cumplimiento. Sin embargo, la propia *B-Lab*

⁵ En Argentina varias provincias han dictado leyes sobre la materia si bien, conforme con nuestro régimen constitucional, la legislación de fondo está reservada al Estado federal (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional). De todas maneras, la provincias pueden dictar, dentro de la órbita de su competencia, leyes de carácter promocional.

⁶ Cfr. OIT, *Guide Economie Sociale et Solidaire*, Centre international de formation de l’OIT, Turin, 2013.

⁷ Fici, Antonio, *Imprese cooperative e sociali. Evoluzione normativa, profili sistematici e questioni applicative*, G. Giapichelli, Torino, 2012.

⁸ Fici, Antonio, *Social Enterprise Laws in Europe after the 2011 ‘Social Bussines Initiative’*, CECOP, Brussels, 2020.

⁹ Alvarez Vega, Isabel, “El reto del derecho ante los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, N  33, CIRIEC-España, Valencia, 2018, p. 15 y ss.

¹⁰ OECD, *Designing Legal Frameworks for Social Enterprises: Practical Guidance for Policy Makers*, Local Economic and Employment Development (LEED), OECD Publishing, Paris 2022, p. 7.

avanzó también hacia el reconocimiento legal de estas empresas promoviendo a tal efecto el dictado de leyes en diferentes estados. Esta labor de incidencia se vió plasmada en leyes de numerosos estados a partir de la sancionada en Maryland en 2010 que reconocen la *Benefit Corporation*.¹¹ No se trata de la creación de un nuevo tipo social sino del establecimiento de una modalidad de las sociedades existentes -principalmente *public corporations* y *limited liability societies*- que adoptan finalidades de carácter social y ambiental, además de las económicas. La mencionada acción de promoción y de incidencia legislativa ha venido desarrollándose en América Latina por Sistema B que tiene activa presencia en numerosos países, incluida Argentina.¹² En estos casos la denominación adoptada es Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo o, simplemente, Sociedad BIC. Así sucedió con la primera ley de la región, sancionada en Colombia (Ley 1901 de 2018) y con ley uruguaya del 14 de julio de 2021 que crea las sociedades BIC.

El caso argentino. Merced a la acción de Sistema B desde 2012 se fueron reconociendo empresas B en Argentina y al mismo tiempo se realizó una intensa labor de difusión y de incidencia para lograr la sanción de una ley que les brindara sustento. En 2016 el Poder Ejecutivo envió al Congreso un proyecto de ley para “la creación de una nueva forma de organización empresarial: las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC)” y poco después ingresaron otros similares: uno de la diputada Schmidt Liermann proponiendo modificar el art. 1° de la Ley General de Sociedades para incorporar las llamadas “sociedades benéficas” y otro de la diputada Hummel de creación de “sociedades BIC”. Todos ellos fueron unificados en la Comisión de Legislación General que le brindó aprobación el 30.10.18. Posteriormente la Cámara lo sancionó el 6.12.18 y el proyecto pasó al Senado donde perdió estado parlamentario por falta de tratamiento.

El proyecto consta de nueve artículos y dispone que pueden ser sociedades BIC todas las constituidas conforme con alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades; no crea un nuevo tipo societario, sino que prevé una modalidad que pueden adoptar las sociedades existentes o que se creen, las que deben obligarse a generar un impacto positivo social y ambiental. A raíz de la pérdida de estado parlamentario del proyecto en el Senado fueron presentados otros dos, uno por la diputada Crescimbeni y otro por la senadora González que, sin modificarlo sustancialmente, le introducen ajustes que recogen algunas críticas que se le habían formulado.

Conclusión.

En Argentina solamente están legisladas las organizaciones de la economía social tradicionalmente reconocidas, es decir aquéllas que por su propia naturaleza persiguen fines sociales, tales como las cooperativas, las mutuales, las asociaciones y las fundaciones. Pero no hay otras formas legalmente habilitadas para realizar objetivos sociales y ambientales, además de los económicos, sin que ello entrañe riesgo de responsabilidad para los administradores. La ley de creación de las sociedades BIC podría llenar ese vacío posibilitando que las sociedades de capital puedan perseguir un triple impacto. De otra manera solamente pueden existir las empresas sociales *de facto*, como las llama la OCDE; es decir aquellas que cumplen finalidad social y ambiental por su propia decisión (como son actualmente las Empresas B en Argentina) pero sin tener reconocimiento legal ni protección para sus administradores.

¹¹ Los contenidos de las leyes de los diferentes estados son básicamente semejantes y se encuentran recogidos en una Ley Modelo (*Model Benefit Corporation Legislation*).

¹² Un relevamiento se encuentra en Mujica Filippi, Juan Diego, *Benefit Corporation Legislation: Assessment of a U.S. Legal Export*, Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 2019.

UNA DISCUSIÓN PENDIENTE: LOS INTERROGANTES DEL IMPACTO POSITIVO PARA LAS SOCIEDADES BIC

Agostina Irene Coniglio y Constanza Paula Connolly

SUMARIO

La ponencia trata sobre uno de los elementos esenciales de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (“Sociedades BIC”) que es la existencia de un propósito de beneficio social y ambiental adicional a la actividad económica mediante el compromiso de crear impacto social y ambiental positivo.

Los proyectos de ley de Sociedades BIC regulan de manera diferente el concepto del impacto, en algunos se define él mismo y en otros no. En la legislación comparada también hay diferentes conceptualizaciones sobre el mismo, algunas lo prevén en la ley mientras que otros en su reglamentación. Planteamos en la ponencia una aproximación a la conceptualización del impacto con una mirada global del mismo a partir de estudios internacionales realizados sobre éste; y también sobre la importancia de poder regular sobre el impacto de una manera que permita abordar el dinamismo que el concepto de impacto tiene. El impacto es un elemento clave ya que éste también permitirá abordar luego el desafío del reporte de dicho impacto ante terceros y la sociedad en general para que este modelo empresarial sea aceptado, fomentado y promocionado por los distintos niveles de gobierno.

Asimismo, proponemos una propuesta legislativa de cómo regular sobre el impacto en el proyecto de ley como así también en su futura reglamentación.

1. Introducción: Importancia del impacto en las empresas con propósito.

Las empresas con propósito son todas aquellas formas de negocio decididas a **combinar el éxito financiero con el impacto social y ambiental**, desde el núcleo de su actividad empresarial¹. Sería el equivalente en español del término en inglés “*purpose-driven companies*”.

Dentro de las empresas con propósito identificamos a las empresas de triple impacto² que son aquellas empresas con propósito que persiguen la triple línea de resultados: económicos, sociales y ambientales. Amplían sus fines adicionando el impacto social y ambiental positivo a la búsqueda del rédito económico, desde su mismo modelo de negocios y actividades relacionadas a éste. El objetivo de la empresa de triple impacto es crear valor para todos sus grupos de interés, y no solo para sus socios o accionistas.³

¹ El concepto de empresas con propósito ha sido utilizado por la Secretaría General Iberoamericana en distintas investigaciones al referirse a las empresas que conforman el cuarto sector. “Las empresas con propósito y la regulación del cuarto sector en Iberoamérica” (2021). SEGIB - PNUD - IDRC. <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/poverty/las-empresas-con-propósito-y-la-regulación-del-cuarto-sector-en-.html>

² Dentro de las empresas con propósito podemos mencionar también a las empresas sociales que son otro modelo jurídico que no ha tenido a la fecha en República Argentina un proyecto de ley. Lease : Coniglio A.I., Connolly C.P. (2019) “La empresa social: el modelo sostenible que quiebra el enfoque tradicional” XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa.

³ Connolly C, Coniglio A. “Empresas de triple impacto y Derechos Humanos en Argentina” (2021) La Ley, Buenos Aires TR LALEY AR/DOC/758/2022

Las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (“Sociedades BIC”) es el modelo jurídico de empresas de triple impacto que han surgido con mayor fuerza en América Latina. En nuestro país tenemos diversos proyectos legislativos⁴ pese a que no existe impedimento legal para que las empresas de triple impacto se constituyan y funcionen bajo los tipos previstos por la Ley General de Sociedades. La normativa actual permite la integración y vinculación de la búsqueda de beneficios económicos con la creación de **impacto social y ambiental positivo**. Existen tres elementos esenciales de las Sociedades BIC, reconocidos a nivel regional⁵, estos son: (i) la existencia de un propósito de beneficio social y ambiental adicional a la actividad económica mediante el compromiso de crear impacto social y ambiental positivo; (ii) la variación del régimen de responsabilidad de los miembros del órgano de administración; y (iii) la obligatoriedad de un régimen de transparencia y reporte. La creación de impacto social y ambiental positivo es así un elemento esencial de las Sociedades BIC y su consideración al momento de legislar sobre las Sociedades BIC es fundamental.

2. ¿Qué es el impacto social y ambiental positivo?

2.1. Concepto impacto.

Podemos describir el impacto en términos de superar desafíos o lograr ciertos resultados; pero, qué se entiende por impacto y las expectativas sobre el impacto varían de acuerdo a la mirada de las partes involucradas. El desafío no es de Latinoamérica sino global. Es por ello que se ha creado un proyecto global denominado “Impact Management Project” que es un foro para construir un consenso global sobre cómo medir, comparar e informar los riesgos sociales, ambientales y de gobernanza (“ESG” en sus siglas en inglés y ASG en español), y el impacto positivo⁶.

Siguiendo al Impact Management Project, el impacto describe los efectos materiales (tanto positivos como los negativos) experimentados por las personas y el ambiente. Los efectos son materiales cuando: (i) Se relacionan con resultados positivos o negativos importantes (qué). Como aquellos vinculados a temas como los contenidos en los ODS de las Naciones Unidas. Para preguntarse: ¿A qué resultados se relaciona el efecto y cuán importantes son para las personas o el planeta que los experimenta? ¿Mis resultados son importantes o neutrales? (ii) Son profundos y/u ocurren para muchas personas y/o duran mucho tiempo (cuánto). Para preguntarse: ¿Cuánto del efecto ocurre en qué período de tiempo? ¿Ese efecto es marginal o profundo? ¿Es para muchos o para pocos? ¿Se producen en el corto o largo plazo? ¿En forma rápida o lenta? (iii) Se producen para el planeta o para personas que no están satisfechas en relación a los resultados (quién). Para preguntarse: ¿Quién experimenta el efecto y cuánta insatisfacción existe con relación al resultado?

Por otra parte, cuando hablamos de la gestión del impacto nos referimos al proceso mediante el cual se determina cuáles de los efectos experimentados por las personas y el planeta son materiales, para luego intentar prevenir los negativos y aumentar los positivos. Ese proceso supone **un análisis y evaluación de datos a través de las cinco dimensiones**

⁴ Los proyectos presentados en el Congreso Nacional a la fecha son cuatro: (i) Cámara de Diputados Proyecto número 0737-D-2021; y (ii) Cámara de Senadores Proyectos S1840-21, 1780-21 y S2045/21.

⁵ En la redacción en general de los proyectos legislativos de la región incluido Argentina, se tuvo muy presente la necesidad de alinearlos a la legislación internacional existente. El objetivo es que las Sociedades BIC sean equiparables regionalmente, y así poder ser reconocidas por los inversores de impacto, como proveedoras de cadenas de valor sostenible, proveedoras sostenibles del Estado, etc.

⁶ Connolly, C., Mujica Filippi, J. D. y Noel, S. (2020). Movimiento legislativo de sociedades de beneficio e interés colectivo (B.I.C.) en América Latina: Análisis, desafíos, y propuestas para su avance. <https://bit.ly/3zLxZ7t>

del impacto (qué, cuánto, quién, contribución y riesgo). En la gestión que una organización realice respecto de sus efectos materiales corresponde evaluar si está mejorando o empeorando más de lo que el mercado terminaría haciendo de todos modos (**contribución**), así como la probabilidad de que dichos efectos difieran de sus expectativas (**riesgo**)⁷.

Información		Análisis		Evaluación
1 Tipo de resultado(s) importante(s) resultado(s)	☐	¿A qué resultados se relaciona el efecto y cuán importantes son para las personas (o el planeta) que los experimenta?	QUÉ	Resultado(s) negativo(s) importante(s) ← Resultado(s) neutro(s) → Resultado(s) positivo(s) importante(s)
2 Profundidad del efecto en el periodo de tiempo determinado No. de personas afectadas en el periodo de tiempo determinado Duración del efecto	⋮	¿Cuánto del efecto ocurre en el periodo de tiempo?	CUÁNTO	Efecto marginal ← Efecto profundo → Para pocos ← Para muchos → Corto plazo ← Largo plazo → Lento ← Rápido →
3 Datos demográficos Datos ambientales Datos geográficos	○	¿Quién experimenta el efecto y cuánta insatisfacción existe con relación al resultado?	QUIÉN	Satisfechos ← Insatisfechos →
4 Rendimiento referencial en relación a QUIÉN, QUÉ, CUÁNTO	+	¿Cómo se compara y contribuye el efecto a lo que, probablemente, habría ocurrido por sí solo?	CONTRIBUCIÓN	Mucho peor de lo que probablemente ocurra ← Mucho mejor de lo que probablemente ocurra →
5 Factores de riesgo: ej., riesgo de evidencia	△	¿Qué factores de riesgo son materiales y cuán probable es que el efecto difiera de la expectativa?	RIESGO	Bajo riesgo ← Alto riesgo →

Fuente: Perspectiva general del Impact Management Project (el Proyecto de Gestión de Impacto)

Es así que el impacto es dinámico y sus formas de gestión y medición están en constante revisión y análisis buscándose uniformar los métodos de medición a nivel global como aquí mencionamos.

En línea con el Impact Management Project que analizamos y compartimos en el presente podríamos ensayar la siguiente propuesta para definir qué es impacto: *“Impacto: efecto material importante y profundo -generado por sobre los estándares exigidos por la legislación vigente- que implica la generación de uno o más resultados positivo y/o la no generación de un resultado negativo evitable, sobre el ambiente y/o un determinado grupo de personas que se encuentra desatendido”*.

Tradicionalmente la materialidad de las cuestiones ambientales, sociales y de gobernanza se juzgaban desde una única perspectiva: la materialidad financiera. Es decir como las mencionadas cuestiones podrían afectar el valor de una organización. La Unión Europea introduce formalmente el concepto de “doble materialidad”, que adiciona a la materialidad financiera, la materialidad de impacto: el impacto ambiental y social de las operaciones y actividades de una organización para el ambiente, sus grupos de interés y la sociedad en general.⁸

Consideramos que parte de la conceptualización del impacto, en particular para lo que refiere al régimen de transparencia y reporte como elemento de las Sociedades BIC, yace en entender el concepto y alcance de la “doble materialidad” para juzgar bajo cuál enfoque existen los impactos que se generen. Lo cual encuentra correlato con otro elemento característico de dichas sociedades: la variación del régimen de responsabilidad.

⁷ Connolly, C., Mujica Filippi, J. D. y Noel S. (2020). Movimiento legislativo de sociedades de beneficio e interés colectivo (B.I.C.) en América Latina: Análisis, desafíos, y propuestas para su avance. <https://bit.ly/3zLxZ7t>

⁸ Comisión Europea. “Directrices sobre la presentación de informes no financieros: Suplemento sobre la información relacionada con el clima (2019/C 209/01)” (2019).

2.2. Consecuencias de la importancia de la consideración del impacto social y ambiental positivo: el deber de cuidado y la responsabilidad de los administradores; y el reporte de dicho impacto.

En las Sociedades BIC los administradores, conforme los proyectos legislativos, en el desempeño de sus funciones, la ejecución de los actos de su competencia y en la toma de decisiones, deberán tomar en cuenta los efectos de sus acciones u omisiones respecto de: (i) los socios, (ii) los empleados actuales y, en general, la fuerza de trabajo de la sociedad, (iii) las comunidades con las que se vinculen, el ambiente local y global, y (iv) las expectativas a largo plazo de los socios y de la sociedad, de tal forma que se materialicen los fines de la misma.⁹ Es decir que, el administrador asume como compromiso en sus decisiones no solo considerar a los accionistas, sino a todos los grupos de interés en su conjunto¹⁰.

Debido a la obligación que asumen los administradores de generar un impacto social y ambiental positivo, tendrán un régimen de responsabilidad ampliado. Por un lado, tendrán mayores deberes por lo relativo al impacto social y ambiental positivo que se obligan a generar para todos los grupos de interés (incluido sus accionistas) ya que necesitarán trabajar en la creación de dicho impacto con la misma importancia y deber de cuidado que han de tener para la actividad económica. Por el otro, tendrán mayores protecciones frente a posibles demandas de socios u accionistas por la no maximización de las utilidades.¹¹ Por ello varios de los proyectos de Sociedades BIC prevén – como contrapartida del régimen de responsabilidad ampliado– que la responsabilidad de los administradores por el cumplimiento de la obligación de considerar a todos los grupos de interés sólo podrá ser exigible por los socios y la sociedad.

Los administradores deberán determinar el impacto social y ambiental positivo que se obligan a generar y gestionar y reportar el mismo. El reporte de dicho impacto, conforme los proyectos legislativos, deberá ser presentado ante la autoridad de contralor.

Existe una diferencia en lo que refiere a la consideración de los los grupos de interés de una organización frente a: (i) a la consecución del propósito, es decir el compromiso de crear impacto social y ambiental positivo; y (ii) el cumplimiento de un principio general básico del derecho como lo es el de “no dañar”.¹² Es por ello que además de servir esta diferenciación para analizar una distinta ponderación para el alcance de su responsabilidad, también resulta útil en lo que refiere a medir y gestionar el impacto que se genere. Puesto que la misma conceptualización de impacto que previamente consignamos distingue entre resultados positivos y/o la no generación de un resultado negativo evitable.

3. Leyes comparadas de Sociedades BIC en Latinoamérica: ¿Cómo consideran el impacto social y ambiental positivo?

En la región a la fecha tienen leyes aprobadas de Sociedades BIC los siguientes países: Colombia, Perú, Ecuador, Uruguay y Panamá. A continuación haremos un análisis de cómo han definido o considerado el impacto social y ambiental positivo en estas jurisdicciones.

⁹ Los diversos proyectos de Sociedades BIC prevén esta obligación de los administradores de considerar a todos los grupos de interés.
¹⁰ Connolly C, Coniglio A. “Empresas de triple impacto y Derechos Humanos en Argentina” (2021) La Ley, Buenos Aires TR LALEY AR/DOC/758/2022

¹¹ Connolly, C., Mujica Filippi, J. D. y Noel, S. (2020). Movimiento legislativo de sociedades de beneficio e interés colectivo (B.I.C.) en América Latina: Análisis, desafíos, y propuestas para su avance. <https://bit.ly/3zLxZ7t>

¹² Connolly C, Coniglio A. “Empresas de triple impacto y Derechos Humanos en Argentina” (2021) La Ley, Buenos Aires TR LALEY AR/DOC/758/2022

País	Normativa	¿Incluye definición de impacto?	
Colombia	Ley 1901/2018	No	
	Reglamentación Decreto 2046/2019	No ¹	
Perú	Ley 31072/2020	No	
	Reglamentación Decreto supremo N° 004-2021	Si	Artículo 3: d) Impacto material positivo.- Es el resultado enfocado en mejorar el bienestar de la población y/o al medio ambiente, medible en el tiempo, y que ha sido generado por una o varias acciones de manera directa por la Sociedad BIC. e) Reducción de impacto material negativo.- Es el resultado orientado a la eliminación o mitigación del efecto de una alteración negativa, generada por la naturaleza o por terceros ajenos a la Sociedad BIC, en uno o más de los componentes del ambiente y/o en un determinado grupo de personas, o en la comunidad en general, el mismo que es medible en el tiempo, y que ha sido generado por una o varias acciones de manera directa por la Sociedad BIC.
Ecuador	Ley Orgánica de Emprendimiento e innovación /2020	No ²	
	Resolución SCVS-Inc-DNCDN 2019/0021	No	
Uruguay	Ley 19969/2021	No	
	Reglamentación 136/2022	Si	Art. 3: b) Impacto positivo.- Es el resultado enfocado en mejorar el bienestar de la población y/o el medio ambiente, medible y verificable en el tiempo, y que ha sido generado por una o varias acciones de manera directa por la Sociedad BIC ³ .
Panamá	Ley 303/2022	No ⁴	

¹No lo define, pero menciona sobre su reporte áreas a considerar: el modelo de negocio, el gobierno corporativo, las prácticas laborales, ambientales y sociales.

²No define impacto material positivo como se refiere la ley pero sí enuncia "Áreas de impacto" siendo éstas: Gobernanza, capital laboral, comunidad, clientes y medio ambiente; y enuncia ejemplos de aspectos a considerar en cada área.

³En el mismo artículo define objetivos sociales y ambientales: "c) Objetivos sociales. - Son aquellas metas cuantificables, destinadas a mejorar, parcial o totalmente, el bienestar de la población, resolviendo o disminuyendo los efectos de un problema generado por la naturaleza o por terceros ajenos a la Sociedad BIC. d) Objetivos ambientales. - Son las metas destinadas a garantizar la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales, mediante la prevención, protección, recuperación del ambiente y sus componentes. La conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, de una manera responsable y congruente con el respeto a los derechos fundamentales de la persona".

⁴ Si bien no define el concepto de impacto positivo pero sí prevé en el artículo 6 categorías de impacto tales como laboral, ambiente, educación y deporte, salud, pobreza y desigualdad, alimentación y cualquier otra que determine el Órgano Ejecutivo mediante reglamentación". Asimismo, prevé que al menos dos categorías establecidas en la ley deben considerarse y que una de las categorías de impacto siempre deberá ser la de ambiente.

4. Propuesta de artículo impacto para las Sociedades BIC en nuestro país.

Habiendo analizado el marco regulatorio regional en relación a la noción de impacto positivo social y ambiental podemos analizar en nuestro marco regulatorio cuál sería la mejor manera de regular sobre el mismo.

El proyecto de Sociedades BIC que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados¹³ delegaba en la reglamentación la consideración de qué es el impacto. El fundamento de ello fue que el concepto de impacto es dinámico y sus formas de gestión y medición están en constante revisión y análisis, buscándose uniformar los métodos de medición a nivel global¹⁴. Regular sobre el impacto en la ley que tiene vocación de permanencia no permitiría poder ajustar dicha noción con el dinamismo que se requiere. La regulación muchas veces se encuentra pasos atrás o brinda soluciones tardíamente a las demandas de la sociedad y a las necesidades sociales y económicas que imperan en un determinado tiempo, más aún, en este momento que estamos viviendo en relación al desarrollo sostenible y a la necesidad que las empresas – como sector privado- se involucren en dar soluciones sociales y ambientales.

En este sentido, y conforme surge de los proyectos de ley estudiados, que no definen en sus leyes el impacto sino en la reglamentación es que consideramos que la ley de Sociedades BIC de nuestro país debería conceptualizar el impacto en la reglamentación (como hacen las leyes de Perú y Uruguay). Y el concepto de impacto debería ser amplio y podrían darse ejemplos de áreas de impacto aunque de manera enunciativa y no limitativa.

Nuestra propuesta de regulación sobre el impacto sería la siguiente: **(i) en el proyecto de Sociedades BIC la siguiente referencia del impacto:** *“Serán sociedades BIC aquellas constituidas conforme a alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984 y sus modificatorias, en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor No 27.349 y los que en el futuro se incorporen a dicha normativa y/o se creen en forma independiente a ella, cuyos socios además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción y/o intercambio de bienes y/o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas, se obliguen a generar un impacto positivo, integrando a su actividad económica la consecución del propósito de beneficio social y ambiental elegido. Para efectos de la presente ley, se entiende por “beneficio e interés colectivo” el impacto material positivo o la reducción de un impacto negativo en la sociedad y en el ambiente”.*

(ii) En la reglamentación: a) definir el impacto positivo social y ambiental de la siguiente manera: *“Impacto: efecto material importante y profundo -generado por sobre los estándares exigidos por la legislación vigente- que implica la generación de uno o más resultados positivo y/o la no generación de un resultado negativo evitable, sobre el ambiente y/o un determinado grupo de personas que se encuentra desatendido”;* y b) enuncia a título ejemplificativo las siguientes áreas de impacto que coadyuven al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobada por la ONU, o documento que la amplíe, complemente o sustituya. Entre las cuales se encuentran la actividad empresarial enfocada en: 1. *Laboral: la contratación, preferentemente, de personas con discapacidad, en pobreza, en pobreza extrema o en desempleo; y fomentar empleo decente y crecimiento económico.* 2. *Ambiente: en el uso adecuado y/o en la conservación de energía (y generación energía asequible y no contaminante), agua, naturaleza, vida silvestre y recursos naturales o en el reciclaje y reutilización de desechos; y la promoción de acciones destinadas a mitigar los efectos negativos del cambio climá-*

¹³ Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo – BIC – Régimen. Proyecto de Ley 2498-D-2018, Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Sesión 6 de diciembre de 2018 (Media sanción).

¹⁴ Actualmente existen discusiones a nivel internacional y organizaciones que se han fusionado para uniformar los criterios de reporte y medición del impacto; como así también existen estudios internacionales sobre una contabilidad que incluya en valores económicos el impacto social y ambiental de las organizaciones: Lease la iniciativa Impact-Weighted Accounts <https://bit.ly/3bmCuVR>

tico y la adaptación al mismo. 3. *Educación y deporte: en mejorar la calidad de educación y/o en promover las artes, el deporte, la ciencia, la cultura y/o el avance del conocimiento; y promoción de investigación tecnológica e innovación.* 4. *Salud: en prevención y/o tratamiento para tener una población más saludable.* 5. *Pobreza y desigualdad: en la reducción de la pobreza multidimensional y de las desigualdades en el país; impulsar la igualdad de género.* 6. *Alimentación: en reducir la malnutrición y generar cadenas de valor sostenibles.* 7. *Cualquier otra que determine la autoridad de aplicación”.*

5. Conclusiones

Tenemos una oportunidad para poder regular sobre las Sociedades BIC habiendo aprendido de nuestros pares latinoamericanos respecto de qué ha funcionado y qué no. El debate parlamentario de los proyectos requiere que se consideren todas las aristas, fundamentalmente aquellas alineadas al impacto y cómo se verificará éste, como se medirá y reportará el mismo. El impacto es un elemento clave de las Sociedades BIC y fue discusión en el debate de la Cámara de Senadores y uno de los motivos por los cuales el proyecto no fue aprobado en su momento.

La sostenibilidad corporativa y el contexto global ante la crisis climática e inequidad social requieren de la adopción de nuevas formas jurídicas que regulen nuevos modelos de negocios como las Sociedades BIC.

Los inversores institucionales, la cooperación internacional y los inversores privados buscan invertir en modelos de negocios que tengan un propósito y generen impacto social y ambiental positivo pero para ello es necesario reconocer estos nuevos modelos de negocios, como las Sociedades BIC. El reporte y medición del impacto es clave para estos inversores por lo que resulta fundamental que la ley que se aprobada determine qué entenderemos por impacto y permitir, a su vez, la innovación y el dinamismo propio que caracteriza a las empresas comprometidas con el desarrollo sostenible.

LA INSUFICIENCIA DE LA LEY 19550 PARA VEHICULIZAR EL EJERCICIO EN FORMA ASOCIADA DE LAS PROFESIONES LIBERALES REGLADAS POR EL ESTADO

Gustavo Alejandro Roque Cultraro

SUMARIO

La Ley 19550 (LGS) no contiene una regulación adaptable al ejercicio de las profesiones liberales en forma asociada; tampoco la Ley 27349 que introdujo el tipo de la sociedad por acciones simplificadas. Se requiere, necesariamente, de una norma específica que regule a una sociedad pensada exclusivamente para el ejercicio de la profesión liberal por parte de las personas socias, por lo que la sociedad será de medios o instrumental. La ley especial que se requiere deberá, a su vez, ser un microsistema normativo autosuficiente que no remita a aplicar el régimen de la LGS.

PONENCIA

Mucho antes de la sanción de la sanción de la Ley 26994, que puso en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación y modificó la Ley 19550, tuve oportunidad de exponer mi punto de vista sobre la problemática que presenta el ejercicio de las profesiones liberales¹ bajo el molde de los tipos societarios que regula la (por entonces) Ley de Sociedades Comerciales². Hoy, a pesar de las modificaciones introducidas a la ley societaria para hacer de ella un régimen general, la cuestión no se ha modificado en lo sustancial, por lo que debo mantener las observaciones en tal momento formuladas.

Sostuve entonces que la impronta comercial que impregna a la Ley 19550 da lugar a varios problemas para el ejercicio asociado de una profesional liberal reglada, como resultan aquellas que requieren de título habilitante para su ejercicio³. Entre ellos destacué: la *despersonalización* del ejercicio profesional, la afectación de las *incumbencias profesionales*, el *aporte* como conformación del patrimonio social (que en algunos tipos societarios impide aportar obligaciones de hacer, lo que en definitiva es el ejercicio profesional), la consideración del producto obtenido de la *labor intelectual* como bien transable, el *honorario* como precio

¹ Por "profesión liberal" entiendo "aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, como facultad ejercida con virtud, disposición y habilidad aplicada a un conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien algo", y que respecto del vínculo que se genera entre la persona profesional y quien es su cliente o paciente, importa su calificación como intuitu personæ ("en atención a la persona"), por lo que se requerirá a la persona profesional que – previamente – obtenga un título habilitante y se sujete a un régimen ético y disciplinario muy específico de la profesión que ejerza.

² Cultraro, Gustavo, "La problemática de las sociedades profesionales" en *Tratado de los conflictos Societarios*, Dir. Diego Duprat, Tomo 1, página 535 y siguientes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.

³ En Argentina, la Ley 24.521 de Educación Superior regula la certificación académica y a la habilitación profesional. "Artículo 42: Los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias. Los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores, serán fijados y dados a conocer por las instituciones universitarias, debiendo los respectivos planes de estudio respetar la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades".

de mercado y no como retribución de carácter alimentario, la consideración del *cliente o paciente* como persona consumidora o usuaria y las implicancias que de ello se derivan por la aplicación del estatuto consumeril y de las normas conexas (responsabilidad objetiva, lealtad comercial y defensa de la competencia), la eventual existencia de *socios no profesionales* y la posible calificación del conjunto de *elementos materiales e inmateriales* de los que se valen las personas profesionales para el ejercicio de la profesión como elementos de un establecimiento que pueda ser objeto de tráfico comercial (lo que conlleva a considerar – de admitirse tal calificación– toda la problemática de la clientela y el valor llave).

Ahora bien, lo dicho no implica desconocer la complejidad del mundo profesional actual que determina, en muchos casos, la necesidad de asociarse como única vía para ejercer eficaz y eficientemente la actividad profesional liberal. Abaratar costos, establecer equipos de trabajo eficaces, evitar el desafío de la soledad del trabajo intelectual y otras cuestiones. son razones suficientes de ser tenidas en cuenta para considerar la figura societaria como un vehículo apto para el ejercicio profesional en una realidad cada vez más compleja porque exige mayores recursos para el desarrollo de una determinada profesión.

Pero la cuestión a debatir no es “sociedades si o sociedades no”. Al contrario, el debate que se debe dar es determinar si el molde que nos brinda la ley general de sociedad (LGS) en cualquiera de sus tipos societarios e – incluso – el que permite la Ley 27349 (LACE), resultan suficientes para vehicular la actividad profesional bajo la figura societaria. Anticipo mi opinión negativa sobre este punto.

Asociarse con fines útiles es un derecho de rango constitucional (artículo 14 CN), por lo cual no es discutible el ejercicio profesional en forma asociada; quienes quieran así pueden hacerlo. Pero la subsunción de la actuación profesional bajo el actual sistema de la LGS o el que regula la LACE para hacer operativo tal derecho fundamental no nos puede hacer olvidar los valores deontológicos esenciales de cada profesión liberal reglada⁴ que ha de ejercerse en forma asociada (entre otros, son ejemplos de esos valores: *la independencia del criterio profesional, el secreto profesional, los conflictos de intereses*).

Desde ese ángulo de análisis, a mi juicio queda claramente evidenciado que la LGS y la LACE no brindan un marco regulatorio adecuado para el ejercicio profesional en forma asociada por varias razones; pero una de las más relevantes es que ninguna de esas normas regula a la *sociedad instrumental o de medios*⁵ (que en el marco legal referido importa determinar una sociedad que no tiene actividad como sujeto de derecho); al contrario, dichas leyes regulan sociedades que imponen concluir – ante todo – que la actividad que desarrollan en cumplimiento del objeto social es propia del ente social y no de las personas socias. Y, aunque sea de Perogrullo, cualquier ejercicio de una profesión libre que esté regulada o reglada por el Estado, impone que se debe obtener título habilitante y que a dicho título solo pueden acceder personas humanas. Esa sola observación parece imponer, como primera conclusión, la necesidad de una contar en Argentina con una ley societaria especial para todas las profesiones liberales, si la intención es admitir la actuación profesional bajo la figura societaria; desde ya que puede

⁴ Se reconoce en quien ejerce una profesión liberal un grado de independencia absoluto y la sujeción a un código de ética y al poder disciplinario de entes públicos, estatales o no. A su vez, la comunidad en general otorga a la profesión que se ejerce una función social, al punto tal de establecer un régimen muy específico para habilitar su ejercicio a través de leyes que regulan la educación superior, por un lado, y de normas éticas que disciplinan el ejercicio de cada profesión.

⁵ Anaya, Jaime. “La sociedad de profesionales”, ED 123-272; también Farina, Juan M. en “El contrato de sociedad entre los contratos de colaboración. Las sociedades entre abogados”, en *Cuadernos de la Universidad Austral*, N° 1, “Derecho Empresario Actual”, Depalma, páginas 318 y 321.

optarse por encuadrar dicha actuación bajo el marco de un contrato asociativo⁶ innominado⁷, pero tal cuestión excede el planteo de esta ponencia.

Agrego, a su vez, que a mi juicio no alcanzaría con una reforma al artículo 1° de la LGS para admitir la sociedad de medios o instrumental pues hay otras cuestiones que hacen a una profesión liberal, cuya habilitación y ejercicio está reglado por normas de derecho público, que colisionan en forma directa con los principios y normas que estructuran a la sociedad en el Derecho Argentino. Las leyes de ejercicio profesional (normas jurídicas de naturaleza administrativa) regulan respecto de *quiénes* pueden ejercer una profesión liberal (solo personas humanas), bajo *qué* requisitos pueden hacerlo (título académico habilitante bajo un plan de estudio homologado por un órgano estatal), y *cuál* es el plexo de derechos, obligaciones y deberes específicos que deben observar las personas profesionales y que, a su vez, delimitan las incumbencias⁸ de la profesión elegida.

La Ley 19550 es, para el Derecho Argentino, un *microsistema normativo autosuficiente* aplicable a toda clase o tipo de sociedad salvo que exista una ley especial que lo desplace o subordine su aplicación como ley supletoria (v. gr. SAS y cooperativas). La ley general regula la vida interna del ente social de una forma distinta a las normas que rigen las relaciones asociativas de las personas profesionales; y en la faz externa regula el interés de los terceros que se vinculan con el ente societario teniendo en cuenta intereses diversos al que puede tener un paciente o cliente de la persona profesional, al punto de establecerse en la ley general normas rígidas en cuanto al componente patrimonial del ente (v.gr., las reglas que regulan todo lo relativo al aporte y al capital social). La ley societaria vigente impone, a su vez, moldes predeterminados (tipos societarios) que, entre otras cuestiones, disponen soluciones para los conflictos entre socios y para la responsabilidad frente a terceros que no siempre son adaptables al ejercicio profesional liberal por parte de un conjunto de sujetos profesionales asociados.

Pero esto es así porque la LGS, y en su caso, la LACE, regulan a la sociedad de naturaleza comercial, a la que conceptúan como una organización jurídica que tiene por finalidad producir bienes y servicios para el mercado, con la causa fin de obtener beneficios; y, lo que no es de menor consideración en el tema del ejercicio profesional, le otorga una personalidad jurídica diferenciada de los socios. Es decir, la LGS es un recurso técnico para canalizar la actuación de los agentes que asumen un riesgo empresarial y que concurren al mercado transaccional de bienes y servicios, conjugado – a su vez- un fin esencialmente personal de los sujetos que la conforman (participar en los beneficios). Por tanto, lógico es concluir que la sociedad (en el molde de la LGS) responde a principios jurídicos esencialmente mercantiles que son disímiles de aquellos otros que se predicen de una profesión liberal.

⁶ CCyCN. "Artículo 1442: Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. A estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho..."

⁷ CCyCN. "Artículo 1446: Libertad de contenidos. Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos".

⁸ Ley 24.521 de Educación Superior: "Artículo 43. Cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, se requerirá que se respeten, además de la carga horaria a la que hace referencia el artículo anterior, los siguientes requisitos: a) Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades; b) Las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria o por entidades privadas constituidas con ese fin debidamente reconocidas. El Ministerio de Cultura y Educación determinará con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos".

Así puedo afirmar sin hesitación alguna que la LGS no está en condiciones por sí sola de dar todas las soluciones posibles a los problemas que presenta la actuación asociada en las profesiones liberales. Aunque admito que la libertad de asociarse es un derecho de rango constitucional ello no implica que su operatividad deba canalizarse a través de la LGS o la LACE. Hay intereses de la comunidad en su conjunto que se encuentran involucrados de solo analizar la regulación deontológica de una profesión liberal; dichos intereses, que expresan valores que se traducen en principios sobre los que se estructura el ejercicio profesional, no son aquellos que comunican las normas societarias⁹ y, en muchos casos, colisionan entre sí o directamente resultan de muy difícil coordinación¹⁰.

En suma, asociarse para el ejercicio profesional importa analizar una realidad compleja que no es posible de ser superada con la simplificación de admitir que se constituya una sociedad bajo los tipos tradicionales, pues estos regulan una realidad muy disímil a la profesión liberal: la *empresa comercial*. Al contrario, la prestación profesional es una relación *intuitu personæ* que descansa en el componente intelectual de quien la brinda y la confianza que genera en quien lo contrata, y que se debe cumplir bajo normas éticas y deontológicas extrañas a los principios que comunica la LGS, entre los que se encuentra la preeminencia del *interés social* como eje cardinal que prima sobre el interés individual de la persona socia, a quien se impone adecuar su conducta al interés de la sociedad (cuestión de difícil coordinación en el ejercicio profesional).

En el Derecho comparado Guyón¹¹ advirtió los riesgos en la regulación de sociedades constituidas para el ejercicio de una actividad profesional cuando analizó las figuras de las *sociedades civiles profesionales* (SCP) y las *sociedades de ejercicio liberal* (SEL) que se constituyen en miras a distribuir los beneficios resultantes de la explotación en común de una clientela y las diferenció de los grupos de medios creados bajo la forma de *grupo de interés económico* cuyo objeto o finalidad es la puesta en común de medios (locales, biblioteca, secretaría) pues cada asociado será titular de su clientela. Podemos, a partir de la experiencia internacional, construir un sistema societario específico para el ejercicio asociado de profesiones liberales.

Corolario: De lo que he expuesto surge como necesario el dictado de una ley, que en forma totalmente independiente del sistema societario actual (LGS, LACE), regule a la sociedad de profesionales como un medio que tenga por objeto facilitar el ejercicio en común de una actividad profesional liberal. Dicha sociedad podrá denominarse por el

⁹ La naturaleza civil de la actuación profesional no se asienta en su faz económica sino en el valor social que se da al uso del intelecto y en el marco ético y disciplinario dentro del cual se le requiere actuar a la persona profesional. A esta se le exige más que a otra persona que actúa socialmente; por tanto, su actuación no puede verse sólo desde una óptica economicista de la vida sino también a partir de su apego al cumplimiento de normas éticas y de secreto profesional que son obligaciones, cargas y deberes que expresan valores que la comunidad en su conjunto considera necesarios proteger dado que se expresan en un ámbito de conducta social y de actuación profesional extraño al derecho societario mercantil. Al contrario, el derecho societario fija en el ánimo de lucro o beneficios, en el riesgo empresarial, en el principio de las mayorías y en el interés social por sobre el de las personas socias, algunos de sus ejes rectores más importantes. La colisión con las reglas que se fijan para la actividad profesional liberal son evidentes: *imposibilidad de delegar en otro sujeto el propio ejercicio profesional, la libertad de juicio y de decisión de la persona profesional que no puede quedar sujeta al régimen de mayorías, el secreto profesional que no puede ser compartido con las demás personas socias, el interés del cliente por sobre el personal de cada profesional, la prestación del servicio profesional que es el aporte esencial que hace la persona profesional y – finalmente – el régimen civil, penal y disciplinario que rige cada profesión.*

¹⁰ Algunos ejemplos: la percepción del honorario o retribución al profesional como derecho alimentario colisiona con el derecho al dividendo subordinado al interés social y de los terceros; las cuestiones referidas a los aportes de capital colisionan con la prestación del servicio profesional pues no es calificable como aporte.

¹¹ Guyon, Ives: *Las sociedades de ejercicio profesional en el Derecho Francés* (disertación del 05/10/99 pronunciada por el autor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina). MJ-DOC-1270- AR | MJD 1270.

nombre de algunas o todas las personas socias más la expresión *sociedad de ejercicio liberal* o su sigla (SEL); las personas socias deberán asumir una responsabilidad ilimitada (más allá de la que le corresponda a la persona profesional que brinde específicamente el servicio requerido); deberá respetarse las incumbencias profesionales y las normas éticas y deónticas de cada profesión; no podrá admitirse la transmisibilidad de la condición de socio y la distribución de los beneficios deberá disponerse, aunque sea en parte, en función de los esfuerzos desplegados por los socios o socios que presten el servicio profesional y no en función del capital aportado. Finalmente, no debería admitirse como socio o socia a una persona que no sea profesional.

DE LA RSE A LA DEBIDA DILIGENCIA EN DERECHOS HUMANOS COMO HERRAMIENTA PARA LA GESTIÓN DE RIESGOS EMPRESARIALES¹

Pedro Dacunda

SUMARIO

La presente ponencia aborda los principales avances que existen en el área de Empresas y Derechos Humanos y sus diferencias con el modelo de la Responsabilidad Social Empresarial, del cual es superador. Se argumenta que la aceptación que este marco tiene es parte de la nueva normalidad en la gestión empresarial, por lo que se busca llamar la atención acerca de algunos de los avances producidos en torno a la implementación de procesos de debida diligencia en derechos humanos, como mecanismo destinado a la gestión de riesgos empresariales. Para ello, realizamos una breve reseña sobre las características de este nuevo paradigma, para luego explicitar algunas de las ventajas que reporta la implementación de procesos de debida diligencia en la gestión empresarial. Finalmente, se concluye sobre la necesidad de contemplar la forma en que el marco de empresas y derechos humanos comienza a formar parte de las nuevas exigencias del comercio, tanto interno e internacional, en tanto se constituye como parte de un modelo de conducta promovido para asegurar el desarrollo sostenible e inclusivo de las sociedades.

PONENCIA

I. Introducción

La idea de la regulación de la actividad empresarial por medio de normas no estatales no ha sido ajena ni desconocida por los comerciantes a lo largo de la historia. Por el contrario, “[h]asta el advenimiento de los estados nacionales y aún después de la aparición de estos, las relaciones económicas estaban regidas (...) en gran medida por un derecho universal. La *lex mercatoria* era un derecho creado y directamente impuesto por fuerza de las costumbres mercantiles, de los estatutos de las corporaciones mercantiles y de la jurisprudencia de los tribunales de los mercantes”². Aquella situación se vio modificada cuando los Estados nacionales asumieron la regulación de las normas que regían la actividad económica. Con ello, se produjo “[l]a transformación de la autorregulación comercial en derecho estatal”³, de forma tal que “[l]a *lex mercatoria* misma se estatiza convirtiéndose en los códigos de comercio”⁴. En años más recientes, una situación similar se produjo en cuanto al vínculo existente entre el desarrollo de las actividades empresariales y el respeto por los Derechos Humanos. Si bien en un primer momento su conexión fue desatendida⁵; aquella concepción comenzó

¹ Agradezco profundamente la colaboración recibida para la redacción de esta ponencia por parte de la Profesora Florencia S. Wegher Osci, como así también sus comentarios a una versión preliminar.

² Galgano, Francesco (2005), “La globalización en el espejo del derecho”, 1era edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 51.

³ Basedow, Jürgen (2010), “El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, en Fernández Arroyo, Diego P. y Moreno Rodríguez, José A. (Directores), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Thomson Reuters, p. 8.

⁴ Galgano, Francesco (2005), op. cit., p. 55.

⁵ Ver, clásicamente, Friedman, Milton (1970), “The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits”, *The New York Times*,

a ser dejada de lado con el desarrollo de la idea de la Responsabilidad Social Empresaria (RSE), “doctrina que hace alusión a un conjunto de comportamientos asumidos voluntariamente por las compañías, de cara a su interacción con sus respectivos *stakeholders*”⁶. La RSE se trata “de un mecanismo de autorregulación de la empresa”⁷. Sin embargo, este modelo autorregulativo ha sido paulatinamente reemplazado, primero en el plano internacional y luego trasladándose a las esferas nacionales, por la agenda de Empresas y Derechos Humanos⁸, la que trajo aparejada un conjunto de herramientas y dispositivos que asisten a la implementación de procesos de debida diligencia en derechos humanos, como mecanismo destinado a la gestión de riesgos empresariales.

La presente ponencia busca llamar la atención sobre algunos de los avances producidos en torno a la implementación de procesos de debida diligencia en derechos humanos y a la aceptación del marco de empresas y derechos humanos como parte de la nueva normalidad en la gestión empresarial. Para ello, realizamos una breve reseña sobre las características de este nuevo paradigma, para luego explicitar algunas de las ventajas que reporta la implementación de procesos de debida diligencia en la gestión empresarial. Finalmente, se concluye sobre la necesidad de contemplar la forma en que el marco de empresas y derechos humanos comienza a formar parte inexorable de las nuevas exigencias del comercio, tanto interno e internacional, en tanto se constituye como parte de un modelo de conducta promovido para asegurar el desarrollo sostenible e inclusivo de las sociedades.

II. De la RSE a la debida diligencia

Durante los años 1960 y 1970, “el papel de las empresas (...) fue objeto de un gran número de debates y regulaciones”⁹. En ese marco, se desarrollaron iniciativas de carácter global como la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (Declaración de la OIT), las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales (LDEM) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” de la Organización de Naciones Unidas (PRNU). Estos tres dispositivos, que delimitan una suerte de columna vertebral en la materia¹⁰, regulan la actividad de las empresas con un enfoque específico en derechos humanos. El camino iniciado por estas iniciativas impulsó la consolidación del campo de estudios conocido como Empresas y Derechos Humanos (EDH)¹¹.

Los PRNU significan “un punto de inflexión total en materia de gestión empresarial. Ya

¹³ de septiembre, sección SM, p. 17.

⁶ Cufre, Denisse Y.; Raskovsky, Rodrigo; Lascano, Sofía y Botero, Santiago (2020), “Autorregulación empresarial”, en Böhm, María Laura (Editora), *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en América Latina. Para una visibilización de la violencia invisible*, Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 52.

⁷ Cufre, Denisse Y. (2022) “Las empresas y los Derechos Humanos. Un cambio de paradigma” en Cufre, Denisse Y. y Wegher Osci, Florencia S., *Empresas y Derechos Humanos en y para Argentina*, La Ley 2022-B, edición especial del 2 de marzo, p. 3. Sobre el debate tradicional acerca de la voluntariedad de la RSE ver Botero, Santiago (2015), “Empresa, Sociedad y Derecho. Teoría general sobre la función social de la empresa”, Editorial Porrúa, México., pp. 31-45.

⁸ Para profundizar, ver Wettstein, Florian (2018), “International business and human rights: A research agenda”, *Journal of World Business*, Cambridge University Press, vol. 54, nro. 1.

⁹ Pinto, Mónica (2020), “El derecho internacional consuetudinario, las empresas y los derechos humanos”, Thomson Reuters, Año LXXXIV N° 77, La Ley 2020-B, p. 5.

¹⁰ Ver, con mayor exhaustividad, Wegher Osci, Florencia S. (2020), “La experiencia del Punto Nacional de Contacto argentino en materia de reparaciones: desafíos y oportunidades para su fortalecimiento”, *Revista Electrónica del Consejo de Derechos Humanos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Dossier Especial sobre Derechos Humanos y Empresas, p. 71.

¹¹ Para un análisis en mayor profundidad del marco conceptual ver Dacunda, Pedro (2022), “Consideraciones para la implementación de la debida diligencia ambiental en empresas del sector agrícola en el marco del ordenamiento jurídico argentino”, *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, pp. 203-217.

no es suficiente introducir el tema en una política de RSE, porque la dinámica que los Principios suponen va mucho más allá de la Responsabilidad Social Empresarial. Los Principios Rectores poseen una dinámica especial, que se introduce en el centro mismo de la estrategia empresarial de gestión¹². De esta forma, “mientras la RSE enfatiza en el comportamiento responsable, la EDH se enfoca en un compromiso delimitado en el área de Derechos Humanos. EDH es, en parte, una respuesta al fracaso percibido por la RSE¹³. Y es que los “Derechos Humanos no han llegado a jugar un papel central en la conceptualización general de la RSE¹⁴, y ello ha llevado indefectiblemente a su fracaso como respuesta de la conducta empresarial a sus obligaciones éticas y las expectativas de la sociedad¹⁵.”

En contraste, la debida diligencia busca trascender “la visión de responsabilidad social empresarial tradicional hacia parámetros vinculantes dirigidos al efectivo respeto de los derechos humanos¹⁶. Sumado al hecho que implica una evaluación continua y extendida, lo cual es positivo si tenemos en cuenta que “los riesgos para los Derechos Humanos pueden cambiar con el tiempo, en función de la evolución de las operaciones y el contexto operacional de las empresas¹⁷. Otra ventaja significativa es que los PRNU y la “debida diligencia en Derechos Humanos les otorga a las empresas un proceso mediante el cual evaluar su conducta frente a un conjunto universal de derechos”, a diferencia de la RSE, que “se enfoca en la toma de decisiones individuales por parte de las empresas¹⁸, como si fuera una visión a la carta de los Derechos Humanos.

A su vez, no podemos desconocer que la RSE ha sido objeto de escrutinios y críticas cada vez mayores en los últimos tiempos¹⁹, y la respuesta a muchos de los problemas señalados ha sido brindada por la agenda EDH, que presenta un control racional normativo -a diferencia del instrumental de la RSE-, socialmente público y obligatorio -a diferencia del privado y voluntario-, con una implementación enfocada en los titulares de derechos, de *hard law* y con un Estado activo -a diferencia de la orientación corporativa, de *soft law* y con un Estado pasivo de la RSE-²⁰. América Latina y el Caribe han recibido un fuerte impulso en la materia²¹. Particularmente, si bien el Estado argentino “se ha comprometido a velar por la protección de los derechos humanos, incluso cuando las afectaciones provienen del sector privado²², lo cierto es que a nivel normativo sólo encontramos sancionadas leyes que abordan diferentes aspectos de

¹² Alzari, María José (2022), “Empresas y Derechos Humanos: enfoque de gestión “obligatorio o voluntario” para las empresas”, en Cufre, Denisse Y.; Wegher Osci, Florencia S. (Coordinadoras), op. cit., p. 5.

¹³ Ramasastry, Anita (2015), “Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability”, *Journal of Human Rights*, Volumen 14, p. 238.

¹⁴ Wettstein, Florian (2012), “CSR and the Debate on Business and Human Rights: Bridging the Great Divide”, *Business Ethics Quarterly*, Cambridge University Press, p. 747.

¹⁵ Schrempf-Stirling, Judith; Van Buren, Harry III; Wettstein, Florian (2022), “Human Rights: A Promising Perspective for Business & Society”, *Business & Society*, p. 13.

¹⁶ CIDH (2019), “Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, p. 24.

¹⁷ UNGA (2016), “Abordar el impacto de los derechos humanos de las operaciones agroindustriales en las comunidades indígenas y locales: deberes del estado y responsabilidades de las empresas”, UN Doc A/71/291, p. 5.

¹⁸ Ramasastry, Anita (2015), op. cit., pp. 247.

¹⁹ Ver, en este sentido, Wettstein, Florian (2020), “The history of ‘business and human rights’ and its relationship with corporate social responsibility”, *Research Handbook on Human Rights and Business*, p. 35-40.

²⁰ Schrempf-Stirling, Judith; Van Buren, Harry III; Wettstein, Florian (2022), op. cit., p. 11.

²¹ Ello a partir de la implementación del Proyecto “Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe”, que involucra nueve países de América del Sur y América Central: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá y Perú. Y de la conformación de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que en su mandato incluyó la agenda de EDH y ha publicado un informe -antes citado- que recoge los estándares interamericanos en la materia.

²² Cufre, Denisse (2022), op. cit., p. 3.

la RSE²³, por lo que es de gran importancia abordar el estudio de las ventajas significativas que representa la adopción de estos procesos por parte de las empresas.

III. Beneficios de la implementación de procesos de debida diligencia en la gestión empresarial

La implementación de procesos de debida diligencia conlleva una serie de desafíos. Sin embargo, a la par, trae aparejado múltiples ventajas que analizaremos a continuación.

A. Eficiencia en la gestión de los riesgos en derechos humanos asociados a la actividad de las empresas

La implementación de procesos de debida diligencia es el mecanismo previsto por el marco de empresas y derechos humanos para la gestión de los riesgos –de sector, producto, geográficos o propios de la empresa en particular– de las empresas, sean estas de capital privado, público o mixto, e indistintamente de su tamaño, sector, propiedad y ubicación en la cadena de suministro. La incorporación de estas metodologías puede darse a partir de estrategias ya operativizadas dentro de la gestión de la empresa, generalmente limitadas a las dimensiones ambiental y de transparencia o *compliance*, al tiempo que amplía sus horizontes y articula las expectativas de conducta de las empresas con sus socios comerciales, sus relaciones y operaciones. Todo ello en el entendimiento de que la actividad productiva debe no solo promover el desarrollo económico y social de las comunidades sino además, y muy especialmente, abstenerse de afectar negativamente los derechos de las personas y comunidades.

El catálogo de experiencias y buenas prácticas de las empresas, y las herramientas disponibles para la introducción de procedimientos de debida diligencia empresarial se ha ampliado exponencialmente desde la adopción de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, y con más énfasis a partir de la adopción de planes nacionales de acción en empresas y derechos humanos por parte de los Estados Nacionales²⁴. En estos escenarios, la necesidad de contar con modelos, estructuras y herramientas concretas para la acción han favorecido tanto la polinización cruzada de los documentos como la ampliación y segmentación de los modelos disponibles. En este sentido, se observan modelos de debida diligencia por sectores (agroindustria²⁵, inversiones²⁶, minería²⁷, sector textil y de calzado²⁸, debida diligencia para una conducta empresarial responsable²⁹, tecnología³⁰,

²³ Pueden verse en Najurieta, María Susana y Wegher Osci, Florencia S. (2020), "Argentina", en: Kessedjian, Catherine y Cantú Rivera, Humberto, *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, vol. 42, Springer, pp. 57-109.

²⁴ Para conocer los Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos adoptados hasta la fecha ver: <https://globalnaps.org/>

²⁵ OCDE/FAO (2017), "Guía OCDE-FAO para las cadenas de suministro responsable en el sector agrícola", disponible en: <https://www.oecd.org/governance/guia-ocde-fao-para-las-cadenas-de-suministro-responsable-en-el-sector-agricola-9789264261358-es.htm>.

²⁶ OCDE (2017), "Los inversionistas institucionales y la conducta empresarial responsable", disponible en: <http://mneguidelines.oecd.org/los-inversionistas-institucionales-y-la-conducta-empresarial-responsable.pdf>.

²⁷ OCDE (2021), "Marco de Monitoreo y Evaluación. Guía de debida diligencia de la OCDE para cadenas de suministro responsables de minerales en áreas de conflicto o de alto riesgo", disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/marco-de-monitoreo-y-evaluacion-guia-de-debida-diligencia-de-la-ocde-para-cadenas-de-suministro-responsables-de-minerales-en-areas-de-conflicto-o-de-alto-riesgo.pdf>.

²⁸ OCDE (2021), "Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado", disponible en: <https://www.oecd.org/development/guia-de-la-ocde-de-debida-diligencia-para-cadenas-de-suministro-responsables-en-el-sector-textil-y-del-calzado-59ecbd3-es.htm>.

²⁹ CDE (2018), "Guía de debida diligencia de la OCDE para una conducta empresarial responsable", disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>.

³⁰ Ver: <https://www.ohchr.org/es/business/b-tech-project>

infancia y niñez³¹, género³², dimensión laboral de la CER³³, entre otros), por tamaño³⁴ y procedencia (como son los esfuerzos de Japón y Alemania, las acciones desplegadas por la Unión Europea en América Latina y el Caribe a partir del proyecto CERALC y las acciones que de allí se derivan a partir de sus diferentes componentes -OIT, OCDE, ACNUDH-). Conocer el grado de implementación de estos estándares, que lenta pero sostenidamente adquieren el carácter de obligatorios tanto en normativas nacionales como en acuerdos y marcos de inversión que generan exigencias trasladables a la actividad de las empresas que integran cadenas productivas globales, resulta central para avanzar con aportes concretos para acompañar la reducción de costos y riesgos derivados de la actividad empresarial³⁵.

B. Prevención de daños

Referíamos a que la implementación del proceso de debida diligencia funciona como un mecanismo para la prevención de los impactos negativos, reales y potenciales, que puede tener una empresa. En este aspecto, debemos tener presente que el Código Civil y Comercial (CCCN) ha regulado de forma sistemática la función preventiva del daño, que comprende el deber de evitar causar un daño no justificado, la adopción de medidas para evitar que se produzca un daño o la disminución de su magnitud y la no agravación si este ya se produjo³⁶. La ventaja de la adopción de procesos de debida diligencia se traduce en, al menos, dos aspectos. El primero de ellos consiste en la reducción de la producción del daño, o la disminución de sus consecuencias negativas cuando éste no ha podido ser evitado; lo que robustece la defensa procesal que la empresa puede oponer ante el intento de la acción preventiva de daños. Con ello, la empresa cuenta con un mecanismo medible y demostrable para acreditar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 1710 del CCCN, pues “la prevención es el objetivo principal de la debida diligencia”³⁷.

En segundo lugar, la empresa demandada por daños que eventualmente puede haber ocasionado, cuando tiene la posibilidad de demostrar que lleva adelante una gestión del riesgo basada en los derechos humanos, puede utilizarlo como un argumento de relevancia para eximirse de ciertas responsabilidades, como puede ser la condena por daños punitivos aplicable a las relaciones de consumo, ya que al “reconocer los esfuerzos de aquellas empresas que demuestran que están tomando medidas significativas para cumplir con el estándar”³⁸ de conducta, los requisitos para su aplicación no estarían dados, ya que “el hecho de que una empresa aborde con seriedad y exhaustividad la debida diligencia en materia de dere-

³¹ UNICEF (2019), “Sector privado y derechos de las niñas, niños y adolescentes. Estudio cuantitativo sobre prácticas y políticas de las empresas en el país”, disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/informes/linea-de-base-2019>.

³² Véase ONU (2019), A/HRC/41/43, Informe del grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre las “Dimensiones de género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/146/11/PDF/G1914611.pdf?OpenElement>.

³³ OIT (2021), “La dimensión laboral de la CER: una guía para empleadores”, disponible en: <https://guiacerempleadores.org/>.

³⁴ Ver, a modo de ejemplo, las guía elaborada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2022): <https://www.iidh.ed.cr/iidh/novedades/19052022-instituto-interamericano-de-derechos-humanos-y-el-consejo-hondure/> y la guía para PyMES de la Cámara de Comercio de Bogotá (2022): <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/27842/PyMes%20y%20Derechos%20Humanos%20Cu%C3%A1da%20pr%C3%A1ctica%20de%20debidadiligencia%20en%20derechos%20humanos%20para%20pymes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁵ OCDE (2021), “Resultados de la Encuesta de la OCDE a Empresas sobre la Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe”, disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/resultados-de-la-encuesta-de-la-ocde-a-empresas-sobre-la-conducta-empresarial-responsable-en-america-latina-y-el-caribe.pdf>.

³⁶ Lorenzetti, Pablo (2020), “Comentario al art. 1710”, Lorenzetti, Ricardo L. (director), *Código Civil y Comercial explicado. Responsabilidad Civil*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 14.

³⁷ OCDE (2018), “Guía de la OCDE de Debida Diligencia para una Conducta Empresarial Responsable”, página 80.

³⁸ Ruggie, John Gerard; Rees, Caroline; Davis, Rachel (2021), “Ten Years After: From UN Guiding Principles To Multi-Fiduciary Obligations”, *Business and Human Rights Journal*, p. 14.

chos humanos puede ser determinante para moderar la sanción. Ello no será siempre pertinente (p. ej., cuando la reparación sea de carácter exclusivamente compensatorio), pero sí (...) en los casos civiles en que los “daños punitivos” formen parte del conjunto de medidas de reparación”³⁹. Este argumento se observa en aquellas resoluciones judiciales que tienen especialmente en cuenta el marco EDH como referencia interpretativa para fundamentar la condena por daños punitivos y abordan el vínculo existente entre la debida diligencia, el deber de prevención y los mecanismos de reparación⁴⁰.

C. Disminución de la litigiosidad

La prevención de riesgos trae aparejada la disminución de la litigiosidad. La incorporación de este tipo de procesos a partir de las guías ofrecidas por el marco de empresas y derechos humanos comporta la necesidad de incluir procedimientos internos, conocidos como operacionales, para la gestión de quejas y denuncias derivadas de la actividad empresarial⁴¹. Este tipo de procedimientos tienen la capacidad de identificar riesgos y actuar como alerta temprana de posibles escenarios de litigiosidad.

Los PRNU establecen una línea base de conducta en el Principio 15, indicando la necesidad de que las empresas cuenten con políticas y procesos “para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos (...) incluyendo (a) [un] compromiso político para cumplir su responsabilidad de respetar los derechos humanos; (b) [un] proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan sus impactos en los derechos humanos; c) [p]rocesos para permitir la reparación de cualquier impacto negativo sobre los derechos humanos que causen o a los que contribuyan”⁴². Sin embargo, independientemente de la implementación de un proceso de debida diligencia, las empresas comerciales pueden causar o contribuir a causar impactos adversos sobre los derechos humanos que no fueron previstos o prevenidos. En consecuencia, y como parte de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, el PRNU 22 indica que las empresas deben prever o cooperar en la remediación de los impactos adversos que han causado o contribuido a través de procesos legítimos, asumiendo no sólo una responsabilidad pasiva, sino que una responsabilidad positiva.

IV. Reflexiones finales

Así como sucedió con la *lex mercatoria*, el superador marco EDH y la implementación de procesos de debida diligencia ha pasado, lenta y sostenidamente, de ser exclusivamente un conjunto de instrumentos de *soft law* a convertirse de manera paulatina pero innegable en un ecosistema⁴³ que incluye disposiciones nacionales obligatorias⁴⁴, regulaciones

³⁹ UNCHR (2018), “Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability”, A/HRC/38/20/Add.2, p. 9.

⁴⁰ Ver las sentencias de la titular del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial N° 1, en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Santa Fe, autos “Valenzuela, Silvina Marina c/ Telecom Argentina S.A. s/ Ordinario” (25/04/2022), TR LA LEY AR/JUR/51069/2022, y “Cantisani, Aldana María c/ Assist Card Argentina SA de Servicios s/ Sumarísimo” (03/06/2022).

⁴¹ Ver especialmente los principios 22, 29 y 31 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

⁴² Human Rights Council (2012), “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, PRNU 15.

⁴³ Para conocer algunas de las características centrales de las leyes de debida diligencia obligatoria y un resumen de las prácticas emergentes en la materia, así como su análisis por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, ver: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/A_73_163_ExecutiveSummary_SP.pdf.

⁴⁴ Los mayores avances, tanto en leyes sectoriales como generales, se han visto en el continente europeo. Para su análisis ver Bernaz, Nadia (2022), “Debida diligencia obligatoria en derechos humanos y ambiente. Tendencias y lecciones desde Europa”, Cufre, Denisse Y. y Wegher Osci, Florencia S. (Coordinadoras), op. cit., pp. 3-5. Para conocer el estado de avance y consultar las diferencias entre las

regionales⁴⁵, e incluso ante la posibilidad de convertirse en un instrumento internacional y obligatorio del derecho internacional de los derechos humanos con incidencia directa en la forma en que los estados nacionales reglamentan la conducta de las empresas en materia de derechos humanos⁴⁶. Paralelamente, diversos tribunales han tenido en cuenta los principios de la materia para fundamentar sus decisiones⁴⁷.

En este escenario, resulta a toda luces necesario contemplar la forma en que el marco de empresas y derechos humanos comienza a integrar de manera inexorable las nuevas exigencias del comercio, tanto interno e internacional, en tanto se constituye como parte de un modelo de conducta promovido por Estados⁴⁸, empresas⁴⁹ y sociedad civil⁵⁰ para asegurar el desarrollo sostenible e inclusivo de las sociedades.

Desconocer el impacto que estos avances y transformaciones comportan en el derecho comercial y en la gestión de las sociedades puede acarrear consecuencias negativas para las empresas, incluyendo condicionamientos para el acceso a ciertos mercados y limitaciones para el acceso a líneas de crédito y financiamiento para el desarrollo de actividades productivas. Por el contrario, reconocer la relevancia de este marco y los beneficios que acarrea su incorporación a la gestión empresarial otorga ventajas comparativas para las empresas al mismo tiempo que asiste a transformar la cultura corporativa acompañando las exigencias de sustentabilidad, desarrollo e inclusión que configuran la nueva normalidad en el comercio.

regulaciones obligatorias de debida diligencia de los estados de Europa ver: <https://corporatejustice.org/publications/comparative-table-corporate-due-diligence-laws-and-legislative-proposals-in-europe-2/>.

⁴⁵ A nivel europeo se está discutiendo la adopción por parte del Parlamento de la Unión Europea sobre debida diligencia en materia de sostenibilidad para las empresas y sus cadenas de suministro. La Propuesta ha sido adoptada por la Comisión Europea y se encuentra sometida a consideración del parlamento desde febrero de 2022. Ver: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1145.

⁴⁶ Sobre el proceso de elaboración de un instrumento vinculante en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que recepte obligaciones en materia de empresas y derechos humanos ver: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/lwg-trans-corp/igwg-on-tnc>.

⁴⁷ Un análisis puede verse en Debevoise and Plimpton (2021), "UN Guiding Principles on Business and Human Rights at 10. The Impact of the UNGPs on Courts and Judicial Mechanisms". En Argentina deben adicionarse las sentencias citadas en la nota 40.

⁴⁸ En el marco de empresas y derechos humanos los Estados deben implementar un mix inteligente de medidas obligatorias y voluntarias y avanzar en la adopción de políticas públicas integrales que permitan acercar la actuación del Estado a las expectativas expresadas en los PRNU. En este sentido, Argentina ha comenzado a trabajar desde la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la elaboración de su Primer Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos. Ver: <https://www.cancilleria.gob.ar/es/iniciativas/plan-nacional-de-empresas-y-ddhh#:~:text=Los%20PNAEDH%20son%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas, trabajadores%20Fas%2C%20entre%20otros>.

⁴⁹ Ver, a modo de ejemplo de esta tendencia OIE/KAS (2021), "Key developments in mandatory human rights due diligence and supply chain law Considerations for employers", disponible en: <https://www.ioe-emp.org/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=156042&token=eelbad43bfa8dbf9756245780a57ff4877a86d5>. Se destacan a nivel nacional el rol del CEADS (Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible, capítulo argentino del WBCSD) y los esfuerzos desplegados por Pacto Global en la capacitación y formación de sus empresas asociadas.

⁵⁰ A nivel regional se recomienda la consulta del trabajo realizado por el Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos: <https://www.business-humanrights.org/es/>.

LAS SOCIEDADES ATÍPICAS DE LA SECCIÓN IV

Ariel Ángel Dasso

SUMARIO

El sistema regulatorio de las sociedades irregulares o de hecho establecido en la Sección IV del Capítulo I “*Disposiciones Generales*” de ley 19.550 en los arts. 21 a 26 incorpora un giro copernicano al sistema de la irregularidad de los tipos societarios que omitan requisitos esenciales o formalidades exigidas por la ley, caracterizado por su carácter eminentemente sancionatorio sustituyéndolo en un giro copernicano por un régimen de libertad o autonomía de la voluntad, en el que la doctrina atribuye correspondencia con la regulación que establece el nuevo Código Civil y Comercial en sus arts. 958 y 1446 que el sistema de tipicidad societaria que constituye la esencia de la ley 19.550.

En el contexto del nuevo sistema atribuye el derecho de receso a los socios disconformes con el procedimiento de subsanación en virtud del cual los socios pueden decidir la eliminación o superación de los defectos de requisitos exigidos respecto de las sociedades típicas mientras se realice durante el plazo de duración de la sociedad previsto en el contrato.

En hipótesis de subsanación o eliminación de los defectos de requisitos exigidos aparece un nuevo sistema de derecho de receso de los socios disconformes con dicha resolución de características propias y aun contradictorios con el derecho de receso regulado en la Ley General de Sociedades aplicables en los tipos societarios de las sociedades de capital: SA y SRL. La nueva normativa derogatoria y opuesta a la preexistente según Ley 19.550, genera efectos novedosos referidos a hipótesis en las que conviven regulaciones legales del instituto del derecho de receso con la exclusión de socios, a cuyo complejo tema refiere la ponencia postulando la incorporación de la causal de receso constituida en caso de la subsanación prevista en el art. 25 de la LGS según reforma Ley 26.994 Anexo II.

Ley 26.994/2015, Anexo II pto. 2.21, sustituyó íntegramente la Sección IV del Capítulo I dedicada a la sociedad irregular o de hecho por un nuevo sistema bajo el título de “*De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos*”.

Optamos por denominarlas “*atípicas*” simplemente porque así las llama la ahora denominada “*Ley General de Sociedades*” que en la misma sustituye el art. 17 bajo el título “*Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales*”.

El art. 21 encabeza la Sección IV, bajo el título de “*Sociedades incluidas*” y contiene la misma definición de sociedad que el art. 17 denomina “*Atipicidad*” para definir a las sociedades que no se constituyan con sujeción a los “*tipos*” del Capítulo II, omitiendo requisitos esenciales o las formalidades exigidas por esta ley.

En el art. 25 bajo el título “*Subsanación*” establece el procedimiento en virtud del cual los socios pueden decidir “*a iniciativa de la sociedad o de los socios durante el plazo de duración previsto en el contrato*” la subsanación de las omisiones de los requisitos esenciales, tipificantes o no, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de requisitos de forma.

El texto legal exige el acuerdo unánime de los socios pero a falta de acuerdo unánime la subsanación puede ser ordenada en procedimiento judicial sumarísimo. El sistema de subsanación incorpora el procedimiento en virtud del cual los socios pueden decidir por

unanimidad la eliminación o superación de los defectos de requisitos exigidos respecto de las sociedades típicas *“a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de duración previsto en el contrato”*. De lo cual se sigue la imposibilidad de subsanación cuando mediare estipulación escrita de plazo de duración de la sociedad o expiración del término por el cual se constituyó.

A falta de la unanimidad requerida por la ley acuerdo podrá ser requerida judicialmente, en procedimiento sumarísimo (CPCCN art. 498 y ss.).

En dicho procedimiento, el juez podrá suplir la falta de acuerdo unánime e imponer la subsanación a condición de no atribuir mayor responsabilidad a aquellos socios que no la consientan, habilitando al disconforme a ejercer el derecho de receso dentro de los 10 días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del art. 92, cuyo texto legal bajo el título de *“Exclusión del socio”* regula el derecho del socio excluido a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de invocación de la exclusión, la participación en los beneficios y en las pérdidas si existen operaciones pendientes; y el correspondiente derecho de la sociedad a retener la parte del socio hasta cumplir las operaciones en curso; y el de sustituir en dinero el aporte indispensable para el funcionamiento de la sociedad imponiendo la responsabilidad del socio excluido hasta la inscripción de la modificación del contrato.

Un aspecto insuficiente de la regulación legal es el que, atribuye titularidad del ejercicio del derecho a no aceptar la subsanación *“a aquellos socios que no la consientan”* habilitando a los disconformes a ejercer el derecho de receso dentro de los 10 días de quedar firme la decisión judicial incluyendo así una nueva causal.

Será menester entonces que el socio exprese su disconformidad con la subsanación en el procedimiento sumarísimo?

Consideramos que esta no constituye una condición para ejercer el receso con ulterioridad al procedimiento, sin que le sea exigido la expresión de su disenso en sede judicial sino una vez que la decisión judicial adquiera carácter de firme.

El texto legal es un desafío a la interpretación pues configura una nueva modalidad de receso, que remite sus efectos a la regulación legal de la exclusión del socio lo cual invita a las primeras interpretaciones doctrinarias a sugerir la existencia de una forma de exclusión del socio y no una nueva causal de receso.

Sin embargo, tanto por el nombre que el legislador le da al instituto, como por sus características advertidas, descartan la posibilidad de conceptuar al nuevo procedimiento como exclusión del socio.

Es dirimente para esta consideración la circunstancia de que el único legitimado activo para ejercitar el derecho de separación es el propio socio recedente, en cambio, en el caso de exclusión, el socio es el único sujeto pasivo.

En el receso la sociedad asume legitimidad pasiva en tanto que tiene legitimación activa, para el ejercicio de la acción de exclusión del socio.

El derecho de receso instituido en el art. 25 está dotado de características diversas al regulado para la sociedad de capital en los arts. 245 y 160 pues el hecho causal no provendrá de una decisión de la sociedad como acontece en la hipótesis del derecho de receso en las sociedades de capital sino de la disconformidad con una decisión judicial de subsanación que habilita al socio disconforme a ejercitar el derecho de receso, aún cuando con un alcance patrimonial referido al valor del reembolso de su participación al establecido en las hipótesis de los arts. 245, 160 y cc. para las sociedades de capital.

El derecho de receso que asiste al socio disconforme con la subsanación si bien guarda

correspondencia con el procedimiento ordinario del art. 245 y 160 requiriendo una expresión inequívoca y en plazo perentorio, no mantiene todas las notas características que lo califican en el 245 LGS.

En el procedimiento que llamaremos “ordinario” del art. 245 la notificación del derecho de receso debe ser realizada fehacientemente a la sociedad, a cuyo respecto el art. 25 nada establece por lo que la disconformidad debe realizarse en la misma sede judicial que dictó la subsanación.

Deberá entenderse entonces que, en las materias omitidas, otra vez doctrina y jurisprudencia habrán de elaborar las soluciones que respondan a las insuficiencias de la reforma en cuyo caso deberán aplicarse supletoriamente, y en tanto resulte compatible con la nueva forma de sociedad instituida en la Sección IV, el procedimiento establecido para el derecho de receso en los arts. 245 y cc. de la LGS, antes que para la exclusión del socio, aunque claro está se aplicarán los efectos de este instituto (art. 92), en tanto así lo impone el mismo texto legal.

La disolución de la sociedad (art. 25, 2ª Parte)

La disolución de la sociedad atípica puede ser instada por cualquier socio cuando no hubiere estipulación escrita de pacto de duración y aquí la ley exige la notificación fehaciente a todos los socios.

En esta hipótesis no se exige una expresión precisa e inequívoca sino que el silencio, la mera omisión de respuesta producirá la disolución de pleno derecho a los 90 días de la última notificación.

Contrariamente de lo que acontece en el derecho de receso en la sociedad de capital regulado en los arts. 245 para la SA y art. 160 para la SRL que en hipótesis de disolución serán aquellos socios que decidan permanecer en la sociedad quienes deberán expresar fehacientemente su voluntad y pagar el valor de su participación en la sociedad a los socios que hubieren omitido una respuesta, y a quienes hubieren notificado fehacientemente su voluntad de disolución, en ambos casos dentro de los 90 días de la última notificación.

En este caso se advierte la diferencia de lo que acontece en la hipótesis de receso por disconformidad con la resolución judicial de subsanación, la ley remite a las reglas del art. 92, en forma expresa pero en orden a evitar interpretaciones asistemáticas, este artículo debe aplicarse solo para determinar el valor del reembolso, lo que implica superar el sistema de evaluación del mismo contenida en el 245,5º párrafo, duramente criticada por la doctrina por contradecir el principio de orden público de la LGS art. 13 inc. 5 que impone la nulidad de las estipulaciones “que permitan la determinación de precio del valor de las participaciones que se aparten notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva”.

El sistema de disolución de las sociedades atípicas debe ser reformado eliminando la confusión que supone el envío al art. 92 determinando precisamente su alcance a la regulación que la ley establece en materia del valor del reembolso.

LA EMPRESA, LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Sebastián Farina

SUMARIO

Frente al gravísimo problema ambiental se pretende valerse de la ponencia para contribuir en la toma de conciencia y destacar las responsabilidades de los administradores societarios por la inacción en la adopción de medidas enderezadas a paliar este serio flagelo que afecta a todos los habitantes por igual.

PONENCIA

Aclaración Previa.

Si bien la cuestión traída a debate es sumamente amplia, procuraremos ser sumamente escuetos y precisos, intentando dejar bien plasmada la idea que motiva el presente.

Introducción.

En los últimos tiempos puede advertirse una tendencia creciente que pareciera pretender imponer la eficiencia y la productividad por sobre todas las cosas.

En este marco, y dada la situación actual mundial¹, entendemos prudente (y necesario) conjugar dicho paradigma con principios y/o pautas universales que se nos imponen, y cuya inobservancia genera consecuencias sumamente disvaliosas.

Las distintas estructuras societarias resultan un vehículo idóneo para desarrollar cualquier “empresa” y al mismo tiempo neutralizar o minimizar posibles riesgos. El desarrollo de la empresa, si bien debe estar dirigido a maximizar la eficiencia y productividad, al mismo tiempo debe comprender y adoptar medidas orientadas a proteger, preservar y mejorar el ejercicio de todos los Derecho Humanos.

La mención no es baladí. En rigor, y por desgracia, la situación mundial actual impone que pongamos el acento en ello por sobre todas las cosas y utilizar todo tipo de recursos (como resulta la presente ponencia) para insistir sobre el tema.

Claro está que el andamiaje normativo referido a la materia societaria forma parte de todo el ordenamiento jurídico, y éste debe interpretarse y abordarse como un todo coherente, comenzando la labor interpretativa por la Constitución Nacional y Los Tratados Internacionales en que la República sea parte, tal como surge del art. 1 del Código Civil y Comercial.

En unas pocas líneas procuraremos volcar algunas pautas dirigidas a conciliar ambas cuestiones.

¹ Puede leerse en cualquier medio cómo se viene degradando el medio ambiente. Por ejemplo, puede leerse la siguiente nota de publicación reciente: <https://www.rosario3.com/informaciongeneral/El-cambio-climatico-esta-provocando-temperaturas-record-y-anomalias-en-distintas-regiones-del-mundo-los-datos-de-julio-20220810-0053.html>

La sociedad, la empresa, y el medio ambiente.

Si bien el concepto “Derechos Humanos” comprende múltiples cuestiones que gozan de estrecha relación con nuestra materia, queremos hacer especial referencia al “Derecho a un medio ambiente sano”². Sobre el particular, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) en el “Compendio” de Estándares Interamericanos publicados en 2021 tiene dicho que *“El derecho a un medio ambiente sano fue reconocido por primera vez en un tratado internacional en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, y establece tanto un derecho individual a disfrutar de un medio ambiente sano como de contar con servicios básicos. Además, se establece la obligación estatal de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente. De igual manera, la existencia de un medio ambiente sano es un requisito fundamental para el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos por el sistema interamericano”*³.

Y con relación al rol de las “empresas” también se dijo: *“Las empresas tienen un papel fundamental para el desarrollo económico de la región. Su contribución no sólo ocurre a través del cumplimiento de sus obligaciones fiscales -que permiten a los Estados adoptar medidas para la realización progresiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales- sino también a través de aportaciones directas, en muchas ocasiones como parte de sus programas de responsabilidad social, además de aquellas que se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados. El llamado a su participación en el cumplimiento de los Objetivos de desarrollo Sostenible de la ONU⁴ ha reforzado el enfoque de las acciones empresariales como un elemento importante para contribuir a alcanzar las diferentes metas ahí planteadas. Ello, desde luego, implica la adopción de acciones que tienen un impacto directo en la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”*⁵.

*“Considerando esta situación, es importante señalar que a pesar de la contribución positiva que las actividades empresariales pueden hacer para la realización de los derechos humanos, la prevención de impactos adversos que resultan tanto de sus propias actividades como de sus relaciones de negocios es fundamental para la efectiva vigencia de los derechos humanos en el continente. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la REDESCA, reiteran la importancia de que las empresas, independientemente de su tamaño, adopten medidas que les permitan identificar, prevenir, mitigar y reparar los impactos adversos que se puedan generar sobre los distintos derechos humanos, ya sea a través de sus actividades o relaciones comerciales”*⁶.

Si bien pareciera ser que se trata de una cuestión sumamente difusa, en rigor no lo es, y cada empresa de cada rubro posee las herramientas necesarias como para poder contribuir en la búsqueda y adopción de medidas enderezadas a *“(...) identificar, prevenir, mitigar y reparar los impactos adversos que se puedan generar sobre los distintos derechos huma-*

² La Asamblea General de la ONU declara el acceso a un medio ambiente limpio y saludable, un derecho humano universal. En la resolución, basada en un texto similar adoptado el año pasado por el Consejo de Derechos Humanos, pide a los Estados, las organizaciones internacionales y las empresas que intensifiquen sus esfuerzos para garantizar un medio ambiente sano para todos. Puede consultarse al respecto <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242>

³ Ver COMPENDIO de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, Estándares Interamericanos (CIDH y REDESCA) publicados por OEA en 2021, página 94 punto “G” 77.

⁴ Asamblea General, Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible, A/RES/70/1 (25.09.2015).

⁵ Ver COMPENDIO cit., página 203 punto “N” 102.

⁶ Ver COMPENDIO cit., página 203 punto “N” 104.

nos, ya sea a través de sus actividades o relaciones comerciales”.

Ergo, no se trata únicamente de evitar la causación de un daño y de responder frente al daño ocasionado. Hoy es necesario adoptar una actitud proactiva y contribuir a reparar los impactos adversos sobre el ambiente. Con ello no pretendemos generar mayores costos a las ya vapuleadas empresas, sino propugnar un interés común superior que el económico y que necesariamente deben conciliarse.

Las omisiones y sus consecuencias.

Como dijimos, no estamos haciendo referencia a la “empresas” que generan daños (ambientales o cualquier otro), sino a la necesidad y deber de adoptar una actitud proactiva y encaminada a materializar las “recomendaciones” de la CIDH y REDESCA.

Incluso, el dramático cuadro ambiental mundial, podría permitir considerar que una actitud pasiva frente a este deber ser que se nos impone, podría resumirse en una violenta conclusión: el que no lo hace es porque no le interesa. Y de ser así, nos topamos con una táctica pero clara indiferencia por los intereses ajenos (o “dolo”, en sentido técnico).

Entendemos que la omisión de adoptar medidas como las mencionadas y colaborar de modo activo en esta tarea de vital importancia podría incluso resultar generadora de distintas consecuencias.

La primera consecuencia posible sería la responsabilidad de los administradores en los términos de los arts. 16o CCyCN; 59, 157 y 274 LGS; 52 LACE, como así también de los órganos de fiscalización y control.

Y la segunda posible consecuencia sería la responsabilidad de los socios y/o accionistas. Si bien esta atribución de responsabilidad resulta una cuestión de mayor excepcionalidad que la anterior, no podemos soslayar que estamos frente a cuestiones que exceden la mera administración y se relacionan con verdaderas políticas empresariales, las que claramente resultan competencia de los órganos de gobierno. De ahí que entendemos que válidamente podrían imputarse las consecuencias a los socios o controlantes, tal como surge del tercer párrafo del art. 54 LGS.

Corolario.

Reconocemos que lo antes dicho es quizás difícil de aceptar, pero no podemos dejar de destacar que, frente a problemas extraordinarios, debemos adoptar medidas acordes y proporcionales.

Quizás en algún momento los Estados articulen una “Policía Ambiental”, pero la cuestión corre por otro carril: es tiempo de tomar consciencia del serio problema ambiental que estamos afrontando y adoptar -y exigir que se adopten- las medidas que cada uno pueda implementar enderezadas a paliar este serio flagelo que afecta a todos los habitantes por igual.

APORTES DE INDUSTRIA EN LA SAS

Lucas Maderna y Andrés Garín

SUMARIO

La realidad económica –notablemente distinta a la imperante en 1972 al sancionarse la LGS– exige normas que faciliten y promuevan el financiamiento de las MiPyMEs o *startups*, toda vez que es éste uno de los principales inconvenientes a la hora de emprender.

Hay distintas fases en la vida de una *startup*. La primera de éstas, es la fase “semilla”, que implica la validación del modelo de negocio, para luego salir al mercado. En esta etapa inicial, no sólo se busca dinero, sino que el principal valor será la incorporación de talento y conocimiento, con miras a potenciar el desarrollo del proyecto.

La LACE vino a facilitar nuevas herramientas a los actores de la llamada economía del conocimiento. Entre ellas, cabe mencionar el nuevo régimen de aportes que el art. 42 prevé para la SAS –mucho más flexible que el previsto en la LGS– puesto que prácticamente se ha abandonado la supuesta función tuitiva que tradicionalmente se le adjudicó al capital social. Sin embargo, dado que la mentada norma solo se refiere al aporte de “bienes” dinerarios o no dinerarios, no surge evidente la posibilidad de aportar industria o servicios al capital de una SAS.

Para despejar dudas, sería conveniente –en una eventual reforma de la ley 27.349– admitir expresamente los aportes de industria o servicios (obligaciones de hacer) al capital de la SAS. No obstante, atento a que no están expresamente prohibidos creemos que tal aportación es realizable a través de los dos caminos que seguidamente expondremos.

PONENCIA:

I.- a. Capital social y aportes en la LGS. Función de garantía

Ley General de Sociedades (LGS) adoptó –y aún mantiene– la concepción más rígida de capital social¹.

En relación a los aportes, tal rigidez se manifiesta en la existencia de un vínculo inescindible entre aquello que los socios pueden aportar y el régimen de responsabilidad de éstos. Así, la LGS distingue según se trate de sociedades por partes de interés o sociedades de capital. La regla general es que “los aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer...” (art. 38 LGS). Sin embargo, se establece una importante excepción en el artículo que le sigue, al establecer imperativamente que “en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada” (art. 39 LGS).

Dado que –por lógicos motivos– la inmensa mayoría de las sociedades constituidas en el país son de responsabilidad limitada o por acciones, la amplia libertad que otorga el art. 38 se ha vuelto una olvidada hipótesis de escuela, erigiéndose –en los hechos– como regla general, la restrictiva fórmula del art. 39.

Tal entendimiento responde a la denominada *función de garantía* que el legislador de la ley

¹ Véase: ARAYA, M., *Capital y Patrimonio*, TR LALEY 0003/001281.

19.550 atribuyó al capital, que se refleja en numerosas normas de dicho cuerpo. Esta función comienza a desarrollarse a partir de la generalización del uso de las sociedades anónimas² y a la consecuente evolución del instituto de la responsabilidad limitada que, a partir de la revolución industrial dejó de ser un privilegio excepcional para convertirse en una herramienta ordinaria que aprovechó la burguesía para sus propósitos comerciales, regulándose a estos fines en el Código de Comercio francés de 1807.

A partir de ahí, con el fin de evitar abusos y fraudes a terceros, los legisladores comenzaron a valerse del capital social –que en sus inicios cumplía una función meramente organizativa– como garantía o contravalor específico por la prerrogativa de la responsabilidad limitada de los socios³.

Este criterio fue adoptado prácticamente por todas las legislaciones de tradición continental del Siglo XIX y la mayor parte del Siglo XX. Nuestra ley de sociedades no fue la excepción.

Ahora bien, no debemos perder de vista que es el patrimonio –y no el capital– la prenda común de los acreedores. El capital social, es sólo una “cifra contable”, que refleja, en principio, el conjunto de los aportes realizados por los socios, funcionando, a su vez, como “cifra de retención” de una porción del patrimonio.

En otras palabras, el capital es el vaso medidor y el patrimonio es el líquido que está contenido allí. Entonces, cuando se habla de la función de garantía del capital social, nos estamos refiriendo al “público compromiso” adoptado por la sociedad de que su patrimonio neto siempre debe ser igual o mayor al capital social⁴.

En consecuencia, según esta concepción, en las sociedades donde los socios limitan su responsabilidad a la integración de los aportes suscriptos, no es posible hacer aportes de capital consistentes en obligaciones de hacer (industria/servicios) o en obligaciones de dar bienes que no sean susceptibles de ejecución forzada (bienes intangibles), puesto que ello afectaría la garantía de los terceros.

No obstante, este clásico entendimiento viene sufriendo severos embates hace tiempo⁵, puesto que prohíbe la aportación de bienes inmateriales, valiosos e indispensables para el desarrollo empresarial. De hecho, el debate sobre el capital social, no pasa ya por el ataque o defensa de sus tradicionales funciones (organización, producción y garantía), sino por su eliminación y sustitución por remedios alternativos más flexibles que favorezcan el financiamiento de las sociedades, sin descuidar la tutela de los acreedores⁶.

I.- b. Régimen de aportes en la ley 27.349. Abandono de la función de garantía

Siguiendo las tendencias del derecho comparado, la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor

² Que inicialmente consistían en empresas –de capitales públicos y privados– destinadas a comerciar y conquistar territorios para las coronas de Holanda, Inglaterra y Francia (v.gr. Compañía Holandesa de la Indias).

³ Entre los primeros antecedentes se destaca la circular del ministro francés Lainé de 1818 que estableció “El gobierno no ha autorizado la sociedad anónima sino en razón del capital que ofrece en garantía de sus operaciones, cuándo este capital es destruido, y la garantía no existe y el público puede ser inducido a una confianza sin fundamento si, en ese estado de cosas, la sociedad se mantiene” (véase MÉNDEZ, Juan J., *Responsabilidades emergentes de la infracapitalización societaria*, RDCO, 2005, año 38, p. 651-700).

⁴ MÉNDEZ, Juan J., ob. cit.

⁵ LE PERA, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, LA LEY 1986-B, 972/976; VERLY, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)”, LA LEY 1997-A, 756; ARAYA, Miguel, “Repensar la noción de capital social”, en el VI Congreso Argentino de Derecho Societario y II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 1995; entre otros.

⁶ Véase: ALONSO LEDESMA, Carmen, “Algunas reflexiones sobre la función (utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”, en Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal en Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Ed. Marcial Pons, España, 2007,

(LACE), ha previsto para la SAS, un régimen de capital social notoriamente más flexible que el de la LGS.

La LACE mantiene la figura del capital social, pero sólo en su faz organizativa, ya no productiva ni de garantía.

Sería una hipocresía sostener que dos salarios mínimos, vitales y móviles (capital social mínimo exigido por la LACE), pueden válidamente servir a los efectos de cumplir con el objeto que los socios se han propuesto alcanzar, máxime al admitirse que el mismo sea amplio y plural (art. 36 inc.4). Tal función de producción, no es más que optativa.

Va de suyo que tan exiguo capital mínimo, tampoco sirve como garantía de los acreedores⁷. Sobre este entendimiento, el art. 42 LACE señala que los aportes podrán realizarse en bienes *dinerarios* o *bienes no dinerarios*, sin mayores exigencias⁸. Respecto de estos últimos, no se regulan las características que deben tener este tipo de aportes⁹, lo que propicia una enorme flexibilidad –justificada por el rol que cumplen las ideas– y amplía notablemente el abanico de posibilidades, en relación al estricto régimen de bienes aportables que prevé la LGS.

En consecuencia, es posible aportar *know how*, patentes, derechos que provengan de contratos, licencias, concesiones, y otros activos intangibles que no podrían aportarse como capital de una SRL o SA¹⁰.

Lo expuesto no deja dudas respecto de que la SAS vino a romper con la clásica noción del capital social, que asigna a éste una función tuitiva de los terceros que se relacionen –voluntaria o involuntariamente– con la sociedad, puesto que el capital social puede ser integrado en su totalidad por bienes que –a pesar de tener valoración económica y figurar en el activo del balance–, no son ejecutables por los acreedores.

Sin embargo, atento a que el art. 42 solo se refiere a “bienes” no queda claro si el legislador de la LACE ha querido permitir –o no– el aporte de servicios o industria (es decir, obligaciones de “hacer”).

En la concepción de la LGS, lo que justifica la exclusión de estos aportes como capital en aquellos tipos donde los socios limitan su responsabilidad, es la supuesta garantía de los acreedores.

Como mencionamos *supra*, tal concepción ha sido afortunadamente superada y prácticamente abandonada en la LACE, al permitirse el aporte de cualquier “bien”, dinerario o no dinerario.

Entonces, ¿por qué no permitir los aportes de servicios en la SAS? ¿qué razón justificaría su exclusión?

II.- a. Posibilidad de aportar industria o servicios en la SAS

La lectura literal del art. 42 LACE sugiere un contundente límite para su realización. Hemos visto que la norma exige que se aporten “bienes” (es decir, obligaciones de “dar”), categoría

⁷ Sin embargo, aquella función no ha desaparecido, sino que se ha flexibilizado. Pues la LACE dispone que todos los socios garantizan solidaria e ilimitadamente la integración de los aportes (art. 43 LACE). También puede evidenciarse en la exigencia de valuación de los aportes y la posibilidad de impugnación por parte de acreedores en casos de insolvencia (art. 42 LACE).

⁸ Para los aportes de bienes no dinerarios señala que podrán ser efectuados al valor que unánimemente pacten los socios, quienes deberán indicar los antecedentes justificativos de la valuación, o en su defecto, según los valores de plaza.

⁹ En este punto se diferencia de la SA y la SRL donde la LGS requiere que sean bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada, aunque el art. 39 de la LGS no se refiere a la SAS al hacer referencia a las sociedades por acciones; además dicha norma no resulta conciliable con el régimen que la LACE busca fomentar, ni con el régimen de libertad del art. 42 de la LACE (RAMÍREZ, A., SAS, Astrea, Buenos Aires, 2019).

¹⁰ Véase: VILLANUEVA, J., “Capital y prestaciones accesorias en las Sociedad por Acciones Simplificada”, TR LALEY AR/DOC/687/2019; PRONO, P., *Capital, aportes y acciones en la Sociedad por Acciones Simplificadas*, RDCO 285, 915

que excluye –en principio– a los servicios (obligaciones de “hacer”).

Sin perjuicio de ello, algunas voces se han pronunciado por la viabilidad de estos aportes. Señala VILLANUEVA¹¹ que, a falta de una prohibición expresa –como la que se ha considerado necesario incluir en otras latitudes y entre nosotros mismos¹²–, los aportes de servicios al capital de las SAS deben considerarse admitidos. Esta autora remarca que, al permitirse la aportación de “bienes”, la única exigencia es que éstos puedan ser susceptibles de apreciación pecuniaria. Concluyendo de esta forma que el legislador de la SAS amplió los bienes susceptibles de ser aportados. Por lo que, “bienes no dinerarios”, incluiría cualquier bien o derecho que, susceptible de esa valuación, no sea dinero, sin ningún otro aditamento. En similar línea, RACCIATTI Y BAZET¹³ entienden que entre los *bienes no dinerarios* previstos en el art. 42 de la LACE, se contempla la posibilidad de aportar tanto intangibles que no sean susceptibles de ejecución forzada, como *aportes de industria*, entendidos tales como servicios a prestarse.

A mayor abundamiento, huelga señalar que los aportes de industria son admitidos en distintos ordenamientos jurídicos, muchos de los cuales han servido de inspiración al legislador de la LACE.

Entre ellos podemos mencionar (i) La SAS del derecho francés que admite que los aportes consistan en obligaciones de dar sumas de dinero, bienes en especie y *prestación de servicios*¹⁴, (ii) Al que rige en el derecho anglosajón que, vale recordar, fue la fuente del Proyecto de Reformas de la LSC de 1991; y que también admitió que las acciones de la sociedad anónima simplificada allí propuesta fueran integradas “... en dinero, créditos, *industria* o cualquier otro bien o derecho...” (art. 310)¹⁵; (iii) Aunque no surge expresamente de la ley de SAS colombiana, señala su autor, Reyes Villamizar, que es posible convenirse la modalidad de aporte de industria¹⁶; (iv) Asimismo, la Ley Modelo de la OEA sobre Sociedad por Acciones Simplificada permite a los accionistas efectuar aportes de industria (art. 10)¹⁷.

Por nuestra parte, compartimos la conclusión de los citados autores, puesto que –aunque el art. 42 LACE no lo diga expresamente– no encontramos en la LACE norma alguna que prohíba aportar obligaciones de hacer (servicios o industria) como capital a la SAS.

Por el contrario, encontramos sobradas razones que justifican su admisión y que derivan del marco flexible de capital que la LACE prevé para la SAS.

En primer lugar, cuesta concebir que una ley pensada para cobijar y conciliar los intereses de los principales actores de la economía del conocimiento –emprendedores e inversores– pretenda restringir el aporte de servicios por parte de un emprendedor (v.gr. desarrollo de un software), o por parte de una incubadora (v.gr. desarrollo de un plan de negocio para

¹¹ VILLANUEVA, ob. cit.

¹² Así se legisló en la 2ª directiva de la Comunidad Económica Europea que hemos referido y en los países de Europa que la siguieron; y lo propio se hizo en el anteproyecto de reformas de la Ley de Sociedades elaborado por la comisión creada mediante resolución MJyDH 112/2002, que, tras admitir el aporte de bienes susceptibles de “valoración económica” sin más, aclaró que no podían ser objeto de aportación bajo este título “... el trabajo o los servicios y, en general, las prestaciones de hacer o de no hacer”

¹³ Cfr. RACCIATTI, H. y BAZET, B., “Start ups, contrato de vesting y SAS como tipo societario indicado para contemplar este tipo de acuerdos”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Hacia un nuevo derecho societario, t. II, Rosario, 2019, Advocatus, Córdoba, 2019, p. 1367.

¹⁴ VITOLO, D., “La sociedad anónima simplificada (SAS)”, LA LEY, 2016-E, 1134.

¹⁵ ARAYA, M., *El capital social: bienes aportarles*, TR LALEY 0021/000149 y *Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales* elaborado por los Dres. Edgardo ALBERTI, Miguel ARAYA, Horacio FARGOSI, Sergio LE PERA, Héctor MAIRAL, Ana Isabel PIAGGI y Efraín RICHARD., Ed. Astrea.

¹⁶ REYES VILLAMIZAR, F., *La sociedad por acciones simplificada*, LEGIS, cuarta edición, 2018, pág. 224.

¹⁷ Idem, pág. 268 y 397.

salir al mercado) o aceleradora (v.gr. servicio de mentoría para profesionalizar la empresa), entre otros ejemplos.

Tales servicios, tienen su correspondencia económica y sin dudas, son un activo de la sociedad, que justifican la emisión de acciones a favor de sus prestadores.

En segundo lugar –sin perjuicio de que proponemos una revisión del texto que autorice expresamente la posibilidad de aportar servicios– creemos que actualmente ello se puede lograr a partir de dos alternativas:

La primera de ellas, reside en asimilar el aporte de industria a la figura del *know how* (bien no dinerario admitido como aporte a la SAS), pues éste consiste en mantener en forma confidencial un conocimiento técnico —un saber hacer— del que puede derivarse un nuevo producto, la mejora de uno ya conocido o el proceso de su elaboración¹⁸.

También se ha definido al *know how* como todo conocimiento técnico, procedimiento, método de elaboración, utilización de medios mecánicos o aportes de información mantenidos en secreto por su poseedor, que constituye un bien de contenido económico y que forma parte de un patrimonio¹⁹. O bien como un conjunto de información, instrucciones, consejos y asesoramiento que sólo puede ser proporcionado “persona a persona”, frente a situaciones concretas y con el objeto de asegurar la correcta ejecución de una técnica o proceso²⁰.

Aquí resulta necesario aclarar que en nuestra legislación no se encuentra estipulado qué se entiende técnicamente por *know how*.

Si recurrimos a la jurisprudencia local²¹, se ha sostenido que una sociedad que recibe *know how* por parte de un tercero, en realidad se le está otorgando el acceso a un bien inmateral, conformado por un “saber hacer”.

Por su parte CABANELLAS²² engloba esta noción dentro de los conocimientos técnicos no patentados. Con mayor precisión, señala que los conocimientos técnicos no patentados pueden consistir en: a) conocimientos que reúnen los requisitos para ser patentados, pero que por diversos motivos, se decide su no patentamiento; b) aquellos conocimientos que no reúnen los requisitos de patentabilidad (novedad, altura inventiva y aplicación industrial); c) los conocimientos de “orden empírico” adquiridos de manera progresiva mediante la experiencia y d) habilidad técnica de tipo individual que no puede ser transmitida mediante descripciones verbales.

Dicho esto, nos preguntamos: ¿En qué se diferencia el *know how* con los conocimientos técnicos que puede aportar, por ejemplo, un programador a un emprendimiento que requiere del desarrollo de un software específico y complejo –supongamos– para poder llevar adelante su negocio? Del mismo modo, ¿En qué se diferencia de los servicios de asesoramiento y mentoría que puede aportar una incubadora o aceleradora de *startups* en función de su habilidad técnica, o experiencia en el rubro? Así se podría continuar con infinidad de ejemplos.

En todos los casos, en definitiva, nos encontramos ante una transmisión de conocimientos, experiencias, prácticas, de una persona hacia otra.

¹⁸ KORS, Jorge, “Los Secretos Industriales y el Know How”; Facultad de Derecho UBA - La Ley; Buenos Aires, 2007; pág. 1.

¹⁹ MARTORELL, Ernesto E., “Contratos de ‘know how’; de licencia y de asistencia técnica y sus connotaciones laborales”. Revista del Trabajo y Seguridad Social, núm. 10, año 87.

²⁰ LE PERA, Sergio, “Cuestiones de derecho comercial moderno”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1974 pág. 306.

²¹ CNAC, Sala A, “Presiplast c/ Presti s/ ordinario”, 08/11/07.

²² CABANELLAS, Guillermo (h.), Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado. Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires, 1980; páginas 28 y 29.

Visto de ese modo, entendemos que el aporte de servicio se encuentra equiparado a lo que la doctrina y jurisprudencia reconocen como *know how*. O al menos, no encontramos diferencias entre una figura y la otra.

Bajo ese entendimiento, vemos posible que el aporte de servicio sea considerado como un aporte no dinerario, en virtud de que se estaría incorporando un bien inmateral que –reiteramos– se encuentra expresamente permitido por la LACE.

Por otro lado, no descartamos que el aporte de servicios al capital de las SAS, pueda considerarse como aporte de un “crédito”. Esta sería la segunda alternativa.

En rigor, el aporte no sería el servicio propiamente dicho, sino el derecho (crédito) que tiene la sociedad de que el aportante preste el servicio acordado. Tal obligación, susceptible de valoración económica, cumple con la exigencia del art. 42 de la LACE, pues el derecho de crédito es un “bien”.

Esta cuestión ha sido abordada por la doctrina clásica italiana, en donde destacados autores²³ han entendido que el socio que aporta su trabajo, confiere el derecho a la prestación prometida, y tal derecho es estimable en dinero, representando un valor susceptible de figurar en el balance de la sociedad. Afirmando que, en definitiva, se trataría de un derecho de crédito que entra a formar parte del fondo común.

II.- b. Sobre la integración del aporte de industria o servicios

Al aportarse industria o servicios a una SAS, no deben soslayarse las particularidades que la norma prevé para su integración, puesto que, si se trata de bienes no dinerarios, el art. 41 LACE exige que sean integrados en su totalidad al momento de la suscripción.

Esto nos presenta un interrogante cuando el aporte de industria implica la prestación de un servicio que no se agota en un momento dado, sino que consiste en prestaciones que se extienden a lo largo del tiempo.

Para ello, RACCIATTI Y BAZET²⁴ señalan que si bien el art. 41 LACE marca una límite para este tipo de aportes, nada impide que las partes fijen en su estatuto un esquema de suscripción de acciones a través de sucesivos aumentos de capital a medida que el aportante cumpla con los servicios o las metas a las que se haya comprometido.

Complementan su justificación con la amplia flexibilidad que otorga el art. 44 LACE en cuanto a la posibilidad de aumentar el capital hasta un 50% sin requerirse la inscripción o publicación de dicho aumento.

Vemos como alternativa a la solución propuesta por los autores citados, la posibilidad de llevar adelante la capitalización a través de aportes irrevocables (art. 45 LACE). Pues mediante este mecanismo, el aportante prestará un servicio, cuya consideración de capitalización por parte de los accionistas estará condicionada al cumplimiento de determinados objetivos que deberán ser alcanzados como requisito para la emisión de acciones a su favor. De esta forma, se impone la necesidad de que el aportante lleve a cabo todo (o parte) de su potencial como requisito previo al elenco de accionistas. Del mismo modo, la sociedad tiene un plazo de hasta dos años para evaluar si el servicio prestado por el aportante, justifica –o no– la emisión de acciones a su favor, conforme la valuación pactada.

²³ MANARA, “Società”, Tomo I, pág. 212. También puede encontrarse en SOPRANO, “Trattato Società”, pág. 464; GAMBARDELLA, “Formazione e variazione di capitale nelle soc. anon.” Milán, s.f. N° 22, pág 15; CANDIAN “Lezioni di dir. Comm”, Parma, 1928, pág. 148 (obras citadas en BRUNETTI, *Tratado del derecho de las sociedades*, Tomo I, Ed. El foro, Buenos Aires, pág. 296)

²⁴ RACCIATTI, H. y BAZET, B, ob. cit.

En caso que la sociedad no se encuentre conforme, o que el servicio no haya cumplido con sus expectativas, la reunión de socios tendrá la posibilidad de rechazar su capitalización, debiendo abonar las sumas que oportunamente se hayan convenido con el aportante.

Más allá de las resoluciones de los organismos de control, huelga destacar que la LACE fue la primera ley en regular esta práctica de permanente utilización.

En su art. 45 se prevé un plazo máximo de veinticuatro meses desde la fecha de aceptación para que se decida la capitalización –o no– de los aportes. A su vez, los aportes irrevocables deben ser aceptados o rechazados por el órgano de administración dentro de los quince días de su ingreso “total o parcial” a la sociedad.

Es decir, del tenor literal del texto mencionado se desprende expresamente que los aportes irrevocables, pueden ser integrados total o parcialmente, no aplicando a este supuesto, la rigurosa exigencia que el art. 41 LACE la integración del cien por ciento cuando se trate de aportes en especie.

Por otro lado, si bien la última parte del art. 45 LACE utiliza la expresión “sumas correspondientes” cuando se refiere al ingreso de los aportes a la sociedad, en función de lo que se viene sosteniendo, entendemos que ello no resulta un impedimento a que el aporte sea de servicios, todo lo cual no debería ser desnaturalizado o limitado por las reglamentaciones que la LACE encomendó a los organismos de contralor.

Ahora bien, la situación no pareciera ser la misma si consideramos esta clase de aportes como un crédito.

Esto es así ya que, si tal como mencionamos, el aportante estará entregando a la sociedad un derecho a que se cumpla con determinada prestación o servicio –que para esta última pasará a ser un crédito–, en dicho supuesto, aquél derecho se estaría integrando en su totalidad al momento de la suscripción.

Desde esta perspectiva, ante el incumplimiento –total o parcial– por parte del aportante, la sociedad podrá reclamar su cumplimiento, o bien el pago de una determinada suma de dinero que podrá ser igual a la valuación que le otorgaron las partes al aporte, o un importe mayor –visto como una sanción por incumplimiento– en función de lo que se estipule.

LAS S.A.S.: ¿UN ARMANI PARA LOS CHICOS DEL GARAJE?

María Cristina Giuntoli

Es necesario crear un tipo jurídico muy simple para los pequeños emprendedores, que sin duda necesitan más sencillez en la organización y administración de su actividad que la que brinda una SAS. Por ello se propone crear la “Empresa Individual de Responsabilidad Limitada” (Proyecto S-288-2019 del PLN) o al menos adoptar la SL Unipersonal vigente en España.

Planteo del tema

La ley N.º 27.349 de “APOYO AL CAPITAL EMPRENDEDOR”, como expresa en sus normas iniciales tiene por objeto: precisamente “apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de capital emprendedor en la República Argentina. Y a ese fin promueve el desarrollo del capital emprendedor, considerando la presencia geográfica de la actividad emprendedora (sic) en todas las provincias del país, de modo de fomentar el desarrollo local de las distintas actividades productivas.

Ahora bien según el conocimiento del común, los emprendedores son aquellas personas que han planificado un desarrollo de actividades de carácter tecnológico, generalmente sin experiencia en el mundo del comercio, que cuentan con pocos recursos económicos y buscan la forma jurídica para concretarlo, pueden convertir a su emprendimiento en una STAR-TUP; o bien si se trata de desarrollos productivos materiales de una persona o varias que necesitan de un molde legal, que les permita por ejemplo obtener préstamos para concretar su giro comercial, y así poder convertir la empresa en una MIPYME en unos pocos años. Cabe preguntarse entonces: ¿para qué a jóvenes desarrolladores, que no cuentan con ninguna infraestructura se les ofrece un armado legal, que dejando de lado su cuestionabilidad en lo que se refiere a aspectos registrales, no hace más que complicarles su proyecto? Veamos las estipulaciones de la ley específica y sobre ellas preguntémosnos si acaso es provechoso para quien quiere dedicar su tiempo a perfeccionar su “producto”, que el medio jurídico que tenga a su disposición le lleve a tener que organizar una sociedad accionaria, ocuparse de emitir acciones ya sea por medio cartular o escritural (hoy llamémosle digital), aún si es socio único; y que se encuentre frente a la posibilidad de admitir prestación de servicios personales de otros, como prestaciones accesorias con las que esos otros podrán integrar acciones, confundiendo la colaboración de un trabajador eventual con la de un inversor al mezclar la tipología con la de sociedades de personas -en las cuales ese aporte es fundamental y si no se lo efectúa conlleva la disolución de la sociedad-, sin prever consecuencias distintas y rigiéndose en lo no escrito por la LGS.; otra complicación aparece respecto a las distintas clases de acciones que puedan tener idénticos derechos (cuando lo que seguramente se quiere proteger es a un inversor externo, lo que bien puede ser útil en una gran empresa pero no en el pequeño emprendimiento), todo ello expone a un evidente peligro al emprendedor, quien como socio seguramente será administrador de esa especial sociedad por acciones. Sin embargo cuando la ley se refiere a la responsabilidad de los administradores y / o representantes de las SAS, les aplica las normas de la SRL (Art. 157

LGS); y en cuanto a las decisiones de los socios, admite el voto “entre ausentes”, comunicado a la Administración dentro de los 10 días de habersele cursado consulta por medio fehaciente tal como prevé el Art.159 referido también a las SRL en la LGS.

Observando un poco en la Aldea Global

Si bien no puede ignorarse que se ha adoptado a la SAS en otros países de Latinoamérica como Chile, Colombia, Perú, República Dominicana, Uruguay, fundamentalmente siguiendo el Proyecto de “*Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) de la OEA*” considerada en la Reunión Anual de **ASORLAC** (Asociación de Registradores de América Latina y el Caribe) de octubre de 2014¹. Si bien ello fue así no pueden obviarse las experiencias del mismo **Estados Unidos de Norte América**, cuyos abogados y contadores recomiendan en sus publicaciones, para el inicio de actividades destinadas a la concreción de proyectos a plasmarse en la Web, tratándose de un pequeño o pequeños desarrollador/es, realizarlas bajo la forma jurídica de las **LLC** (*Limited Liability Company*): o sea como Sociedad de Responsabilidad limitada, lo que “implica que los miembros están protegidos de responsabilidad personal por las decisiones o acciones empresariales de la empresa” (sic). Esto significa que si la **LLC** incurre en una deuda o es demandada, los activos personales de los miembros por lo general están exentos. **Registros:** se le exigen **menos registros:** **Facilidad operativa:** es una de sus grandes ventajas, en comparación con la Corporación, se deben realizar menos registros y papeleos dando la oportunidad de activar la empresa en unos pocos días desde la inversión. **Participación en los beneficios:** hay menos restricciones en la participación en los beneficios en una **LLC**, ya que **los miembros distribuyen las utilidades como lo consideren oportuno, de la misma manera en que realizan las inversiones**. Lo cual aparece en EEUU como la opción más eficiente y adaptable al objetivos de negocios de un emprendedor²; algo que el doctor Ariel Ángel Dasso señalara “como un intento de evitar la doble tributación que alcanza a las sociedades de capital, las que inicialmente rígidas derivaron luego en el actual tipo de sociedades de responsabilidad limitada que es considerado como el ejemplo del nuevo derecho societario para compañías cerradas constituyéndose en la forma asociativa más usada en los EEUU”³.

En **España**, no se adoptó como tipo legal el de las SAS, empero fue regulada ya a fines del siglo XX, por la **Ley 2 de 1995 de SRL hoy derogada** ⁴, un muy interesante texto que en su “**CAPÍTULO XI**” estableció la posibilidad de la existencia de la SRL Unipersonal: por ser ab initio “constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica” o por pasar a constituirse uno de varios socios en propietario Unipersonal del total de las participaciones; previéndose también la publicidad de la Unipersonalidad sobreviniente y la inscripción en el Registro Mercantil como fin de la responsabilidad ilimitada del socio único. Hoy en día vigente en España el “**Real Decreto Legislativo 1 de 2010**”⁵, que crea la **Ley de Sociedades de Capital**, en su **Capítulo III** determina: que se entiende por sociedades de capital uni-

¹ OEA Comité Jurídico Interamericano (CJI). Desarrollos http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-RES_188_LXXX-O-12.pdf

² “Las ventajas de tener una Sociedad de Responsabilidad Limitada en EE.UU.”, publicado en Diario “Clarín Economía” 21/09/16 https://www.clarin.com/economia/ventajas-sociedad-responsabilidad-limitada-eeuu_o_b1wyVot2.html

³ “El cambio de los paradigmas societarios. La sociedad anónima sin capital social mínimo, sustituido por patrimonio neto social mínimo y patrimonio ajustable”, Ariel Ángel Dasso, DECONOMI Año IV – N.º 12, pág. 2 y doctrina cit. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0012-No4-DASSO.pdf>

⁴ BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995, páginas 9181 a 9206 (26 Págs.)

<https://www.boe.es/eli/es/l/1995/03/23/2>

⁵ Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE-A-2010-10544 <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

personales, a las de Responsabilidad Limitada o Anónimas: y admite la constitución por socio único; y que en las constituidas por dos o más socios, cuando todas las participaciones o acciones hayan pasado a ser propiedad de un solo socio (art. 12); establece la Publicidad de la Unipersonalidad (art. 13); la inscripción de la Unipersonalidad sobreviviente para que el socio pueda mantener su responsabilidad limitada (art.14); y que las decisiones del socio único se consignent en acta bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad que el designe (art. 15). Por lo demás debe destacarse que la Exposición de Motivos, en su Considerando IV indica que **“mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales”** (referido a las sociedades anónimas), **las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa –a veces más formales que efectivos– por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa** (con conclusión sobre utilidad de la forma o tipo más flexible: la SL, la que siendo integrada por un socio único también suele ser denominada SLU).

Por su parte en su **“35° Período de Sesiones, 25-29 de enero de 2021, Viena”** el **“Grupo de Trabajo de Microempresas”** de la UNCITRAL aprobó **“Guía legislativa (la “Guía”)** que **“trata de recoger buenas prácticas y principios fundamentales en una serie de recomendaciones sobre la forma en que los Estados podrían concebir y reglamentar una forma jurídica simplificada aplicable a las MIPYME que sea capaz de facilitar al máximo el éxito y la sostenibilidad de esas empresas, fomentar el espíritu empresarial y promover la participación y la creación de valor en la economía. Esa forma jurídica simplificada podría responder en particular a las necesidades de las mujeres y otros empresarios, como los jóvenes y las minorías étnicas, que pueden verse expuestos a marcos culturales, institucionales y legislativos desfavorables”**.....**“Los Estados pueden adaptar las orientaciones que figuran en las recomendaciones, e incluso apartarse de ellas en algunos casos. Sin embargo, no deberían frustrar la finalidad de la Guía de crear un régimen equilibrado que confiera sencillez y flexibilidad a la forma jurídica de las MIPYME y garantice la seguridad jurídica: La Guía se centra en la creación y el funcionamiento de la ERL-CNUDMI y no trata de otros asuntos que pueden ser importantes para la existencia de la empresa, como las cuestiones relacionadas con la política tributaria. Esos asuntos se dejan a criterio de los Estados que elaboren leyes basadas en la Guía”**.....**“de la mejor manera de reducir los obstáculos jurídicos con que se enfrentan las MIPYME a nivel más general”**⁶

Es decir que la COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, ha ponderado como forma más adecuada a las necesidades del emprendedor (al que aquí denominamos como “el chico del garaje”) por la Sociedad Limitada la SL española para nosotros SRL.

Conclusión:

Resulta necesaria la utilización de un tipo jurídico sencillo, que si bien limite la responsabilidad de los emprendedores, no los complique en la organización y administración de la empresa a iniciar, con esquemas previstos para las que desde un principio se caracterizan

⁶ A/CN.9/WG.I/WP.122 - Proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la CNUDMI 35° período de sesiones, 25-29 de enero de 2021, Viena”, Grupo de Trabajo I: Microempresas y Pequeñas y Medianas Empresas” https://uncitral.un.org/es/working_groups/1/msmes

por montar importantes giros comerciales

Es aconsejable como medio legislativo para el desarrollo comercial de los pequeños emprendimientos la adopción del tipo **“Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”** que fuera propuesto en el Congreso de la Nación por la **Senadora Norma Haydee Durango**: dentro de los lineamientos generales de su **Proyecto S-288-2019**, según el texto con media sanción de la Cámara Alta de fecha 17 de julio de 2019 que señala : **“Toda Persona Humana con capacidad legal para contratar podrá constituir una o más Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL), con objetos distintos, afectando a cada una de ellas una parte de su patrimonio que constituirá el capital inicial de cada unidad. Los bienes que conformen el capital de la EIRL constituirán un patrimonio de afectación, separado del patrimonio general del titular.”**⁷. O bien adoptar normas similares a la vigente en el Reino de España, referidas a Sociedades Unipersonales de Responsabilidad Limitada, teniendo en cuenta la utilidad de la mayor flexibilidad y simpleza del tipo

⁷ Proyecto 288/19. Senado De La Nación. Proyecto De Ley. DURANGO: REPRODUCE EL PROYECTO DE LEY QUE CREA LA EMPRESA UNIPERSONAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (EIRL) . (REF. S. 2175/17) <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/288.19/S/PL>

PLANIFICACIÓN FISCAL PARA LAS EMPRESAS MÉDICAS EN BRASIL

Marco Aurélio Gumieri Valério

Introdução

A multiplicidade, o acúmulo e a simultaneidade de vínculos trabalhistas caracterizam a profissão médica no Brasil. O médico, no exercício de sua atividade, encontra cada vez mais limitações e imposições, como a exigência de que o profissional constitua uma pessoa jurídica e preste os seus serviços por meio de uma empresa, pois assim deixam de constituir vínculos empregatícios com os contratantes. Tal prática, apesar de polêmica, foi viabilizada no Brasil por meio da Lei Federal número 11.196, de 21 de novembro de 2005.

Ainda existem, entretanto, hospitais, clínicas e outras unidades de saúde que contratam o profissional médico como pessoa física, mas não é a prática mais recorrente. Dessa forma, não ter uma pessoa jurídica significa para o profissional uma redução nas oportunidades de trabalho, o que faz com que eles busquem abrir a sua empresa.

O fenômeno chamado no Brasil de 'pejotização' dos médicos força a constituição das denominadas pessoas jurídicas médicas de faturamento. Trata-se de uma figura empresarial muito específica, visto que é uma pessoa jurídica que, em geral, apenas emite as notas fiscais e paga os tributos. Quando estruturada apenas para essa finalidade, essa empresa não costuma ter uma sede nem funcionários e seus serviços não são por ela precificados. Apesar de enxuta, como qualquer empresa, ela necessita de gestão e de planejamento, por isso a busca desses profissionais por orientação técnica acerca das questões administrativas, contábeis e jurídicas envolvidas nesse processo tem aumentado.

O seu quadro societário e administrativo é composto, em geral, por um ou mais médicos e, na maioria dos casos, não há apenas um contrato fixo por profissional, mas sim muitos contratos de plantões médicos pontuais, o que faz o faturamento ser variável, tanto mês a mês na mesma empresa quanto entre as empresas de diferentes médicos, com diferentes perfis de faturamento.

O planejamento tributário busca analisar as possibilidades de escolha do sistema de cobrança de tributos para as empresas, com vistas a, por meio da análise da projeção do faturamento, folha de pagamento, município no qual se situa a empresa, dentre outros, identificar a alternativa menos onerosa, com a maior redução possível de ônus fiscal, seja pela base de cálculo ou pela alíquota, dentro de parâmetros legais.

O tema proposto se reveste de especial relevância por auxiliar o entendimento acerca das principais possibilidades de escolha de regime tributário especificamente para as pessoas jurídicas médicas de faturamento. É uma realidade recente, com tendência a ser cada vez mais comum no Brasil, que gera vários questionamentos, demandando estudo e desenvolvimento de respostas criativas com soluções lícitas para os novos problemas que se impõem.

O objetivo geral do trabalho é analisar se, de fato, pode-se estabelecer um padrão entre essas empresas e o objetivo específico é determinar se algum regime tributário adotado no Brasil pode ser mais benéfico nas situações gerais e, em caso positivo, se tal regime seria o do lucro real ou o do lucro presumido.

Para o desenvolvimento do trabalho, o método de abordagem utilizado foi analítico e inter-

disciplinar e o tipo de raciocínio utilizado foi o dedutivo, a partir de uma pesquisa exploratória. Foram analisados conceitos e entendimentos oriundos de legislação, jurisprudência e obras nacionais acerca do tema.

A princípio foi realizada a análise do contexto, através de conversas com médicos e responsáveis pelo faturamento em unidades de saúde por todo o Brasil, a fim de identificar o volume de contratações desse tipo de profissionais da saúde através de pessoas jurídicas. Em seguida, foi realizada a pesquisa teórica envolvendo as questões empresariais e tributárias para a escolha das possíveis modalidades de pessoas jurídicas aplicáveis ao caso, através de legislação e doutrina das referidas áreas, bem como análise de jurisprudência e tratados relacionados, também percorrendo as áreas da contabilidade e da administração, para investigar opções aplicáveis ao estudo.

2. Enquadramento legal da pessoa jurídica médica de faturamento no Brasil

As opções viáveis de enquadramento da empresa dos médicos seriam as sociedades ou as empresas individuais, excluindo-se a opção de microempreendedor individual [MEI], por se tratar de uma atividade não permitida nessa modalidade. Ter a responsabilidade limitada é um fator bastante positivo para os médicos, tendo em vista a necessidade de proteger seu patrimônio pessoal, ainda mais considerando que geralmente as pessoas jurídicas médicas são formadas por mais de um sócio. Talvez por temer a caracterização do vínculo empregatício, muitas instituições de saúde apresentam restrições à contratação de médicos por meio de pessoas jurídicas individuais, ou seja, é uma imposição do mercado e não uma preferência do profissional médico que, se pudessem optar, prefeririam constituir uma pessoa jurídica individual que é vista pelos profissionais como algo positivo, pois se sentem mais seguros não tendo sócios.

Dessa forma, apresentam mais relevância para esta análise a Sociedade Limitada [LTDA] e a Sociedade Limitada Unipessoal [SLU], são elas de fato as mais indicadas e escolhidas pelos médicos. Ambas podem ser enquadradas no porte de Microempresa [ME] ou Empresa de Pequeno Porte [EPP], o que confere a essas empresas tratamento simplificado, diferenciado e favorecido, nos termos da Lei Complementar Federal número 123/2006.

A ME deve apresentar receita bruta anual inferior ou igual a 360 mil reais e pode optar pelos regimes de tributação do Simples Nacional, do Lucro Presumido ou do Lucro Real. A EPP, por sua vez, deve apresentar limite de faturamento anual de 4,8 milhões de reais e também pode optar pelas três formas de regime de tributação citadas. Portanto, escolhendo os tipos empresários LTDA ou SLU, o enquadramento em ME ou EPP vai depender do perfil dos médicos. Isso porque o médico recém-formado, em geral, tem um faturamento inferior ao do médico especialista. Além disso, o médico que está cursando a residência médica tem um faturamento reduzido, por ter menos tempo para trabalhar. Todos esses e outros fatores influenciam na formação do perfil de faturamento do médico e, então, se faz necessária uma análise anterior à constituição da pessoa jurídica e, inclusive, uma análise anual, pois o perfil do médico pode mudar, principalmente com os recém-formados até o momento em que estabilizam o seu trabalho.

3. Regime de tributação da pessoa jurídica médica de faturamento no Brasil

O Lucro Real é uma opção que pode ser escolhida por qualquer empresa e é obrigatória para empresas com faturamento acima de R\$ 78 milhões de reais no ano ou empresas do setor financeiro, empresas de “factoring”, empresas com benefícios fiscais e empresas com

lucro ou fluxo de capital originários de outros países. O cálculo dos tributos nesse regime é mais complexo e é feito com base no lucro efetivo da empresa.

Já o Lucro Presumido, por sua vez, tem cálculos mais simples, feitos com base em uma presunção e o lucro compreende apenas um percentual do faturamento real da empresa. Para optar por esse regime, a empresa precisa não estar enquadrada em nenhuma das hipóteses de obrigatoriedade do Lucro Real e ter faturamento inferior a 78 milhões de reais no ano. Por fim, o regime do Simples Nacional é voltado para as microempresas, MEIs e as EPPs. Além disso, a empresa só pode optar por esse regime se tiver faturamento anual de até 4,8 milhões de reais, se seus Códigos de Atividade Econômica [CNAEs] estiverem dentro da lista específica, entre outras exigências. O recolhimento dos tributos é facilitado, sendo feitos através de uma única guia, o Documento de Arrecadação do Simples Nacional [DAS]. Os seus cálculos utilizam alíquotas reduzidas de impostos e possuem, conforme a atividade econômica e o faturamento, diferentes faixas de tributação.

As pessoas jurídicas médicas, então, em geral, podem optar pelos três regimes tributários, mas existem diferentes tributos incidentes para cada um dos três regimes tributários. Os principais tributos aqui referidos são o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza [ISS], o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica [IRPJ], a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido [CRLI], o Programa de Integração Social [PIS] e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social [COFINS]. A Tabela 2 elenca os principais tributos em cada um dos três regimes:

Dessa forma, o regime de tributação do Lucro Real, em geral, se mostra o menos vantajoso para as pessoas jurídicas médicas, visto que o lucro é alto (já que não existem muitas despesas nesse tipo de pessoa jurídica, não há funcionários etc.), o que majora em muito a tributação da empresa. Logo, a discussão reside, de fato, entre os regimes de tributação do Simples Nacional e do Lucro Presumido.

No Lucro Presumido, as alíquotas já estão postas, mas, no Simples Nacional, elas podem variar bastante e estão dispostas em anexos, os quais diferenciam as empresas através de suas atividades econômicas. Primeiramente, é preciso identificar em qual anexo do regime as pessoas jurídicas médicas podem se enquadrar.

De acordo com os seus CNAEs, podem ser enquadradas no Anexo III ou no Anexo V da norma. Os CNAEs são escolhidos no momento da constituição da empresa, o que reforça a importância de fazer o planejamento tributário antes mesmo da pessoa jurídica médica existir. Mas, caso sejam escolhidos os CNAEs equivocados, pode ser realizada uma alteração contratual para fazer a modificação.

Para conseguir alcançar as menores taxas, a pessoa jurídica médica precisa apresentar um gasto de 28% da receita bruta em folha de pagamento, o chamado “Fator R” da Lei Complementar Federal número 155/2016. Como não há empregados, também não há despesas trabalhistas, então restam as retiradas a título de pró-labore e os encargos pagos a pessoas físicas.

Alcançado o Fator R, a pessoa jurídica médica é enquadrada no Anexo III do Simples Nacional. A menor e mais atrativa alíquota reduzida do Anexo III, no entanto, é aplicada apenas para a primeira faixa de faturamento (até 180 mil reais por ano – 15 mil reais por mês), faixa essa que raramente se aplica à realidade do médico, que geralmente tem um faturamento maior.

As alíquotas variam de acordo com as taxas, podendo chegar em até 33%. Por isso a necessidade tanto da comparação entre os dois regimes tributários discutidos quanto da análise do perfil dos médicos envolvidos para analisar a perspectiva de faturamento deles,

com vistas a verificar se o regime do Simples Nacional é realmente a melhor opção para as pessoas jurídicas médicas.

Além desses valores, existem os impostos sobre o pró-labore, o salário dos sócios. Para as empresas optantes pelo Simples Nacional, não há custos para a empresa, pois não é exigida a contribuição patronal. Existe apenas o custo para o sócio, qual seja a dedução ou retenção da taxa de 11% sobre o valor recolhido a título de pró-labore para o Instituto Nacional do Seguro Social [INSS] e o Imposto de Renda com taxas a depender da tabela progressiva disponibilizada pela Receita Federal.

Já no caso das empresas optantes pelo Lucro Presumido, além dos custos para o sócio (INSS e Imposto de Renda), há também o custo para a empresa, posto que são exigidos os encargos sociais com taxa de 20% sobre o valor recolhido a título de pró-labore.

4. Conclusão

O ponto de decisão do grau de vantagem de cada regime tributário para os médicos está na formação da pessoa jurídica. Isso porque o perfil de faturamento do(s) profissional(is) envolvido(s), bem como as suas intenções profissionais futuras e o seu cenário financeiro e familiar do momento, interferem diretamente na sua oneração tributária.

Assim, para os médicos ou grupos de médicos com faturamento mais estável e menor, o regime do Simples Nacional se mostra uma alternativa menos onerosa, do ponto de vista dos tributos específicos aqui enumerados. Por outro lado, para médicos ou grupos de médicos que faturam maiores valores, principalmente médicos especialistas com maior tempo de mercado e tendo em vista apenas a tributação sobre o faturamento, o regime do Lucro Presumido pode acabar sendo uma melhor opção.

Para além dos tributos analisados, outros fatores podem interferir nessa decisão, como os encargos e as contribuições previdenciárias a serem recolhidos, a simplificação ou complicação em fazer parte de uma pessoa jurídica com mais ou menos médicos, a intenção de comprar bens ou contratar serviços em nome dessa pessoa jurídica médica, entre outros. Além disso, o médico tem perfil de faturamento que é bastante mutável conforme a sua realidade pessoal e temporal, por isso, é importante analisar a situação e as aspirações dos profissionais, fazer um bom estudo e uma realista previsão de faturamento em dois momentos: (a) antes de constituir a pessoa jurídica médica e, para isso, é preciso conversar e entender a realidade e as pretensões pessoais do profissional médico para que se possa fazer uma previsão de faturamento o mais realista possível e, (b) anualmente, revisando todo o resultado já alcançado e os projetos atuais do médico e; se for visualizada uma melhor alternativa, fazer a alteração da opção tributária.

Na hipótese de um aumento expressivo da tributação por conta do alto faturamento da empresa, uma opção dos médicos é a mudança de pessoa jurídica. Ou seja, ao invés de mudar a opção tributária de sua empresa para o Lucro Presumido, um dos sócios pode se retirar da pessoa jurídica e se associar a outro médico que tenha um perfil mais compatível, formando uma outra pessoa jurídica médica que possa optar pelo Simples Nacional, tributando com uma alíquota menor.

Tal compatibilidade se dá pela análise do cenário e aspirações profissionais de cada um dos médicos naquele momento específico, mas nada impede que todo o cenário mude, afinal a pessoa jurídica médica, apesar de funcionar como empresa, não toma decisões como empresa, mas sim como um conjunto de seres humanos, que são mutáveis.

Percebe-se que, como qualquer planejamento tributário, não há regras quanto ao melhor

modelo, pois cada negócio tem suas peculiaridades e, por isso, o planejamento é feito de forma específica para cada pessoa jurídica. A pessoa jurídica médica para faturamento, ainda, apresenta peculiaridades mais raras se comparadas com as demais empresas, pois tem maior impacto pelas questões subjetivas dos sócios que a compõe. Nesse sentido, não há como definir um padrão ou uma receita de melhor modalidade de pessoa jurídica e de melhor opção tributária para as pessoas jurídicas médicas, mas é perceptível que se faz importante buscar formas de manter essas empresas na opção tributária do Simples Nacional em faixas iniciantes para conseguir alcançar uma menor carga tributária.

5. Referências tributárias:

- Andrade Filho E.O. 2008. Imposto de Renda das Empresas: inclui contribuições sobre o lucro e as receitas devidas pelas empresas. 5ed. Atlas, São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Baleeiro A.; Derzi M.A.M. 2018. Direito Tributário Brasileiro: CTN Comentado. 14ed. Forense, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil.
- Borges H.B. 2015. Planejamento Tributário: IPI, ICMS, ISS e IR. 14ed. Atlas, São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Brandão, P.A.; Freitas, V.B.; Zittei, M.V.M. 2017. O impacto do planejamento tributário, comparando o lucro presumido versus o simples nacional, nas prestadoras de serviços de medicina em São Paulo, após o desenquadramento do ISS. Revista Liceu On-line. 07: 2. Brasil. 2007. Decreto n. 6.038, de 7 de fevereiro de 2007. Institui o Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 fev. 2007. Seção 1, p. 315.
- Brasil. 1966. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- Brasil. 1990. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- Brasil. 2002. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- Brasil. 2005. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nºs 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de

2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória nº 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei nº 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nºs 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Brasil. 2006. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Brasil. 2014. Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Brasil. 2016. Lei Complementar n. 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp155.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021. Brasil. Secretaria da Receita Federal. Simples Nacional. Disponível em: <<https://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Default.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Brasil. CGSN. Governo Federal. Ministério da Fazenda. Portal de Serviços. Comitê Gestor do Simples Nacional. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaosSelecionados=CGSN&tiposAtosSelecionados=67&lbITiposAtosSelecionados=Res.&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=&numero_ato=&tipoData=2&dt_inicio=&>. Acesso em: 11 abr. 2021.

Chaves F.C. 2010. Planejamento Tributário na Prática. 2ed. Atlas, São Paulo, São Paulo, Brasil. Diniz, M.H. 2014. Curso de direito civil brasileiro. 31ed. Saraiva, São Paulo, São Paulo, Brasil. Fabretti L.C.; Fabretti D.; Fabretti D.R.; Munhós J.L. 2009. Contabilidade Tributária. 11ed. Atlas, São Paulo, São Paulo, Brasil.

Gagliano, P.S.; Pamplona Filho, R. 2009. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 1ed. Saraiva, São Paulo, São Paulo, Brasil.

Miranda P. 1999. Tratado de Direito Privado. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ed. Bookseller, Campinas, São Paulo, Brasil.

Paulsen L. 2020. Curso de Direito Tributário Completo. 11ed. Saraiva, São Paulo, São Paulo, Brasil.

Pierri, A.T.; Chimenti R.C. 2012. Teoria e Prática do Direito Tributário. 3ed. Saraiva, São

Paulo, São Paulo, Brasil.

Ribeiro, O.M.; Pinto, M.A. 2014. Introdução à Contabilidade Tributária. 2ed. São Paulo, São Paulo, Brasil.

Scheffer, M.; Cassenote, A.; Guerra A.; Guilloux A.; Brandão A.; Miotto B.; Almeida C.; Gomes J.; Miotto R. 2020. Demografia Médica no Brasil 2020. São Paulo, SP: FMUSP, CFM. 312 p. pg. 147. ISBN: 978-65-00-12370-8. Disponível em: <https://www.fm.usp.br/fmusp/conteudo/DemografiaMedica2020_9DEZ.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

SAS 2025. REFORMAS NECESARIAS A LA LEY 27.349

Lisandro A. Hadad

SUMARIO

La Ley N° 27.349 fue sancionada hace ya cinco años, y si bien su implementación generó un gran avance en nuestro derecho societario, es hora ya de pensar una reforma a la regulación de las Sociedades por Acciones Simplificadas que continúe con el aumento de la autonomía de la voluntad y la menor intervención estatal, y que acompañe de este modo, a las regulaciones de los derechos más desarrollados del mundo, y poder contar con una normativa moderna y competitiva que permita generar inversión (aunque la inversión no dependa exclusivamente de la regulación de un tipo social).

Consecuentemente, en la presente ponencia me permito proponer modificaciones a la normativa actual de la ley 27.349 en materia de Sociedades por Acciones Simplificadas que considero deberían realizarse en un corto plazo a fin de enfrentar el futuro de los negocios modernos.

PONENCIA

Introducción.

El título de la ponencia corresponde a un desafío (SAS 2025), a un ideal a llegar en una fecha temprana (que puede ser el año 2025 pero será mejor si se logra antes), la búsqueda por continuar con la revolución del derecho corporativo argentino que implicó su vuelco hacia la autonomía de la voluntad y la menor imperatividad normativa, la búsqueda por tener una regulación SAS 2025 en concordancia con el derecho del mundo.

El éxito de este nuevo tipo social al haber sido el más elegido en nuestro país desde su sanción, marca el camino sobre hacia donde ir, marca el camino que reclama el mercado jurídico empresario y emprendedor, y nos enfrenta al desafío de reflexionar y lograr reformas que otorguen al sistema societario argentino, mayor competitividad.

Propuestas de reforma.

a. Remarcar y/o recordar la aplicación del artículo 150 del Código Civil y Comercial de la Nación y resaltar que la Ley General de Sociedades no es ley especial en materia de SAS. Esto implicaría, tal como lo es hoy pero de forma expresa, finalizar con el debate acerca de la aplicación de la parte general de la Ley General de Sociedades a las Sociedades por Acciones Simplificadas, para poner por encima de esta a la libertad de contratación de los socios.¹

b. Incorporar, al igual que lo hace la Resolución 420/2020 de la autoridad de aplicación de Mendoza, un artículo que estipule que: *“El principio rector, pauta de interpretación y de aplicación de la presente ley es el respeto por la autonomía de la voluntad. El cual sólo cederá ante normas claramente imperativas. Ante la duda, se estará a favor de lo previsto*

¹ En este sentido lo hace la Ley de Fomento del Emprendedurismo que regula la SAS en Uruguay Nro. 19.820 en su artículo 9 establece: Autonomía de la voluntad y remisión). - En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá, en su orden, por las disposiciones contenidas en: A) El contrato o el estatuto social. B) Las normas legales que rigen a las sociedades anónimas. En cualquier caso, solo será de aplicación preceptiva en cuanto no resulte contradictorio con la presente ley, lo dispuesto en los artículos 298, 300, 301, incisos tercero y cuarto del artículo 305, 332 a 337, 362 y 363 de la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989, las normas de dicha ley que expresamente atribuyan responsabilidad o regulen acciones judiciales y las disposiciones imperativas de su Capítulo I. Lo pactado en el contrato o estatuto social en ningún caso podrá lesionar los derechos de terceros de buena fe.

o de lo peticionado por los administrados.”

c. Objeto. La eliminación de la obligación de determinar un objeto y la enunciación precisa de las actividades principales que constituyan el mismo. En su lugar, otorgar la posibilidad de que los socios constituyan una SAS cuyo objeto sea “*toda actividad lícita*”.²

d. Capital. La eliminación de la obligación de tener como mínimo un capital con un importe equivalente a dos veces el salario mínimo, vital y móvil al momento de la constitución de la sociedad. En su lugar, no poner monto mínimo en lo que respecta al capital social.

e. Sede social. Incorporar la posibilidad de que la sede social sea electrónica. Entendemos que hoy en día el trabajo remoto ha avanzado de forma exponencial y que no siempre es necesario tener una sede social física, sino al solo efecto notificadorio el cual puede ser suplido por un domicilio electrónico.

f. La eliminación de las incapacidades de derecho estipuladas por el artículo 39, esto es:

1. *No deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incisos 1, 3, 4 y 5 del artículo 299 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984.*

2. *No podrá ser controlada por una sociedad de las comprendidas en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, ni estar vinculada, en más de un treinta por ciento (30 %) de su capital, a una sociedad incluida en el mencionado artículo.* En su lugar, equiparar la capacidad a los demás tipos sociales y haciendo hincapié en una visión aperturista.

g. La eliminación la garantía solidaria e ilimitada de los socios por los aportes no integrados por los demás socios.

h. La eliminación de la obligación de aprobar el orden del día por unanimidad de los temas a tratar por la reunión del órgano de gobierno, cuando esta realice sin convocatoria, al igual que se encuentra estipulado para el órgano de administración.

i. La eliminación lisa y llana del artículo 62 que estipula: “*Serán de aplicación a la SAS las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, 20.744, t.o. 1976, y, en particular las relativas a las responsabilidades solidarias establecidas en los artículos 29, 30 y 31 de la mencionada ley.*”³

j. La posibilidad de “tokenización” de las acciones, lo cual implica que podrán estar representadas por certificados emitidos en forma electrónico, siempre que se encuentren asociados a una base de datos distribuida en cadena de bloques.⁴

Conclusiones.

Como bien decía el profesor Colombres, “la moderna dogmática del derecho de sociedades habrá de tener muy presente la necesidad de puntos de partida nuevos para explicar vínculos jurídicos dotados de estructuras nuevas.”⁵ Y claramente esta necesidad se hará mas constante con el avance de la tecnología, proceso imparable el cual podemos acompañar o permanecer fuera, lo que nos llevara inevitablemente al propio destierro en materia de inversión y crecimiento.

Las propuestas de la presente ponencia sobre la reforma de la legislación SAS, buscan equi-

² Ley de Fomento del Emprendedurismo que regula la SAS en Uruguay Nro. 19.820 en su artículo 12 inc. E.

³ En este sentido la Ley de Fomento del Emprendedurismo que regula la SAS en Uruguay Nro. 19.820 artículo 8: El o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad excepto en caso de declararse inoponible la personalidad jurídica de la sociedad conforme a lo establecido en los artículos 189 a 191 de la Ley N° 16.060, de 4 de setiembre de 1989, y con el alcance allí señalado.

⁴ Ley de modernización a la Ley de Compañías de Ecuador, disposición general cuarta.

⁵ COLOMBRES, Gervasio. Curso de Derecho Societario. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 61.

parar a nuestro derecho de sociedades con los restantes derechos modernos de latinoamérica y el mundo, a fin de que no sea este el motivo por el cual las inversiones opten por establecerse fuera de nuestra república.

El derecho de sociedades afecta de manera significativa al emprendimiento, la innovación, la financiación de empresas, el desarrollo del mercado de capitales y el crecimiento económico del país. Dicha regulación normativa afecta directamente la generación de riqueza de un Estado, y en caso de que la misma no fuere la apropiada, se corre el riesgo de perder recursos, puestos de trabajo y competitividad con otros países del mundo. Por lo tanto, el objetivo debe ser seguir avanzando.

SAS Y UNIPERSONALIDAD: ATAQUES, REGLAMENTACIONES Y EXCESOS. EL CASO SANJUANINO

Bruno A. Lanciani Brisson¹

1. SUMARIO

Como es sabido, el cambio de paradigma societario que comenzó en el año 2017 con la sanción de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor², y la creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante SAS), generó en la doctrina especializada diversas voces encontradas. A principios del año 2020, con el cambio en la conducción de la Inspección General de Justicia, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, desde el interior del país fuimos testigos de diversos ataques a la ley, que por vía reglamentaria se le introducían reformas no previstas por el legislador, lo que se traducían y significaban mucha incertidumbre, no solo para los operadores del derecho sino para todos los emprendedores y empresarios que por entonces habían constituido una SAS para sus empresas. La provincia de San Juan no fue ajena a ello, y los diversos ataques que se generaron en la Ciudad Porteña tuvieron eco en nuestra tierra, también en el 2020, pero esta vez en relación a la Unipersonalidad de la Sociedad, tema sobre el cual no se había avanzado en BSAS. La presente ponencia radica en el análisis de un fallo dictado por el registrador local (Provincia de San Juan), que rechaza la posibilidad de que la SAS se constituya con un socio único y que este, sea a su vez, el único administrador. En términos del fallo comentado *“no resulta posible la unipersonalidad social y de actuación orgánica por el único socio ni aún en la S.A.S...”*.

2. Introducción. Antecedentes.

La Ley General de Sociedades, sancionada en el año 1972, respondió a un modelo económico industrial, en tanto que la LACE fue sancionada en 2017, atendiendo a un modelo económico basado en el conocimiento, en la información, y sobre todo respondiendo a nuevos requerimientos en los negocios, impulsados por mercados cada vez más dinámicos y ágiles en sus cambios.

Así surgen las SAS, como un tipo societario abierto, sin contrapesos, que ayuda a organizar un patrimonio, impulsando la creación de empleo: se buscó reducir obstáculos para una incorporación más efectiva de las MIPyMEs en la economía formal.

Por entonces, se ponían en valor esquemas tendientes a simplificar y a digitalizar la creación de nuevas empresas; lo que daba respuesta a dinámicas del mercado que ponían en evidencia la obsolescencia de los modelos de sobre-regulación, que conspiraban no solo en contra del crecimiento de Empresas pequeñas, sino también, contra la creación de nuevas.

La creación de las SAS, vino también a cubrir una necesidad por entonces olvidada por el Legislador: “la unipersonalidad”, esto es, la posibilidad de que el emprendedor, y/o el empresario

¹ Abogado, Magister en Derecho de Empresas, Director académico de la sede Regional San Juan del IADEF; socio del estudio “Lanciani, Trincado, abogados y consultores” (www.lancianitrincado.com)

² Ley N° 27.349, sancionada por el Congreso de la nación en marzo de 2017, y promulgada por el Decreto 252/2017

argentino, puedan contar con una verdadera sociedad unipersonal, para iniciar un negocio. Como antecedente previo al nacimiento de las SAS, es de destacar que la unificación del Código Civil y Comercial, año 2015, trajo consigo una serie de reformas al derecho societario que fueron positivas, en tanto que se propusieron modificaciones importantes al texto de la Ley de sociedades Comerciales, con cambios sustanciales en algunos supuestos, y con la aparición de nuevos tipos societarios.

Con el nuevo Código Civil y Comercial unificado aparecieron las Sociedades Anónimas Unipersonales (conocidas por sus siglas S.A.U), pero a pesar de los esfuerzos de los legisladores, las SAU tampoco fueron una solución. La realidad es que debido a los excesivos requerimientos legales relativos al número mínimo obligatorio de directores (3) y síndicos (3), las sociedades anónimas unipersonales (SAU) en la Argentina no tuvieron una buena acogida en la práctica empresarial.

La suerte de este tipo societario tampoco varió mucho aún después de la reforma introducida por la ley 27290 a partir de la cual requerían para su existencia un directorio unipersonal (LGS, artículo 255, segundo párrafo) y solo un síndico titular y uno suplente (LGS, artículo 284). La verdad es que seguían siendo una estructura costosa para iniciar un negocio. La realidad es que dos años después de esta importante reforma normativa, y con la sanción de la LACE, año 2017-, aparecen las SAS con la posibilidad de ser constituidas en forma unipersonal. A diferencia de las SAU, con la SAS, el socio único, podía ser el único administrador titular, prescindiendo de la sindicatura, siendo necesario en este caso solamente contar con un administrador suplente.

3. La SAS en la Provincia de San Juan

La Provincia de San Juan no fue ajena a la realidad de la LACE. Inmediatamente se formó un ecosistema emprendedor muy importante, apostando fuertemente la Provincia a la creación de nuevas empresas. Iniciativas estas, que tuvo como respuesta la creación de incubadoras tanto públicas como privadas

Por su parte, en materia de Registración, el órgano registrador, - Registro Público de Comercio -, dependiente del Poder Judicial de la Provincia de San Juan, por resolución interna n° 03/2017, bajo el título de Sociedades por Acciones Simplificadas, publicada el 01 de septiembre de 2017, procedió a dictar una reglamentación para este nuevo tipo societario. Tal es así que se comenzaron a registrar numerosas SAS, entre ellas, una importante cantidad de sociedades unipersonales. Entre ellas, muchas Pymes Familiares Industriales, y muchos emprendedores que hasta la fecha no se animaban a dar el salto que implica adoptar una sociedad.

Según los datos publicados por el Poder Judicial de San Juan, el Registro Público de Comercio de la Provincia de San Juan inscribió en forma definitiva cuatrocientas sociedades por acciones simplificadas (S.A.S), desde que se sancionó la Ley 27.349 en marzo de 2017, *“De esta manera, se puede destacar que en solo dos años desde la vigencia de la Ley 27.349 de “Apoyo al Capital Emprendedor”, la Jurisdicción de San Juan haya inscripto hasta el momento 400 (cuatrocientas) sociedades de este tipo, posiciona a la provincia en un lugar destacado a nivel nacional, detrás de otras de mayor tamaño como Buenos Aires, Santa Fe o Córdoba”*³

³ Dirección de Comunicación Institucional (DIRCOM), Comunicado de Prensa N° 773 03092019

Continúa el comunicado: *“...Este nuevo modelo societario ha permitido la regularización de muchas personas jurídicas que funcionaban dentro de la sección IV de la Ley 19.550, es decir, de las sociedades no constituidas según los tipos y otros supuestos, así como favoreció la formalización de actividades económicas de personas humanas, que no encuadraban en algún tipo desde la desaparición de la figura del comerciante...”*

En efecto de las propias estadísticas publicadas por el organismo registrador, encontramos que ya en el 2020 se habían inscripto 15 SRL, 3 SA, y 90 SAS, es decir el 81% de las sociedades registradas, muchas de la cuales eran SAS unipersonales, en forma originaria⁴.

4. La SAS en el 2020

Sin lugar a dudas, un año muy peculiar para la SAS. Este tipo societario – creado con el afán de modernizar, digitalizar y desburocratizar el proceso de constitución y control de las sociedades para impulsar la actividad de las pequeñas y medianas empresas (PyMEs) – durante ese periodo recibió varios y diversos ataques por parte de la Inspección General de Justicia (“IGJ”), sin embargo, uno ya podía encontrar diversos casos de éxito de empresas bajo el formato de SAS, a lo largo y ancho del país.

Es importante tener en consideración que las SAS fueron creadas en marzo de 2017 a través de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, y reguladas por la IGJ mediante la Resolución General N° 6/2017 principalmente. Desde su creación y hasta el mes de diciembre de 2019 sólo dos resoluciones se dictaron a los efectos de modificar y/o complementar el régimen de la Resolución General N° 6/2017. Por su parte en San Juan, ya mencionamos el antecedente registral creado por la resolución interna n° 03/2017

Luego vendrían un vendaval de Resoluciones por parte de IGJ⁵ que impartieron modificaciones relevantes en las SAS en lo relativo a: - El plazo de vigencia de la sociedad - Firma digital de los socios y del administrador - La presentación de balances anuales (La ley no fija esta obligación.) - El capital social: la cifra del capital social inicial será evaluada por la IGJ conforme el objeto social - La supresión del objeto social múltiple, restableciendo el objeto social preciso y determinado - Las acciones y las variaciones del capital social: se debe dar publicidad sobre las características de las acciones y las variaciones del capital social, detallando la titularidad de cada socio, - Garantía de los Administradores: se establece como obligatoria la constitución de una garantía por el administrador titular de la SAS - Bienes de las SAS: la IGJ junto al Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal trabajarán en conjunto para obtener información sobre la existencia de operaciones de constitución de derechos reales - Los trámites registrales: todo trámite registral de una SAS deberá contar con un dictamen de precalificación profesional - La sede social: en caso de que la IGJ constatare la inexistencia material de la sede social inscripta podrá aplicar a la SAS y a su representante legal una multa equivalente a Pesos Cien Mil (\$100.000.-).

No es el objeto de esta ponencia reflexionar ni emitir juicio de valor sobre las regulaciones mencionadas en los párrafos precedentes, creadas por la IGJ. Por el contrario creemos que el instituto en cuestión: a) puede y debe ser mejorado y b) que hay que impedir “excesos”, pero no con más “regulaciones”, porque de esa forma, se mete a todo el ecosistema emprendedor y empresario en la “misma bolsa”; y las economías regionales del interior del

⁴ Quien suscribe, a esa fecha había constituido las siguientes SAS Unipersonales: trámite N° 21416 de fecha 3/10/2017, N° 22522 de fecha 18/06/2018; N° 25309 y N° 25106 de fecha 21/08/2019

⁵ N° 3/2020, 9/2020, 17/2020, 20/2020, 22/2020, 23/2020, 43/2020 y 44/2020.

País, con una realidad totalmente distinta a la porteña, se resienten muchísimo. Entonces, en un estado de derecho, el debate debe ser legislativo, y en nuestro caso, con una mirada federal y regional.

Sirvan estos antecedentes nacionales de preámbulo para poner en contexto el giro efectuado en la Provincia de San Juan en relación a la SAS. Ello, porque, sin perjuicio de que el sistema normativo que regula las SAS, como dijimos, puede ser mejorado y/o actualizado; lo cierto es que se dictaron reglamentaciones muy por fuera de la línea en que se venía trabajando y que afectaban sustancialmente el régimen vigente.

5. La nueva resolución en San Juan.

En pleno transcurso de la pandemia Covid 19 (8/06/2020), cuando más difícil se ponía la economía para el sector privado, fuimos testigos de un cambio de criterio en el Registro Público de Comercio de San Juan, que introdujo de manera unilateral una nueva condición para la inscripción de la Sociedad por acciones simplificadas. Se trató de un requisito no previsto en la ley de fondo y tampoco previsto originalmente por el organismo registrador (según la propia resolución 03/2017 de este organismo)

En pleno proceso de registración de una SAS para un emprendedor local⁶, apareció lo que por entonces entendimos como una “prohibición local creada”, incluso por fuera de las ya conocidas limitaciones efectuadas en la City Porteña por la IGJ, según la cual la administración titular de la sociedad, no puede ser ejercida por el único socio. Es decir, el registro local impidió la constitución de una verdadera sociedad unipersonal (mismo socio, mismo administrador). Se volvía a caer en la costosa estructura que sugerían las SAU, - como se dijo anteriormente -, lo que fue la principal causa por las cuales estas sociedades no tuvieron su aceptación en el empresariado local.

El fallo dictado:

“Advertido el suscripto, que del instrumento que pretende inscribir, surge identidad entre el único socio y el administrador titular designado, y en el entendimiento de que nuestro Código unificado ha adoptado teorías normativistas que conciben a la persona jurídica como un recurso técnico con el cual el ordenamiento inviste a un grupo de personas o establecimientos que deseen participar en el tráfico jurídico de manera diferenciada de sus integrantes....”

“Y dado que en los propios fundamentos de la comisión redactora del C.C.Com. se lee: “la regulación de las personas jurídicas en la parte general de un C.C.Com. unificado se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema también general aplicable a todas las personas jurídicas”, y quiere decir sin duda “todas” por lo que la parte general del título de dichas personas se proyecta sobre las reguladas en el cuerpo del C.C.Com. y asimismo sobre las que están reguladas por leyes especiales como las sociedades comerciales.”

“Las sociedades por acciones simplificadas, creadas por Ley 27.349, no dejan de pertenecer al sistema legal de sociedades de nuestro derecho positivo, alcanzando los principios y normas generales propios de las personas jurídicas y las sociedades en general.

“Éste principio informa a todo el derecho de las personas jurídicas en general y a las sociedades en particular, y así, una SRL (que no admite unipersonalidad) puede tener de gerente

⁶ Futura S.A.S. S/Inscripción De Instrumento Constitutivo (S.A.S.) / Trámite N° 26822, 09/06/2020

a uno o varios socios y prescindir de órgano de fiscalización, que es ejercida por los socios por las facultades conferidas por el art. 55 L.G.S. Igual situación se puede dar en una S.A.; en una S.A.U., en cambio, la sindicatura es obligatoria. Así se demuestra que no resulta posible la unipersonalidad social y de actuación orgánica por el único socio ni aún en la S.A.S. porque esto resultaría incompatible conforme el propio art. 49 2do. párr. de la ley 27349.

“Admitir ésto (unipersonalidad orgánica y funcional) resultaría claramente en contraposición a la doctrina orgánica donde la voluntad del ente surge de la contraposición de las voluntades que lo conforman y admitirlo convierte a éste único individuo en “un personaje omnímodo y todopoderoso⁷, creando un cuadro manifiestamente incompatible con la actuación del único socio, que, por obviedad, no podría controlarse a sí mismo” (Ernesto Martorell, S.A., S.A.U., S.A.S., pág. 790.)

“Por todo lo expresado, y luego de un pormenorizado análisis de todo el sistema jurídico que informa las personas jurídicas y las sociedades en general, concluyo como juez-registrador que no puede existir unipersonalidad social y funcional orgánica en un único y mismo sujeto debiendo adecuarse, por acta complementaria, el instrumento constitutivo ó la estructura de los órganos de la sociedad a éste resolutorio..”

Cabe destacar que el fallo que mencionamos fue dejado sin efecto por la Cámara de Apelaciones⁸.

Falencias del fallo objeto de esta ponencia:

- Se realiza una interpretación de la LACE, desde cuerpos normativos a los que debe acudir en subsidio, supletoriamente, alterando la posición prioritaria de las normas de la ley con las del Código Civil y Comercial de la Nación y con la Ley General de Sociedades, aplicando principios ajenos al sistema propio de la S.A.S.
- Se fuerza la aplicación el Código Civil y Comercial (sancionado en 2015), cuando la LACE es una ley especial y posterior, con principios propios, creadora de una herramienta nueva, diferenciada de las sociedades comerciales de la LGS.
- En relación a las facultades que se arroga, como juez registrador, para justificar esa interpretación, no aplican a la SAS. La LACE no incluye norma similar al art. 301 LGS, por el contrario, veda al Registro tales facultades, por lo que su actuación en este sentido importa respecto de las SAS un exceso.
- La SAS ha sido creada y se rige por ley especial, la LACE. Esta tiene aplicación preferente por sobre la LGS y el propio CCyCN. El art. 33 se integra con los arts. 35 y 36 LACE, de modo que cuando aquel dispone la creación de la SAS, incluye de manera directa a las cláusulas legales o voluntarias del instrumento constitutivo, de aplicación preferente al régimen accesorio y supletorio de la LGS -el art. 49 LACE remite supletoriamente a la LGS para el funcionamiento de los órganos sociales frente a supuestos de imprevisión estatutaria-.
- Entonces el orden de prelación normativa en el caso de la SAS es el siguiente: 1) Normas no disponibles de la LACE; 2) Las disposiciones del instrumento constitutivo, 3) Supletoriamente, para el caso de ausencia de previsiones en el instrumento constitutivo, por las

⁷ “Personaje omnímodo y todopoderoso,” se evidencia la posición ab initio del Registrador, en contra del concepto mismo de la S.A.S. Se nos viene a la cabeza lo que sostenía el maestro Sergio Le Pera, quien decía, que las sociedades unipersonales preocupaban más a los profesores, que a los comerciantes (LE PERA, Sergio, «Estatuto del Comerciante, persona jurídica y sociedad en la ley de unificación» publ. en RDCO, año 20, diciembre de 1987, ps. 802 y ss).

⁸ Sala Cuarta De La Cámara De Apelaciones En Lo Civil, Comercial Y Minería De San Juan, autos N° 26822 (C.C. SALA IV N° 1710), caratulados: “FUTURA S.A.S.” contra la resolución dictada en fecha de ocho de junio dos mil veinte

disposiciones de la LGS (el empleo supletorio de la LGS a la SAS viene impuesto únicamente para supuestos en que sus normas concuerden con los postulados y finalidad de la LACE),) Por las normas del CCyCN previstas para personas jurídicas privadas, en cuanto fueran de aplicación (su art. 150)

6. Conclusión.

Los ataques que sufrió la SAS por parte de IGJ, tuvieron su repercusión en nuestra provincia, y posiblemente en otras tantas también, que ni siquiera llegan a nuestro conocimiento. El privado que invierte y estructura su negocio, asumiendo el riesgo empresario, queda condicionado por el criterio personal del registrador de turno (tantos como jurisdicciones hay en el País). El control de legalidad (sustancial) que se arrogan termina siendo un exceso. Hemos omitido mencionar en esta ponencia, otro, quizás el principal, ataque a la SAS, el Proyecto de modificación impulsado por el Senador Parrilli⁹. La incorporación en el ordenamiento argentino de las sociedades unipersonales no son una novedad, ya que venía siendo un tema de discusión doctrinaria durante muchos años atrás y fundamentalmente venía siendo un pedido del sector privado. La unipersonalidad es una herramienta que facilita la inversión y la realización de nuevos emprendimientos para las PyME y emprendedores, beneficiándose mediante la limitación de la responsabilidad y la fragmentación de su patrimonio. Las empresas y los emprendedores necesitan seguridad jurídica, y no solo se la debemos reclamar a nuestros legisladores. Los funcionarios que cumplen tareas en ámbitos vinculados a sociedades, deben evitar poner trabas y regulaciones donde la ley no las crea.

⁹ S350-20 PL (11-Jun-2020 Media Sanción)

DIVORCIO VINCULAR PARA LAS SOCIEDADES DE FAMILIA

Manuel Bernardo López Sanabria

SUMARIO

Con alarmante frecuencia, las sociedades cerradas o de familia, cualquiera su tipo, son el campo de batalla en el que sus socios echan mano a herramientas jurídicas tales como las acciones de impugnación de asamblea, de remoción o responsabilidad de administradores, intervención societaria, etc., para convertirlas en armas de guerra que les permitan reducir y doblegar a su consocio-enemigo hasta el punto de lograr la mejor transacción posible; por lo general, la salida del socio minoritario. En tal afán, muchas veces las verdaderas víctimas son la propia sociedad o los terceros. ¿Y tanta sangre por qué? Simplemente porque en las sociedades “comerciales”, y contrariamente a lo que ocurre en las sociedades conyugales, la disolución del vínculo sigue estando condicionado a exigentes causales. A diferencia de lo acontecido en el Derecho de Familia, en el Derecho Societario seguimos siendo renuentes a que la ley permita la salida voluntaria de los socios. En esta ponencia, propongo introducir modificaciones a la ley general de sociedades para aceptar finalmente “el divorcio parcial voluntario” del vínculo societario como herramienta legal útil para prevenir o resolver el conflicto societario y sus nefastas consecuencias.

PONENCIA

“La fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales en la guerra” (Thomas Hobbes).

Esta o alguna frase parecida debiera servir de introducción a cualquier libro de derecho societario que trate, aunque sea de manera tangencial, sobre temas relacionados con el conflicto societario.

Desde las aulas de grado, los abogados aprendemos que la “*affectio societatis*” que debe existir entre los socios de una sociedad “comercial” no es lo mismo que el amor que deben prodigarse los esposos de una sociedad conyugal, sino algo mucho más terrenal: “*la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada*”¹.

A pesar de esta diferencia ontológica y contrariamente a lo que el sentido común podría indicarnos, el derecho de familia ha evolucionado desde la primigenia concepción de la indivisibilidad del vínculo conyugal hasta el divorcio vincular voluntario e incausado. El derecho societario, por el contrario, sigue renuente a permitir la resolución parcial del vínculo societario, salvo que mediaren excepcionales causas legales o expresas estipulaciones contractuales.

Desde el año 1.888, por imperio de la ley 2393, y hasta el año 1.987 en que entró en vigencia la ley 23.515, salvo el breve interregno de la ley 14.394, el matrimonio sólo podía disolverse si uno de los cónyuges había incurrido en incumplimiento de obligaciones maritales esen-

¹ Halperín Isaac, “Curso de derecho Comercial” Tomo I, pag. 243. Ed. Depalma Buenos Aires 1972

ciales tales como las de fidelidad, cohabitación, etc.. Es decir, el divorcio estaba admitido excepcionalmente pero solo como sanción para el caso que mediare culpa de uno o ambos cónyuges. La mencionada ley 23.515 introdujo el divorcio vincular incausado pero supeditándolo a la voluntad concurrente de ambas partes y recién con el nuevo Código Civil y Comercial se admitió el llamado divorcio exprés o divorcio por voluntad unilateral de cualquier de los cónyuges.

Durante todo el tiempo que el divorcio solo era posible en caso que hubiera culpa de los cónyuges, los abogados dedicados al derecho de familia eran verdaderos especialistas en estrategias del conflicto marital. En tal trajín, los procesos judiciales no hacían más que agravar el sufrimiento de los contrayentes y especialmente el de sus hijos y parientes. Y ello fue así hasta que finalmente primó la lógica en el legislador quien, al introducir la posibilidad del divorcio voluntario, permitió prevenir y solucionar graves conflictos familiares.

Mientras tanto, en el derecho societario, y salvo las excepciones a la que seguidamente haremos referencia, seguimos aferrados a la idea de que el vínculo societario no puede disolverse voluntariamente; seguramente influidos por la concepción contractualista de la sociedad en virtud de la cual concluimos que, cuando es plurilateral, las partes están obligadas a respetar el plazo de duración fijado en el contrato social "como si fuera le ley misma"².

Pareciera que olvidamos que la sociedad además de ser un contrato plurilateral, por sus características propias, es también un contrato de organización, lo cual la convierte en una institución que vive y funciona a lo largo del tiempo gracias a la actividad de sus órganos, todos compuestos por personas humanas. En tal dinámica, lógico es pensar que, como en toda institución humana, los conflictos personales son posibles. Y la realidad nos enseña que, lamentablemente, son muy frecuentes y muy dolorosos, sobre todo en las sociedades cerradas o de familia.

Cuando las desavenencias aparecen, y la *affectio societatis* se esfuma, los socios descubren que fue muy fácil constituir o entrar a la sociedad pero que resulta casi imposible salir. Salvo, claro está, en aquellas pocas sociedades en las que premonitoriamente sus fundadores decidieron introducir en el contrato social causales de resolución parcial voluntarias (art. 89 de la LGS).

Sin embargo, la mayoría de las veces esas cláusulas contractuales brillan por su ausencia y los socios minoritarios en conflicto, al advertir que su reacción natural de querer salir de la sociedad no es posible, se sienten prisioneros de esta institución que tantas esperanzas les había generado. A continuación indagan por soluciones alternativas y entonces experimentan su segundo choque con la realidad: es cuando toman conocimiento que todas las herramientas jurídicas previstas en la ley de sociedades para resolver estos conflictos, tales como la impugnación de asamblea, remoción o responsabilidad de administradores, intervención societaria, etc., no son idóneas para cumplir sus fines. Ello así, porque los tiempos de la Justicia son tan lerdos que sus supuestas soluciones llegan siempre tarde y entonces ya no son tales, pero, principalmente, porque dichos procesos judiciales hacen ya irreconciliable la relación de los socios en conflicto y, por ende, la continuidad de todos ellos en la misma sociedad. Alguno tiene que salir y por lo general será el socio minoritario. El punto es saber cómo, cuándo y a qué precio.

Aparece entonces la tercera alternativa, a la que acuden ambas partes en conflicto, cual es la de

² Art. 1.197 del derogado Código Civil.

usar esas herramientas jurídicas no con el fin para el que fueron concebidas sino como simples armas de guerra que les permitan doblegar al consocio-enemigo hasta lograr la mejor transacción posible. En tal afán, muchas veces las verdaderas víctimas son la propia sociedad o los terceros pues la contienda paraliza la vida de la sociedad arrastrándola hasta su insolvencia.

En apretada síntesis, esta es la realidad de casi todos los conflictos societarios que tramitan en nuestros tribunales. Los actores del derecho sabemos que allí no está la solución y que la misma radica en la posibilidad de permitir al socio minoritario salir voluntariamente de la sociedad llevándose el valor proporcional justo de su participación social.

Para nuestra tranquilidad moral decimos que la culpa no es nuestra ni del sistema sino de los propios socios que no atinaron a prever cláusulas contractuales que les permitan la resolución parcial del contrato, para lo cual estaban facultados en virtud de lo establecido en el art. 89 de la LGS.

En parte es cierto, porque efectivamente esa norma permite que al celebrar el contrato social o modificar el mismo se introduzcan cláusulas contractuales que prevean causales de resolución parcial.

Sin embargo, todos sabemos que en la mayoría de los contratos sociales esas cláusulas no existen. Surge entonces la pregunta: ¿Por qué no las introduce directamente la propia ley? A primera vista no pareciera existir ninguna objeción constitucional para que la misma ley de sociedades permita la resolución parcial voluntaria en determinadas circunstancias. De hecho, ya existen diferentes supuestos de resolución parcial que no merecieron reproche alguno en nuestra jurisprudencia.

Uno de ellos es el que acabamos de mencionar, esto es, la remisión o autorización que hace el art. 89 para que sean los propios socios los que establezcan causales de resolución parcial. Otros supuestos, son el previsto por el art. 16 para el caso de nulidad del vínculo de uno o alguno de los socios que, en principio, no disuelve la sociedad y el previsto en el art. 90 para el caso de muerte de un socio en las sociedades de persona.

Existe también la exclusión de socios regulada por el art. 91, que permite a la sociedad excluir por justa causa a los socios díscolos que tienen una conducta contraria al interés social. Es claramente un instituto útil y práctico para resolver el conflicto societario y que, por esa misma razón, sería necesario que se extendiera su aplicación a las sociedades anónimas en las que no está regulado legalmente pese a que la doctrina y jurisprudencia parecerían no verle mayores objeciones.³

La ley general de sociedades, en los artículos 160 y 245, contempla también el derecho de receso que asiste a los socios que votaron en contra o estuvieron ausentes cuando la sociedad decidió introducir determinadas modificaciones sustanciales en el contrato social.⁴ El derecho de receso es claramente también un supuesto de resolución parcial del contrato social que no provoca la disolución del ente y que claramente sirve para permitir la salida del socio que ya no quiere estar en sociedad y evitar así seguros conflictos futuros.

La existencia de estos distintos supuestos de resolución parcial, sean legales o contractuales, pone en evidencia su procedencia jurídica y hacen pensar en la viabilidad de modificar la ley para que autorice el retiro voluntario del socio en determinadas circunstancias.

No ignoramos que la concreción de una resolución parcial produce efectos económicos en la sociedad y que estos pueden ser negativos, sobre todo cuando la sociedad no cuenta con

³ Corte Sup., 9/10/86, in re, "J.B. Justo S.A. v. Angueira, E. y otros"

⁴ Ver también artículos 25, 78 y 85 de la LGS.

fondos suficientes para pagar el reembolso al socio saliente, lo cual le puede imponer la necesidad de efectuar una reducción de su capital social y la expone eventualmente al riesgo de quedar incurso en la causal de disolución prevista por el art. 94, inc. 5.

No ignoramos tampoco que la salida de un socio habrá de generar necesariamente una tensión con los intereses de los restantes socios, la sociedad y los terceros. Es por ello que cualquier modificación de la ley en el sentido que proponemos debiera tener en cuenta estas circunstancias y tratar de buscar un equilibrio entre dichos intereses.

En aras a proteger el interés del socio que se retira, debería procurarse que el reembolso de su participación societaria sea ajustada a la realidad patrimonial de la sociedad.⁵ Si el monto determinado en función de los parámetros que fija la ley no se corresponde con el valor real de la sociedad, como muchas veces ocurre con la fórmula propuesta por el art. 245, el retiro voluntario del socio no será nunca una herramienta apetecible y útil para evitar el conflicto social.

El sentido de justicia y la prohibición de que exista un enriquecimiento sin causa en beneficio de la sociedad imponen la necesidad de que se pague al socio saliente el valor real y actual correspondiente a su participación societaria.⁶ Por iguales razones, deberá procurarse que dicho pago se materialice en el menor tiempo posible y, en caso de dilatarse en el tiempo, que se actualice de modo efectivo. Y por los mismos fundamentos, debería procurarse que la ley societaria proponga parámetros homogéneos para el cálculo del valor de reembolso en todos los supuestos de resolución parcial, sea esta por exclusión, decisión voluntaria o ejercicio del derecho de receso. Una futura reforma de la ley debiera contemplar este objetivo.

Desde el punto de vista del interés de la sociedad, y para el caso que no tuviera los fondos suficientes para abonar el reembolso al socio que se retira, la ley tendría que otorgarle un plazo de pago lo razonablemente largo para que pueda conseguirlos.⁷ También parece aconsejable permitir que el retiro voluntario se pueda ejercer sólo después de que se cumplan los siguientes presupuestos de procedencia: i) que el socio deba, en forma previa, haber votado en contra de la aprobación de los balances del último ejercicio y de la gestión de los administradores, pues son los temas en los que ordinariamente se evidencia el conflicto societario y bueno sería que, como un modo de agotar la vía societaria, se le dé a la sociedad y a los restantes socios la oportunidad de prevenir la inminente controversia societaria; ii) que la sociedad haya desarrollado su actividad durante algunos ejercicios,⁸ pues esto le daría la posibilidad de obtener las ganancias realizadas y líquidas necesarias para afrontar su eventual obligación de reembolsar o, en su defecto, para proponer a los restantes socios o a terceros que adquieran las cuotas o acciones del socio saliente, toda vez que para entonces ya habrá elementos suficientes para que estos evalúen si la sociedad tiene viabilidad económica y social de subsistencia⁹.

En interés de los restantes socios, es decir, de los que permanecen en la sociedad, serviría también la previsión precedentemente mencionada, pues ello le permitiría analizar la conve-

⁵ Sirve de guía en este punto el espíritu que emana del art. 154 de la Ley de Sociedades de Uruguay.

⁶ Conforme lo prescripto por el art. 1.794 del CCC, de aplicación subsidiaria en materia societaria por aplicación del art. 150 del mismo CCC.

⁷ El plazo de un año, actualmente previsto por el art. 245 para el supuesto de receso, parece razonable, máxime teniendo en cuenta que sería un plazo subsidiario, es decir, para el caso que la sociedad no tenga fondos líquidos suficientes.

⁸ Parece razonable un plazo de cinco ejercicios, tal como lo prevé el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de España.

⁹ En términos usados por el art. 100 de la LGS que entiendo no resultaría necesario incorporar a una eventual modificación del art. 89, debido a la aplicación subsidiaria del mismo.

nencia de adquirir o no la participación del socio que se retira, a cuyos efectos, una eventual reforma del art 89, debería reconocerles un derecho de adquisición preferente y de acrecer. En cuanto al interés de los terceros, entendemos que se encuentra debidamente tutelado con todas las normas societarias que tienden a mantener la intangibilidad del capital social y especialmente con las que les permiten oponerse a la reducción del capital social.¹⁰

Conclusión:

Por las consideraciones expuestas, creo que es necesario introducir modificaciones a la ley general de sociedades para facilitar la resolución parcial voluntaria del contrato social y, de ese modo, prevenir y resolver los angustiosos conflictos societarios que a diario afectan a las sociedades cerradas o de familia y que además extienden sus nocivas consecuencias más allá del estricto ámbito societario.

Desde la técnica legislativa, y salvo que se opte por una reforma integral de la ley de sociedades, estimo que en función del texto actual de dicha ley hay dos alternativas posibles: una sería modificar el artículo 89, incorporando la posibilidad de la resolución parcial voluntaria en determinadas condiciones y, la otra, sería ampliar las causales del derecho de receso previstas en los arts. 245 y 160 de la LGS.

A modo de conclusión, y en la creencia que sería mejor la primera opción, propongo el texto tentativo que podría tener el artículo 89 de la LGS:

“Los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en la ley.

En las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas que no hagan oferta pública de sus acciones,¹¹ luego de transcurridos cinco ejercicios desde su constitución y salvo que existiere una previsión contractual en contrario, cualquiera de los socios que hubiere votado en contra de la aprobación de los estados contables del ejercicio o de la gestión de los administradores podrá ejercer el derecho a retirarse voluntariamente de la sociedad. A tal fin, deberá comunicar su decisión a la sociedad dentro del quinto día de celebrada la asamblea o reunión de socios en la que se tomó tales decisiones sociales.

Fijación del valor. Las acciones o cuotas sociales se reembolsarán por el valor resultante del último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. La sociedad tendrá sesenta (60) días para confeccionar, en su caso, ese balance e informar el valor de reembolso al socio saliente. Si la sociedad tuviere ganancias realizadas y líquidas suficientes, deberá pagar el valor de reembolso dentro de los sesenta (60) días subsiguientes. En caso contrario, tendrá hasta un año para hacerlo, contado desde que se le notificó la decisión de retirarse de la sociedad.

Valor actualizado adicional. Si el socio saliente no estuviere de acuerdo con el valor de reembolso así determinado, podrá demandar judicialmente la realización de una pericia para que se determine el valor actualizado adicional que pudiese corresponderle con ajuste a la realidad de los valores de los activos y pasivos de la sociedad.¹² El importe de la diferencia entre el valor actualizado y el resultante del balance se debe pagar dentro de los sesenta (60) días de notificada la sentencia que tiene por aprobada la pericia judicial,

¹⁰ Artículos 83 y 204 LGS.

¹¹ No incluyo a las S.A.S. porque se encuentran legisladas por aparte pero creo que deberían estar comprendidas y reguladas en una misma ley, tal como lo propone el Proyecto de Reforma de 2.019.

¹² A diferencia de lo previsto en el art. 154 LGS, no considero conveniente agregar aquí nada sobre la imposición de costas, pues están serán resueltas por el juez del proceso en función del resultado del mismo.

salvo que no hubiere expirado aún el plazo de un año indicado en el párrafo anterior. El ejercicio del derecho a demandar un valor actualizado adicional caduca a los noventa (90) días desde que se le notificó el valor resultante del balance. El valor de la deuda se ajustará a la fecha del efectivo pago.¹³

Si la sociedad decidiera vender las cuotas sociales o acciones adquiridas al socio que se retira, deberá otorgarle derecho preferente de compra y de acrecer a los restantes socios.

“Grande es la culpa de una guerra innecesaria” (John Adams).

Ojalá que ésta o alguna frase parecida sirvan de inspiración al legislador y, en un futuro no muy lejano, sean usadas como introducción a los libros de derecho societario que traten sobre los conflictos societarios y sus modos de prevenirlos o solucionarlos.

¹³ Este y el párrafo precedente siguen, en gran parte, los lineamientos propuestos en el Proyecto de Reforma de 2.019, con algunos cambios debidos al hecho de que en esta ponencia estamos proponiendo solo una modificación parcial de la ley.

COOPERATIVAS Y NECESIDAD DE ACCESO A HERRAMIENTAS DE FINANCIACIÓN

Federico Ariel Ruiz y Mauricio Mantelli

SUMARIO

Necesidad de reforma Ley de Cooperativas que propicie y recepte las modernas formas de financiamiento.

PONENCIA

Es por todos conocidos los principios del cooperativismo a nivel mundial que fueron formulados por la Alianza Cooperativa Internacional, así tenemos:

Principios Cooperativos 1.- Adhesión voluntaria y abierta; 2.- Control democrático por parte de los asociados; 3.- Participación económica de los asociados; 4.- Autonomía e independencia; 5.- Educación, capacitación e información; 6.- Cooperación entre cooperativas; 7.- Interés por la comunidad.

Estos principios fueron receptados por la legislación interna de nuestro país por la ley 20.337 del 2 de mayo del año 1973.

Cada uno de ellos están fuertemente vinculados unos a otros, por lo que en el presente trabajo entiendo de importancia fundamental propiciar la readecuación práctica de uno de los principios cual es el de autonomía e independencia lo que se traducirá en, casi automáticamente, en una modernización de la visión del resto de los principios a los fines de que las cooperativas existentes y a constituirse tengan las herramientas necesarias para surfear los distintos escollos y metas que se proponen.

En primer lugar, el legislador del año 1973 estructuró la norma que casi no ha sido objeto de modificaciones estructurales. Claramente los tiempos han cambiado, con ello gran parte de la legislación del país a ha ido mutando, ajironándose o se ha reinventado. (Ejemplo de ello, es la ley 26994 de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación; la ley de modernización del Estado 27.444, la ley 27349 de apoyo al capital emprendedor, entre otras).

Las cooperativas, sea del tipo que fueren, actualmente cuentan con severas restricciones o limitaciones para su funcionamiento y con ello para su subsistencia producto de la imposibilidad que tienen para financiarse para llevar a cabo sus diversas y variadas actividades. Los remedios que suelen contar a tales fines parten casi exclusivamente de políticas públicas articuladas por la administración del Estado junto al movimiento asociativo, traducidos en préstamos o financiación para pymes y cooperativas¹ o la creación de fondos de inversión que son constituidos por las partes intervinientes con finalidades específicas² o simplemente consistentes en Aportes No Reembolsables (ANR) los que, básicamente, es dinero que, de forma parcial o total, se traduce en subsidiados otorgados por la administración pública con todo lo que ello significa, sacarles a unos y darles a otros.

Sumado al marco de situación descripto, cabe soslayar la dinámica que atraviesa el país de

¹ Ejemplo de ello fueron las líneas de financiamiento denominada "Créditos para la Reactivación Productiva" articulada entre el INAES y el Consejo Federal de Inversión.

² Ejemplo de ello es el fondo de inversión denominado "Fondo III" con participación estatal por medio del INAES y entidades asociativas.

forma cíclica, traducido en crisis económicas y financieras que no hacen más que limitar la libertad y autonomía de todas las personas (físicas o jurídicas) y las cooperativas no son ajenas. Así, tenemos un alto índice inflacionario, atravesamos lo que algunos ya denominan default técnico, devaluación, suba del precio de la divisa, desconfianza hacia las políticas públicas que se implementan y de los mismos gobernantes producto del cambio constante en las reglas de juego, altos niveles de emisión monetaria, diversos “cepos” cambiarios, regulación excesiva de precios y de los mercados, improvisación, corrupción, excesiva carga impositiva, etc. son parte de las razones que explican el alto nivel de desempleo y pobreza en el país³ y sobre todo el estancamiento de la producción de bienes y servicios que brindan las distintas empresas que solo les queda enfocarse en intentar sobrevivir el día a día.

En este contexto los distintos tipos de cooperativas enfrentan dificultades de financiación internas pues por ejemplo las normas no permiten que el aporte de capital se incorpore al costo de las facturas del servicio prestado (ej. para un aumento de capital); también encontramos restricciones en torno a posibles inversores institucionalizados o individuales (ej. No se encuentra regulada la posibilidad de contar con otro tipo de clase de asociado que tenga intenciones de invertir en el ente cooperativo, también entre las pocas posibilidades existentes, tenemos escasos incentivos que se ofrece para hacerlo).

Ante esta situación, como se dijo, deben recurrir a financiaciones externas provenientes del Estado o de los bancos, siendo créditos con intereses elevados y de difícil devolución. Esta situación no genera más que una fuerte dependencia de estos sujetos de derecho de las políticas de la administración pública, vulnerando y quebrando en primera medida el principio de autonomía e independencia y, con ello, esparciéndose en el resto de ellos (como ya se dijo, todos se encuentran fuertemente vinculados unos a los otros).

En una economía que vive en crisis como la de nuestro país, aquello es insostenible para la subsistencia y para la realización del objeto social que se propuso la cooperativa en el momento de su constitución. Con ello pierden no solo los asociados sino toda la comunidad en general. Como dije, la ley 20.337 no contempla diferentes clases de asociados como si lo hacen otras legislaciones, por lo que los aportes al capital que la entidad recibe son aquellos realizados en el acto fundacional o por la incorporación de nuevos asociados. No obstante, en forma de parche, entendiendo que deberían ser parte de una reforma futura que los incorpore a la normativa de fondo contamos con resoluciones de la autoridad de aplicación -hoy INAES- que permiten la realización de aportes voluntarios de los asociados y que le facultan al cobro de intereses o retornos -aunque limitado a ciertas condiciones⁴- por el capital aportado⁵ de forma voluntaria, con lo que se vuelve poco atractivo para el asociado que quiere invertir en la cooperativa.

Tampoco está contemplada en nuestro régimen vigente los aportes voluntarios independiente del uso de los servicios sociales o de personas externas a la cooperativa.

Como se puede observar, es limitada y escasa la forma que tienen las cooperativas de resguardar el valor o poder adquisitivo de sus fondos y su patrimonio para hacer frente a su actividad por lo que se torna imprescindible una reforma legislativa que no sólo prevea el aumento del capital por aportaciones voluntarias de los asociados garantizando retornos

³ Según el Instituto de Estadística y Censo la pobreza se ubicó en 37,3 por ciento en el segundo semestre de 2021; tasa de desocupados de un 7% en primer trimestre del 2022.

⁴ Ejemplo de ello es el Art. 42 inc. 4° Ley 20.337.

⁵ Resolución de la autoridad de aplicación 349/95/, 1966/95 y 593/99, entre otras.

mínimos de rentabilidad (para poder competir con el mercado financiero) sino, por ejemplo, la posibilidad de que existan distintas clases de socios. De lo contrario las resoluciones que parchan el sistema legal de las cooperativas pueden devenir violatoria de lo normado la misma ley 20.337.

En este sentido Patricia Fernández de Andreani nos dice “...este organismo [por la autoridad de aplicación] se ha excedido de sus facultades al crear estas categorías de capital, en la medida en que ha alterado desde el ámbito administrativo el principio de permanencia en el capital, desvinculando el reembolso de las aportaciones voluntarias de la separación de socio, cuestión que exigiría una clara reforma legislativa al respecto”⁶.

En el mismo sentido propuesto, entiendo que sería sumamente provechoso que la ley de cooperativas en un futuro prevea como mínimo la posibilidad de financiamiento a través de los distintos medios técnicos que ya se contemplan en el marco de la ley de 27.349, sistema diseñado para emprendedores.

En este sentido, hay que desacralizar la expresión -muchas veces peyorativa- que posee la afirmación de que las cooperativas no poseen fin de lucro. Por el contrario, ese hecho no impide que estos entes protejan su capital, su patrimonio y garanticen la producción o brinden los servicios a toda la comunidad y para los cuales fue constituido.

Así para que ello sea posible, entiendo que las Cooperativas deberían tener la posibilidad de capitalizarse y financiarse como cualquier otro ente, como cualquier sociedad comercial, esto es, con amplias facultades de hacerlo, tanto de forma interna como externa, con capitales públicos o privados, y con los imprescindibles controles internos del mismo ente y o los externos propios de la administración pública.

Lógicamente, deberán atender a sus propias necesidades a los fines de lograr su objeto social, es decir, que redunde en beneficios de todos los asociados y de la comunidad. Ejemplo de ello sería la posibilidad de financiar la construcción de nuevos consultorios médicos, instalaciones eléctricas, transporte, adquirir insumos o herramientas, creación de puestos de trabajo, construcción de viviendas, proteger el crédito y su patrimonio, asegurar determinadas actividades, contratar asistencia técnica y profesional, etc. todo ello dependiendo del tipo de cooperativa de que se trate.

Una alternativa para que esto sea posible es a través de una reforma normativa la cual lo prevea y lo permita o que la misma cuente con reenvíos a cuerpos legales vigentes donde aquellas formas de financiación se encuentran previstas, ejemplo de ello es la Ley 27.349 de régimen del emprendedor, ya que algunas de sus previsiones son perfectamente aplicables a la actividad asociativa.

Incluso, las cooperativas en sus inicios, no son más que emprendimientos, esto es, “la actividad que es desarrollada por la empresa. Se trata de un concepto que se vincula con una ‘idea gestacional’ con potencialidad, que va a ser plasmada por una o varias personas físicas, para lo cual conforman la empresa”⁷

Una visión realista sobre las cooperativas nos lleva a buscar herramientas modernas con las que puedan subsistir en un mercado competitivo del cual no son ajenos y enfrentar las distintas problemáticas coyunturales del país que se ven forzadas a atravesar con las manos atadas.

Por ello, como ejemplo, se propone la posibilidad de que tengan la facultad de operar para

⁶ FERNANDEZ DE ANDREANI, Patricia, Cooperativas Prestadoras de Servicios Públicos, Buenos Aires, Astrea 2017

⁷ RASPALL, Miguel Á., Régimen del Emprendedor, Buenos Aires, Astrea, 2018.

financiar sus actividades a través de la emisión de los Bonos Verdes a través de entidades financieras públicas o privadas en el Mercado de Capitales, es decir, emitir deuda para financiar un determinado y concreto proyecto medioambiental (proyecto verde) como ser el uso de energías renovables, la prevención y control de contaminación, etc. con reportes periódicos (semestrales o anuales) del avance del proyecto para los inversores, es decir, comprometiéndose las cooperativas a los más altos estándar de información y transparencia. En relación concreta a esta herramienta de financiación, en Argentina ya es una realidad, se está buscando la implementación, a través del INAE y distintos entes y organismos, la posibilidad de acceso al crédito a través de gestiones más desburocratizadas y revisar las dificultades existentes⁸.

Otra herramienta que podría ser de mucha ayuda es el de la financiación colectiva, *crowdfunding* o micromecenazgo definida por la Organización Internacional de Comisión de Valores como el uso de pequeñas cantidades de dinero, obtenidas de un amplio número de personas u organizaciones, para financiar proyectos, un negocio, un préstamo personal y otras necesidades a través de una plataforma web".⁹

Estamos ante un fenómeno de desintermediación financiera por el cual se ponen en contacto promotores de proyectos (llamados plataformas) que demandan fondos, mediante la emisión de valores y participaciones sociales o por la solicitud de préstamos, con inversores u oferentes de fondos que buscan en la inversión un rendimiento¹⁰.

Otra alternativa es la captación de "fondos semillas" y las incubadoras de empresas a través de las cuales las cooperativas tienen la posibilidad de presentar su proyecto u plan de actividad (ej. ante universidades) para que sean evaluados y elegidos para acceder a la asistencia técnica y financiera, todo ello conforme a determinadas pautas que deberían seguir aquellos planes como ser, el tipo de actividad o servicio a prestar, número de asociados (o no) que resultarán beneficiarios del proyecto, generación de puestos de trabajo, rubro o sector de la actividad etc.

En conclusión, las herramientas de financiación son numerosas y muchas no solo que pueden ser de aplicación al régimen cooperativo sino que deben serlo. Lo real y cierto es que las cooperativas necesitan de un derecho moderno y actualizado que les brinde las posibilidades de financiación más modernas existentes en el mercado y sin que ello menoscabe la dinámica de funcionamiento interna de cada ente, en especial, resguardando el principio de control democrático del ente.

Bibliografía

- BERTOSSI, Roberto F., "Cooperativas, Libertad y Equidad para un derecho sin abusos". Buenos Aires, Ediar, 2000.
- FERNANDEZ DE ANDREANI, Patricia, "Cooperativas Prestadoras de Servicios Públicos", Buenos Aires, Astrea 2017.
- RASPALL, Miguel Á., "Régimen del Emprendedor", Buenos Aires, Astrea, 2018.

8 <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cnv-avanza-con-el-inaes-en-consolidar-un-mercado-de-bonos-sociales>

9 Cfr. Res. CNV 700/17, considerando, párr. 4°

10 RASPALL, Miguel Á., Régimen del Emprendedor, Buenos Aires, Astrea, 2018.

MODERNAS HERRAMIENTAS DE FINANCIACIÓN PARA COOPERATIVAS

Federico Ariel Ruiz y Mauricio Mantelli

SUMARIO

Necesidad de reforma Ley de Cooperativas que propicie las modernas formas de financiamiento socialmente responsable.

PONENCIA

Las cooperativas, sea del tipo que fueren, actualmente cuentan con severas restricciones o limitaciones para su funcionamiento y con ello para su subsistencia producto de la imposibilidad que tienen para financiarse para llevar a cabo sus diversas y variadas actividades. Los remedios que suelen contar a tales fines parten casi exclusivamente de políticas públicas articuladas por la administración del Estado junto al movimiento asociativo, traducidos en préstamos o financiación para pymes y cooperativas o la creación de fondos de inversión que son constituidos por las partes intervinientes con finalidades específicas o simplemente consistentes en Aportes No Reembolsables (ANR) los que, básicamente, es dinero que, de forma parcial o total, se traduce en subsidiados otorgados por la administración pública con todo lo que ello significa, sacarles a unos y darles a otros.

En este sentido creemos se podría propiciar la necesidad de una reforma legislativa de la Ley 20.337 del año 1973 a los fines de receptar las más modernas herramientas de financiación existentes en el mercado. Actualmente contamos con regulación del INAES¹ que permiten algún tipo de acceso al crédito, las cuales son de dudosa constitucionalidad.²

Por otra parte, el cambio climático está decididamente en todas las agendas de los Estados. El peso del tema a nivel corporativo y gubernamental crece año a año y cada nueva Cumbre del Clima de Naciones Unidas (que en 2021 se realizó en Glasgow, Reino Unido) atrae más miradas y más atención. Las finanzas e inversiones, obviamente, no escapan a esta temática. Es allí donde encontramos la posibilidad de abrir un puente entre la necesidad de financiación de los distintos entes que salgan del esquema tradicional (costo y burocrático) y el cuidado del medio ambiente.

Los inversores están más atentos a qué planes tienen las empresas, cuán sustentables son, cómo es su relación con la comunidad que la circunda y qué tipo proyectos buscan financiar cuando, por ejemplo, emiten un bono para conseguir dinero del mercado.

En el marco de la aplicación de políticas de sustentabilidad en Argentina se incorporan poco a poco la implementación de bonos verdes, sustentables y sociales en el mercado de valores para dar impulso a sectores con propuestas sustentables.

Según la Bolsa y Mercados Argentinos (BYMA) los bonos sociales, verdes y sustentables (SVS) son valores negociables que se destinan a financiar o refinanciar proyectos, en forma to-

¹ Ejemplo: Resolución de la autoridad de aplicación 349/95/, 1966/95 y 593/99, entre otras

² En este sentido Patricia Fernández de Andreani explica "...este organismo [por la autoridad de aplicación] se ha excedido de sus facultades al crear estas categorías de capital, en la medida en que ha alterado desde el ámbito administrativo el principio de permanencia en el capital, desvinculando el reembolso de las aportaciones voluntarias de la separación de socio, cuestión que exigiría una clara reforma legislativa al respecto".

tal o parcial, con beneficios sociales, ambientales o una combinación de ambos (sustentables) El 19 de septiembre de 2018, la Comisión Nacional de Valores publicó en el Boletín Oficial la Resolución General 764/2018 para poner en consulta la adopción de los ‘Lineamientos de Argentina para la Emisión de Valores Negociables Sociales, Verdes y Sustentables’. Un instrumento financiero que ha tomado relevancia en los Mercados Internacionales de Capitales en los últimos años, y que busca ganar terreno en los Mercados Argentinos.

La existencia de Valores Negociables Sociales, Verdes y Sustentables son un hecho a nivel mundial, siendo a diciembre 2017, treinta y siete (37) los países donde se han emitido. Se trata de los llamados Bonos Sociales, Verdes y Sustentables (Bonos SVS), instrumentos que pueden otorgar retornos similares a un valor de deuda común, con la distinción de que el uso de los recursos obtenidos será destinado exclusivamente para financiar actividades o proyectos sociales, verdes o sustentables, garantizado por instituciones dedicadas exclusivamente a evaluar la transparencia de este tipo de proyectos. En algún punto, implica asumir un compromiso con la realidad social y los problemas existentes e intentar mitigarlos. Los Bonos Verdes son definidos por los ‘Green Bonds Principles (GBP)’¹ como cualquier tipo de bono donde los recursos serán exclusivamente dirigidos para financiar, o re-financiar, ya sea en parte o totalmente, proyectos nuevos o existentes que sean elegibles como ‘Proyectos Verdes’. Los fondos de la emisión se destinan a actividades con beneficios ambientales como la mitigación y/o adaptación al cambio climático, la conservación de la biodiversidad, la conservación de recursos naturales, o el control de la contaminación del aire, del agua y del suelo. Este proyecto, particularmente, responde al compromiso asumido por numerosos países en el Acuerdo de París.

Los Bonos Sociales, definidos por los ‘Social Bond Principles (SBP)’², destinan los recursos exclusivamente a financiar proyectos con beneficios sociales, incluyendo pero sin limitarse a: acceso a la infraestructura, seguridad alimentaria y vivienda asequible, es decir a la resolución de problemas directamente vinculados a comunidades en situación de vulnerabilidad

Los Bonos Sustentables son aquellos que financian una combinación de proyectos ambientales y sociales.

Conforme la normativa propuesta en Argentina, estos instrumentos pueden adoptar distintas estructuras: se pueden emitir bajo el formato de Obligaciones Negociables (títulos de deuda corporativa), Bonos del sector público (títulos públicos), Cuotapartes de Fondos Comunes de Inversión, o hasta podrían adoptar la figura de Valores de Deuda Fiduciaria o Certificados de Participación a través de la estructuración de Fideicomisos Financieros. Es decir, la estructura de estos Bonos SVS no varía respecto a los Valores Negociables ya conocidos, admitidos por la Ley 26.831 de Mercado de Capitales y modificatorias, regulados por la Comisión Nacional de Valores. La diferencia radica sólo en el destino de los fondos obtenidos por el ente emisor y en el régimen informativo que esto involucra para ser etiquetados como tales.

Para poder acceder a este tipo de financiamiento los proyectos que se presenten —pertenzcan a espacios con o sin fines de lucro—deberán brindar información respecto a su estructura, proyecto para el cuál se requiere la financiación, información sobre gestión de los fondos y proyecciones futuras. Hoy, el mercado de inversionistas se abre a este tipo de iniciativas y prioriza aquellas iniciativas con mayor impacto tanto social como ambiental.

En 2021 se listaron en la Argentina un total de 16 bonos

De ese total: ocho fueron bonos “verdes”, seis entran en la categoría de bonos “social” y dos como “sustentables”

En este escenario no son ajenas a las cooperativas, este tipo de políticas que tienden a la búsqueda de financiación en sus diversas formas, así la CNV junto al INAES trabajan para la coordinación a los fines de facilitar y propiciar el acceso, obtención y educación basada en los Bonos Sociales.³

Bonos verdes en la Provincia de Córdoba.

La provincia de Córdoba, recientemente, ya se ha incursionado en las herramientas necesarias para introducirse en el mercado de los bonos verdes.

De esta forma, con las distintas crisis económica que atraviesa el país de forma cíclica y concurrente, las cooperativas se verían beneficiadas con la posibilidad de contar con un instrumento moderno de financiación a través de la CNV y así poder continuar llevando a cabo sus distintas tareas o actividades dependiendo del tipo de cooperativas de que se trate.

Por otro lado, se incentiva a que los entes y la misma comunidad contribuyan al cuidado del medio ambiente, reduciendo niveles de emisión de carbono monetizando dichos aportes, negociando en el mercado con aquellos que necesiten bajarlo y que no puedan lograrlo.

Un ejemplo de su funcionamiento sería, en las cooperativas de servicios de electricidad – pero adaptable a todos los tipos- es que el consumidor pueda generar su propia energía de forma asociativa sin costos de mantenimiento y así, luego, en forma de crédito o retorno, disponer de ella para sí o para terceros. Así de esta forma el asociado paga sus facturas con lo generado en la inversión.

Uno de estos beneficios para los inversores es la exención impositiva o tributaria como forma de incentivar el proyecto.

Otro punto que resaltamos tiene que ver con que los bonos sociales al negociarse en los Mercados con control de la CNV, conllevan un alto nivel de información y transparencia.

Pero el mayor de los beneficios creemos que parte de un alto impacto social, es decir, quizás las tasas de mercado no difiera sustancialmente de otro tipo de financiación tradicional, pero la demanda de estos bonos es muy alta.

Es en ese sentido que propiciamos la educación financiera y la inclusión de estas formas de financiamiento para las cooperativas

Bibliografía

BERTOSSI, Roberto F., “Cooperativas, Libertad y Equidad para un derecho sin abusos”. Buenos Aires, Ediar, 2000.

FERNANDEZ DE ANDREANI, Patricia, “Cooperativas Prestadoras de Servicios Públicos”, Buenos Aires, Astrea 2017.

RASPALL, Miguel Á., “Régimen del Emprendedor”, Buenos Aires, Astrea, 2018.

³ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cnv-avanza-con-el-inaes-en-consolidar-un-mercado-de-bonos-sociales> última consulta el 07/04/2022.

MUERTE DEL SOCIO EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV

Guillermo Andrés Marcos

SUMARIO

En las sociedades de la Sección IV, la muerte de un socio no produce la disolución de la sociedad.

Aun cuando no exista pacto de incorporación de los herederos, éstos se agregan al ente en calidad de socios.

Si no tuvieren voluntad de integrarse procede la resolución parcial del contrato social.

Generalidades.

La muerte de un socio tiene diferente tratamiento en los tipos sociales previstos en la L. 19550. En las sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria, tal evento resuelve parcialmente el contrato, sin perjuicio de la posibilidad, en las colectivas y en comandita simple, de pactar la incorporación de los herederos a la sociedad (art. 90 L.G.S.).

En las sociedades comandita simple y por acciones, los herederos pueden condicionar su incorporación, a la transformación de su parte en comanditaria¹.

En las sociedades de responsabilidad limitada, la muerte del socio no produce la resolución parcial del contrato por no encontrarse, este tipo societario, incluido en el art. 90 L.G.S.²; sin perjuicio de autorizadas voces en contrario³.

En las sociedades anónimas, la muerte de un socio no produce la resolución parcial del contrato.

Sociedades de la sección IV.

En estas sociedades, vigente el régimen anterior, se estimaba que la muerte de un socio no producía la resolución parcial del contrato, sino su disolución⁴. Ello en razón de su ausencia de la nómina del art. 90, y de su precariedad⁵. Es cierto que la tesis no resultaba uniforme ya que la doctrina de los autores se encontraba dividida al respecto⁶.

Frente al cambio de régimen, resulta menester analizar si resulta posible seguir sosteniendo aquella posición, teniendo en cuenta las siguientes modificaciones:

El contrato, ahora, es oponible entre los socios y frente a terceros; e invocable por estos contra la sociedad, los socios y los administradores (art. 22 L.G.S.).

Las cláusulas relativas a la representación y a la administración, y las demás que disponen sobre la organización y gobierno, pueden ser invocadas entre los socios (art. 23 L.G.S.).

Cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 23 L.G.S.).

1 Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, p. 162, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

2 Roitman, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo III, pág. 172, La Ley, Buenos Aires, agosto de 2006; Zunino, Jorge, Sociedades Comerciales, Disolución y liquidación, vol. 1, p. 450, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.

3 Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, pág. 164, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

4 SCBA, 21/6/1994, 'Busilli de Villalobo, Adela c/ Reggiardo, Ramón', LLBA, 1995-366.

5 SCBA, 3/5/95, 'Di Nucci, Juan c/ Dongo, Carlos R.', Errepar 013.002.001.

6 Nissen, Ricardo, 'El fallecimiento del socio en las sociedades no constituidas regularmente: la resolución parcial del contrato de sociedad', en Microjuris, 2-11-2009, cita: MJ-DOC-4428-AR|MJJD4428, variando su postura anterior; Verón, Alberto Víctor, 'Sociedades Comerciales', Tomo 1, págs. 167/168, Editorial Astrea, Buenos Aires, febrero de 1990.

Pueden adquirir bienes registrables (art. 23 L.G.S.).

Se ha modificado el disfavor con el que la ley regulaba a estas sociedades al trocar, el sistema de responsabilidad solidaria, de corte sancionatorio, por otro basado en una simplemente mancomunada y por partes iguales, con las excepciones previstas en la ley (art. 24 L.G.S.).

Frente a este esquema, cabe formular las siguientes reflexiones:

Caso de las sociedades con pacto de incorporación de los herederos.

En razón de lo normado por los arts. 22 y 89 de la L.G.S., el pacto de incorporación de los herederos del socio muerto debe considerarse eficaz⁷, sin perjuicio de los cuestionamientos que, acerca de la constitucionalidad del art. 90 L.G.S., formuló oportunamente la doctrina⁸.

Caso de las sociedades sin pacto de incorporación.

En este caso, estimamos que procede igualmente la incorporación de los herederos y no la disolución, ya que no encontrándose prevista la situación en norma imperativa alguna de la ley especial, corresponde aplicar las previsiones del código fondal, más específicamente, las referidas a la transmisión de derechos por causa de muerte, según surge de la remisión que practica el art. 150 inc. a) del C.C..

Si ello se compartiera, corresponde la aplicación de las normas del derecho sucesorio, en tanto disponen que el heredero forzoso entra en posesión de la herencia en el mismo momento de la muerte del causante (art. 2337 del CCC), y resulta titular de todos los derechos y acciones del muerto, y, además, que continúa en la posesión de lo que el causante era poseedor (arts. 2277 y 2280 del CCC).

De tal forma, tratándose de una sociedad de la Sección IV, frente a la muerte del socio, los herederos forzosos se han de convertir inmediatamente en socios, aún contra la oposición de los supérstites.

No podrían los herederos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en otra que no importara responsabilidad, porque ello no está previsto en el art. 90 LGS, y solamente sería posible a través de la subsanación, trámite que depende del acuerdo unánime de socios (art. 25 de la L.G.S.).

Tal incorporación no sería forzosa, sino voluntaria, toda vez que los herederos del fallecido podrían –si así lo desearan–, engrosar la nómina de socios, para que el ente continuara de modo normal con sus actividades.

Tampoco vemos inconveniente para que cedieran su participación societaria en favor de otros socios o de la propia sociedad.

Tal cesión podría ser bajo la forma de cesión parcial de sus derechos hereditarios, operación que quedaría condicionada a que el, o los cedentes, reciban tales bienes en la partición (art. 2309 del CCC); o bien, una vez adjudicados los derechos societarios en la sucesión, bajo la simple forma de cesión de tales derechos (art. 1614 del CCC).

Sin embargo, podría ocurrir que los herederos resistieran incorporarse a la sociedad por no querer adquirir responsabilidad personal, por razones empresariales, o por razones particulares.

Este supuesto no se encuentra previsto expresamente en la ley especial, ni en el código de fondo.

7 Muguillo, Roberto; 'Sociedades no constituidas regularmente', pág 103, Editorial Astrea, Buenos Aires, junio de 2016.

8 Nissen, Ricardo, Ley de Sociedades Comerciales, Tomo 2, p. 164, Editorial Abaco, Buenos Aires, abril de 1997.

En consecuencia, en este caso, en acatamiento a la previsión del inciso c del art. 150 del C.C.C., corresponde emplear analógicamente los arts. 90 y 92 inc. 1) de la L.G.S., y aplicar el instituto de la resolución parcial.

Su concreción se haría mediante el pago del valor de su parte, en los términos del art. 92 inc. 1 LGS, el que podría ser depositado, en caso de desacuerdo, en el expediente sucesorio, o consignado judicialmente.

En punto a la responsabilidad de los herederos frente a terceros, adquirirán la que correspondía al causante, o sea, simplemente mancomunada o solidaria en los términos del art. 24 de la L.G.S., y con los bienes que reciben –o su valor en caso de enajenación-, tal como lo edicta el art. 228o del C.C.C.. En el supuesto de incorporarse en carácter de socios, también asumirán, en el futuro la propia responsabilidad por las operaciones sociales.

Propiciamos, por tanto, el abandono de la tesis de la disolución de la sociedad frente a la muerte de un socio, cualquiera fuere la forma social adoptada, o sea, sociedades que han omitido requisitos esenciales tipificantes, o que comprenda elementos incompatibles con el tipo (art. 17 LGS), o que, pese, a conformarse típicamente, no se encuentre inscrita (art. 21 LGS), y todos aquellos supuestos que ha estimado la doctrina pasibles de incorporar en la Sección IV⁹.

Se sostiene esta ponencia en el principio de conservación de la empresa, consagrado por el legislador en el art. 100 LGS, que inspira todo su articulado, y con cuya aplicación, al decir de la Exposición de Motivos, en modo alguno se lesionan la libertad individual ni el principio de autonomía de la voluntad, sino que la ley fija una pauta para resolver una duda de interpretación y lo hace en favor de la perduración de la sociedad.

⁹ Duprat, Diego y Marcos, Guillermo; 'Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales', La Ley, 7/7/2015, La Ley 2015-D, 599, TR LA LEY AR/DOC/1779/2015.

EL EJERCICIO PROFESIONAL ORGANIZADO, UNIPERSONAL, EN EQUIPO, EN COMÚN, CONTRATO ASOCIATIVO, SOCIEDAD CON OBJETO PROFESIONAL Y/O SOCIEDAD DE PROFESIONALES

María Cristina Mercado de Sala

SUMARIO

El derecho argentino como sistema admite¹ el ejercicio profesional, como actividad económica organizada libremente, según las Normas de Ejercicio profesional, dictadas dentro de la competencia federal reservada a las jurisdicciones provinciales y bajo distintas formas LIBREMENTE PACTADAS de relacionamiento jurídico.² El libre ejercicio profesional autónomo independiente y autoorganizado según normas de habilitación de matrículas profesionales y de uso y costumbre se ampara en la autonomía de la voluntad, ya sea a título individual o bajo distintas formas de prestación de servicios por acto profesional LIBREMENTE PACTADO Y/O ARANCELADO mediante relaciones de organización, colaboración, cooperación, participativo meramente asociativas o personificadas. En todo caso habrá organización económica con actividad permanente. O podrá tratarse de relaciones asociativas que funcionan por proyecto/obras/servicios.³ según los Paradigmas CCCN, "Promover la seguridad jurídica en la actividad económica", la autonomía de la voluntad con ellímite del art 1710 prevención del daño, en lo que de la persona dependa, la buena fe, el art. CCCN281, en libertad con responsabilidad CN art. 19 .

A partir de los arts 1442⁴ y ss CCCN, LSC/LEGS19550/26994 art 285⁵ . Se considera la necesidad de hacer distinciones: A. **EL ACTO PROFESIONAL** (individualmente persona-

¹ Leyes de ejercicio profesional nacionales y provinciales (ej 20.488, 23187, y Abog. Cba. 5805, Cba. Méd. 6222, Cba. Bioquímicos Ley 5197 (modif. 10667).

² CCCN Arst 281: La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes. 282: presunción de causa mientras no se pruebe lo contrario... Nadie está obligado a contratar si no desea hacerlo.

Arts. 958 y 959, libertad de contratación y contenidos, obligatoriedad para las partes e imposibilidad de modificar o extinguir sin acuerdo de partes o por supuestos legales.

³ Citamos Ley de la Industria del software 25922 y Ley de Promoción de la Economía del Conocimiento N° 27.506, /2019 reformada 2020.(actividades promovidas Decreto 1034, Res. 4/2021), que promueve nuevas tecnologías, generar valor agregado, empleo de calidad, desarrollo de PYMES y aumentar exportaciones de empresas de servicio de conocimiento. (beneficios Impuesto a las ganancias segmentado, rebajas contribuciones patronales y alícuota o derechos de exportación. Se exige estar constituido como persona jurídica constituida en la Argentina o habilitada en territorio argentino.

⁴ Cap 16 CCCN, Contratos asociativos: art 1442: Las disposiciones de este capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin que no sea sociedad"... Art. 1444: Forma: Los contratos a los que se refiere este capítulo no están sujetos a requisitos de forma"...Art 1446: Libertad de contenidos: Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos". Art. 1447:Efecto entre las partes:"Aunque la inscripción esté prevista en las secciones siguientes de este capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes".

⁵ Ley 19550. Art 285." REQUISITOS. Para ser síndico se requiere: 1) Ser abogado o contador público, con título habilitante, o sociedad con responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales."

lizado de actos profesionales conexos diferenciados en el ejercicio en equipo o en común) como **SERVICIO, de los DEMAS SERVICIOS DE APOYO como actividad organizada de los que se sirve el servicio profesional. B. Se DISTINGUE EL ACTO DE ORGANIZACIÓN del servicio Y LA RELACION DEL OBJETO PROFESIONAL DE LA RELACION ENTRE PROFESIONALES, ENTRE SI Y CON LA ORGANIZACION, ADEMAS DE LA RELACION CON EL BENEFICIARIO DESTINATARIO DEL ACTO Y DE LA ACTIVIDAD DE SERVICIO, LOS ADMINISTRATIVOS DE APOYO, LAS DE SEGURIDAD, INFORMATICOS Y ROBOTICOS**, entre tantos EJECUTADOS POR SI O POR INTERMEDIO DE OTROS que a su vez son servicios autónomos e individualizados conforme su propia *lex artis* (ej. ingenieros, arquitectos, diseñadores, directores técnicos de obras, médicos y especialistas, cirujanos, anestesiistas, bioquímicos y farmacéuticos, subespecialidades, etc).⁶

Desarrollo – Libertad bajo responsabilidad

Abordar el estudio de la temática propuesta implica reconocer el diálogo de fuentes y regímenes legales, reforzando los PARADIGMAS del CCCN y a la vez considerar la necesidad de recursos económicos y FONDOS suficientes, para soportar tanto los RIESGOS de ejercer la profesión de riesgo habilitada según la *lex artis* a lo largo del tiempo, y al mismo los recursos necesarios de apoyo a tal ejercicio, financiamiento de las actividades de entidad EMPRESARIA, que permiten no sólo ejercer en su lugar de origen sino INSERTARSE EN EL MUNDO.⁷

A 50 años de la ley de sociedades y 45 del primer Congreso de derecho Societario, invito a reflexionar sobre las contribuciones que distinguidos ponentes han hecho a través de los distintos congresos de sociedades desde salta 1982 referidos a la temática del **ejercicio profesional organizado**.⁸ Y las que probablemente puedan presentarse en esta ocasión.

Hago presente que en otras oportunidades me he referido a la temática ⁹. A partir de la realidad invito a considerar que el ejercicio profesional ha migrado hacia nuevos paradigmas que obligan a reconocer al derecho como factor de cambio. Es necesario concebir al derecho como un sistema abierto, sin que el pluralismo nos lleve a perder de vista valores

⁶ Los profesionales de la economía del conocimiento tienen un régimen tributario de excepción que incluye a 16 categorías distintas de servicios que pueden exportarse e incluye a múltiples profesiones como programadores, médicos, contadores, publicistas, investigadores, arquitectos, periodistas y hasta abogados, entre otras. Véase el **"Programa Desarrollo Productivo Beneficios PYMES**. La segunda Convocatoria al Programa – FONDEP LÍNEA DE APORTES NO REEMBOLSABLES (ANR) tiene por objeto asistir a empresas con proyectos estratégicos de desarrollo productivo que incorporen mejoras en sus procesos y/o sus productos y que puedan tener impacto en el incremento de las exportaciones. Tiene además como objetivos específicos: (i) aumentar la inversión de las PyMEs en procesos de transformación productiva, con impacto regional y/o sectorial;(ii) fortalecer los procesos de transformación con proyectos de asistencia técnica....Para poder acceder al ANR del Programa deberán cumplir con los siguientes requisitos: i.Contar con el Certificado MiPyME vigente al momento de la inscripción.ii. Poseer Registro Único de la Matriz Productiva (RUMP) con información actualizada. iii. **Ser persona jurídica**. iv. **Poseer 2 años o más de actividad económica verificable conforme surja de la documentación respaldatoria**.v. Encontrarse inscrita en la AFIP, y encontrarse en curso normal de cumplimiento de sus obligaciones fiscales y previsionales. vi. Dedicarse, según el nomenclador de actividades económicas de AFIP serviciosweb.afip.gob.ar/nomencladorActividades), a la industria manufacturera, a servicio de transporte y almacenamiento (servicio de gestión y logística para el transporte de mercaderías, servicio de manipulación de cargas) **o servicios profesionales, científicos y técnicos (Investigación y desarrollo experimental en el campo de la ingeniería y la tecnología, Servicios de diseño especializado)**.

⁷ "El hombre obedeciendo a su instinto gregario, establece **vinculaciones** con sus congéneres como una manera de obtener los bienes necesarios para satisfacer sus exigencias vitales que individualmente no alcanzaría a cubrir". Palmero, Bisio de Viano y Mercado de Sala, en "Agrupamientos.... Primer Congreso de derecho Societario, La Cumbre 1977 Ed. Depalma .

⁸ CCCN art. 320.

⁹ Mercado de Sala, Maria C., " III Congreso de Derecho Societario de Salta de 1982- Algunas consideraciones respecto a las Sociedades de Profesionales" , y X Congreso Argentino de Derecho Societario –VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa de La Falda. Córdoba 2007, "SOCIEDADES CON OBJETO PROFESIONAL". REPOSITORIO BIBLIOTECA DE UADE. Asimismo, publicó en la REVISTA DEL DERECHO COMERCIAL, AÑO 34, publicada por Depalma en 2001, pg 659 un comentario de Jurisprudencia sobre el fallo de la Cámara integrada por los Dres. Rodolfo A. Ramirez, Martín Arecha y Helios A. Guerrero (este en disidencia), en autos INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA V Price Waterhouse Expte N 63593/1999.

no negociables. Reconocer el ejercicio profesional organizado es un dato de la realidad, sería de Perogrullo negarlo.

En la primera oportunidad, Salta 1982 propuse: 1. Unificar legislación sobre Sociedades, con especial atención para el caso de las Sociedades entre Profesionales. 2. Consulta especial a los distintos órganos deontológicos, Consejos, Colegios, Asociaciones de profesionales representativos del quehacer científico y no gremial. 3. Establecer principios respecto a intereses profesionales y no meramente económicos y/o de inversión u otros. Y 4. Atender a la naturaleza de cada profesión, a efectos de considerar las necesidades de grandes capitales de riesgo, necesarios en la actualidad en cuanto equipamiento costoso.

En 2007 concluía que es lícito constituir sociedades comerciales, observando el ordenamiento relativo a las incumbencias profesionales de que se trate y en el caso concreto respecto del régimen societario debería contemplarse que la voluntad social se forme con los profesionales universitarios matriculados relacionados al objeto social, así como la propiedad mayoritaria de las participaciones y/o integración del órgano ejecutivo, previéndose una dirección técnica.

En 2001 comenté un fallo de Cámara. En esta oportunidad, a 40 años del Congreso de Salta se advierte que no existe claridad en la conceptualización del acto profesional en ejercicio de profesión liberal regulada, distinto del mero acto de comercio o intermediación, el SERVICIO y la producción de la obra.

A 40 AÑOS DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN PARECE DE PEROGRULLO SEGUIR HABLANDO DE LAS SOCIEDADES DE PROFESIONALES COMO UNA CUESTIÓN IRRESUELTA EN EL DERECHO ARGENTINO, CONSIDERADO COMO SISTEMA, además del expreso reconocimiento del CCCN art 1442¹⁰ y siguientes de los contratos asociativos no personificados, y la contractualización de la empresa. **Que específicamente en esta oportunidad sostengo que es apta y legítima para el ejercicio de las organizaciones de profesionales**

LA LEY 19550 art 285 desde sus inicios admitía la sociedad de abogados y contadores considerando especialmente la necesidad de la **responsabilidad ilimitada, a nuestro criterio confundiendo la responsabilidad individual del profesional, que como tal debe considerarse a partir de las *lexis artis* y las circunstancias de persona tiempo y lugar, con el aditamento en su caso de obligaciones inherentes al deber de seguridad**, que podría o no corresponder a una sola organización de apoyo, según sea si se cumplió o no con la respectiva obligación de que los actos profesionales sean realizados por quienes tienen la habilitación o expertise suficiente para llevarlos a cabo¹¹.

LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES: 26994 (PTO. 2.1 ANEXO II) que modifica la denominación de la ley de sociedades comerciales bajo la de “ley general de sociedades”, ART 1. Consideramos e insistimos que así como existen ecosistemas autónomos, ej. leyes de Cooperativas 20.337, SGR 24.467 (Pequeña y Mediana Empresa) y de Capital Emprendedor ley 27.349 que establece el régimen de las SAS, cada una desde su especialidad, nada obsta a reconocer el ejercicio profesional organizado, unipersonal, en equipo, en común, organizado bajo contrato asociativo no personificado, o la sociedad con objeto profesional y/o sociedad de profesionales, en lo pertinente adecuados a las leyes de ejercicio profesional

¹⁰ Que recepta en cuanto a la libertad de formas, la reforma de la ley 22903 y las conclusiones del Congreso de Mendoza de 1986.

¹¹ Sala Mercado, José Pablo, **“SOCIEDADES PROFESIONALES, SOCIEDADES DE – O ENTRE PROFESIONALES Y LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS**, Libro Empresa y Sociedad, Lerner, Córdoba 2018.

habilitantes. No todo es ley de contrato de trabajo, empleado o **empleador, ni locación, así como no toda relación asociativa de colaboración, de organización o participativo con comunidad de fin es sociedad.**¹²

Francisco Ferrara,¹³ distinguía claramente los requisitos del empresario en general, “El Código derogado distinguía una categoría de sujetos del derecho sometidos a una regulación expresa (1) tomando como base para tal distinción la actividad profesional desarrollada, porque era ésta la que exigía que quienes la ejercían estuvieran sometidos a una disciplina especial. Era la categoría de los comerciantes, considerándose como tales a aquellos que realizaban actos de comercio como profesión habitual”.

Así tal y como concebíamos al acto de comercio, podemos hablar por ej de los actos médicos, conexos a una serie de actos de ejercicio profesional que se pueden considerar aisladamente como autónomos e independientes (acto quirúrgico y anestesia, así como otras especialidades y subespecialidades), que a la vez se encuentran “vinculados entre sí social y económicamente”, y en esa forma los contempla la *lex artis*. Una obra en construcción relaciona a ingenieros civiles para las estructuras, arquitectos para diseño y/o dirección de obra etc.

LA LEY 19550 fue sancionada en 1972 como Ley de Sociedades Comerciales, tal vez por aquélla rémora de separar la producción del comercio, y la sociedad civil del Código de Vélez Sársfiel para las actividades inmobiliarias, agropecuarias etc. Sin embargo, al mismo tiempo el art 3 de la 19550, abandonó el concepto de lucro, y en mi opinión anticipó el abandono del concepto del art 8 del C de C., en 2015 entró en vigencia el CCCN Ley 26994, que elimina de la denominación la palabra “comercial”,.

Decía el Dr. Fontanarrosa, “las normas jurídicas son normas de conducta impuestas por el Estado con carácter necesario, para regir las relaciones de los hombre en su vida social” y se manifiestan bajo la forma de preceptos (lo que debe hacerse imperativa o permisivamente) o prohibiciones. Ello indica el carácter meramente instrumental del ordenamiento jurídico, al decir del maestro.

Conclusiones:

COMPATIBILIZANDO EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LAS DIFERENTES NORMAS DE EJERCICIO PROFESIONAL LA ACTIVIDAD PROFESIONAL ORGANIZADA, en ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro del marco de la *lex artis*, admite diferentes formas de contratación personificadas o no, en las que la responsabilidad del profesional individual deberá conducirse dentro de sus obligaciones y deberes profesionales individualmente considerados, con independencia de los deberes que le pudieran corresponder en razón de la actividad económica emprendida y su derecho al honorrio profesional que podrá libremente pactar, incluso contribuyendo/aportando a cambio de servicios o uso de bienes de la organización de que se pueda valer, a los efectos de la funcionalidad y calidad del los servicios de que se trate, tal aporte/contribución funda en la autonomía de la voluntad para contratar, base de la doctrina consensualista. Es la libertad de establecer condiciones del negocio jurídico con limitaciones de normas de OP, moral. Buenas costumbres, derecho de terceros y dignidad humana, previniendo el daño.

¹² TSJ Sala Laboral Cba. Expediente: 3252857 - PIZARRO, FERNANDO C/ INSTITUTO MODELO DE CARDIOLOGIA PRIVADO S.R.L. Y OTROS. Expediente: 3254013 - TESTI QUIROS, SANDRA CAROLINA C/ INSTITUTO. Expediente: 3254852 - PERALTA, MARIA GABRIELA C/ INSTITUTO MODELO DE CARDIOLOGIA PRIVADO S.R.L. Y OTROS MODELO DE CARDIOLOGIA PRIVADO S.R.L. Y OTROS

¹³ “EMPRESARIOS Y SOCIEDADES”, Catedrático de derecho mercantil de la universidad de Florencia, Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid, pg 21 cap II, “Del Empresario en general y del empresario mercantil en particular”, Traducción de Francisco Javier OSSET

Ello permite el crecimiento de la organización, la capacitación, la innovación y el desarrollo, que alimenta incluso los grandes grupos sanitarios, de tecnología, etc que insertan la organización y a los profesionales en el MUNDO ACTUAL, y sobre los cuales obviamente habrá que ejercer los controles suficientes para evitar abusos.

En cuanto a la duración del vínculo a priori entre los contratantes meramente asociativos y /o socios, con la organización, el vínculo se extingue por causas natural o voluntaria, muerte, exclusión, receso, retiro voluntario, otro, bajo los principios del art.1011¹⁴ CCCN y de la LGS art 89, éste último considerando el objeto, proyecto de inversión, plan de empresa en su caso y las condiciones personalistas y económicas de la organización profesional.

Bibliografía Gral.

- Aramouni, Alberto, "El objeto en las sociedades comerciales", Astrea, Cap Fed, Agosto 1994.
 Delgado Gonzalez, Antonio Fco. "Las sociedades profesionales", Ed. De Derecho Reunidas, Ed. Gráficas Ortega, 1996.
 Facchinetti, Imerio, "Studi Professionali Associati", Quinta Edizione, Ed. Il Sole 24 ORE, Norme e Tributi
 Ferrara Francisco, (hijo), "Empresarios y Sociedades", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid
 Fontanarrosa Rodolfo O., "Derecho Comercial Argentino", Parte General, Ed. Víctor P de Zavalia, bs. As 1976
 Martinez Paz Fernando y Carrera Daniel, "El Mundo Jurídico Multidimensional", ADVOCATUS, Córdoba, 1998.

¹⁴ Art. 1011 Contratos de larga duración. En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos, conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de derechos.

LA SOCIEDAD DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO EN EL DERECHO URUGUAYO

Alejandro Miller¹

SUMARIO

El derecho uruguayo ha sancionado recientemente una ley de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (Ley nro. 19.969 de 2021) la que fue reglamentada por D. 136/2022. La presente ponencia pretende dar cuenta de esta novedosa variante de la sociedad comercial. Una variante que genera un cambio en la causa fin del negocio societario al establecer junto al fin lucrativo que postula la ley societaria dar lugar compatibilizándolo con fines sociales y ambientales a concretarse a través de acciones positivas para la generación de impactos en estas áreas o bien que tiendan a mitigar el impacto negativo en la comunidad en la que se inserta la sociedad comercial y en el ambiente tanto local como global.

La misma impone por consecuencia un cambio en el concepto del interés social, guía para la correcta gestión social.

La comunicación brinda un completo, aunque somero, análisis de la normativa legal uruguaya en esta variante de sociedad comercial. Una ley que tiene entre sus fuentes directas el proyecto argentino en la materia. Y que ubica al derecho uruguayo al día con la denominada economía naranja y las preocupaciones ambientales. Finalmente la ley diferencia las acciones de la responsabilidad social empresarial de la condición de Sociedad de beneficio e interés colectivo. Admitiendo ambas e indicando que la realización de acciones sociales empresariales se efectúa por toda sociedad comercial sin que la misma sea necesariamente de beneficio e interés colectivo.

1. Introducción

La presente comunicación al Congreso tiene el propósito de dar a conocer que en el derecho uruguayo se ha dado acogida a la Sociedad y Fideicomiso de Beneficio e Interés Colectivo (BIC). A través de la Ley nro. 19.969 del 23 de julio de 2021 y más recientemente en su reglamentación dada por Decreto nro. 136 del 26 de abril de 2022.

Se trata de una modalidad o variante societaria a la que puede acceder toda sociedad comercial regular y los fideicomisos que se creen. El Uruguay así se pone a tono con la recepción del denominado Sistema B. Cabe acotar que la ley uruguaya tiene entre sus fuentes directas al proyecto de ley argentino.

Estas sociedades son originarias del derecho norteamericano y luego se regulación se expandió a la normativa italiana (Sociedad benefit), inglesa (Community Interest Corporations), canadiense (con similar nombre que la inglesa) y muy especialmente en Latinoamérica. Aquí el fenómeno se encuentra en franca expansión. Así hay ley de sociedades de beneficio e interés colectivo en Colombia, Perú, Ecuador y ahora en nuestro país. Otros países como Argentina y Chile cuentan con proyectos de ley a estudio o en tramitación parlamentaria.

¹ Profesor Agregado de Derecho Comercial, Universidad de la República. Profesor Titular de Derecho de las Sociedades Comerciales, Universidad de Montevideo.

El fenómeno de la sociedad BIC es una respuesta empresarial privada hacia aunar el fin económico con una mayor conciencia social y ambiental y lo más importante realizar acciones positivas ambientales y sociales de impacto en la comunidad. Impacto cierto y cuantificable, medible. Hechos, no palabras, se diría. Pero el fenómeno de las sociedades BIC tiene aspectos jurídicos en su normativa destacables y que merecen un análisis, siquiera somero. Porque cambian el paradigma societario de la causa fin de la sociedad ubicado en el lucro únicamente e incide en otros conceptos claves como es el del interés social que configura la pauta guía en la gestión de la sociedad y en el funcionamiento regular de los órganos sociales.

En definitiva una sociedad BIC como un nuevo modelo de hacer negocios. Y más que eso un nuevo enfoque en la consideración de la sociedad comercial. Un tema que la doctrina comenzó a tratarlo hace algunos años y vaya nuestro reconocimiento a los trabajos del profesor Etcheverry en esta temática, pero que ahora se renueva ya que tiene consagración legislativa en Uruguay.²

2. Ámbito subjetivo de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo

La ley determina en primer término el ámbito subjetivo de esta sociedad. Serán sociedades de beneficio e interés colectivo (BIC) las sociedades constituidas conforme a algunos de los tipos previstos en la ley de sociedades comerciales (Ley nro. 16.060 de 1989) y en la normativa sobre sociedades por acciones simplificadas (Ley nro. 19.820 de 2019).

De esta disposición se extraen algunas conclusiones para el derecho uruguayo. (a) La Sociedad BIC es una sociedad comercial. No pueden ser sociedades BIC las sociedades civiles, las asociaciones sin fines de lucro, las organizaciones no gubernamentales, las sociedades cooperativas ni las sociedades o asociaciones agrarias. Cabe acotar que la ley de sociedades comerciales no acoge a las sociedades civiles. (b) La sociedad debe ser regular. O sea, estar constituida conforme a uno de los tipos sociales previstos en la ley (no podrían serlo las de la sección IV de la ley argentina). (c) La condición BIC no altera que la sociedad sea mercantil y a la aplicación del régimen legal societario mercantil. (d) La ley admite que eventualmente en el futuro se pueden agregar otros tipos sociales a la condición BIC.

3. Concepto y características de la sociedad BIC y la RSE

Será aquella sociedad comercial que incluya en su objeto social el generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad. El decreto precisa que los objetivos sociales son aquellas metas cuantificables destinadas a mejorar el bienestar de la población resolviendo o minimizando los efectos negativos de un problema generado por la naturaleza o por terceros ajenos a la sociedad. A su vez, los impactos ambientales son las metas destinadas a garantizar ecosistemas saludables mediante la prevención o recuperación del ambiente. Y se agrega el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

La sociedad BIC entonces será aquella que en su contrato social o estatuto y más concretamente en su objeto social contenga la realización de las acciones de impacto social y ambiental que la reglamentación precisará. O sea es un paso de mayor compromiso que la responsabilidad social empresarial la que es voluntaria. Lo que representa jurídicamente en el régimen uruguayo un cambio en la causa fin del negocio societario comercial desde que ya no es únicamente como lo indica la ley de sociedades comerciales de realizar una activi-

² Etcheverry, R. (2014). La empresa, pluralidad de componentes y empresas B. En: Holz, E.- Poziomek, R. (directoras). 25 años de la Ley de Sociedades Comerciales, Homenaje al Profesor Rippe, (pp. 112-121). Montevideo: FAFCEA.

dad organizada con la finalidad de lograr ganancias. Ahora este régimen permite, a través del objeto social, alterar la causa fin del contrato social en el sentido de compatibilizar el fin lucrativo con el social y ambiental.

Asimismo al estar inserto este propósito social y ambiental en el objeto se impone que los administradores deberán obligatoriamente emprender tales acciones dentro de su deber de gestión a diferencia de las acciones de responsabilidad social empresarial.³ Esta circunstancia conlleva a un cambio en el concepto del interés social al que se le agrega la concreción de estos impactos sociales y ambientales. Se ha sostenido que esta mudanza ubica al interés social en una tesitura más institucional sin embargo hacemos notar que al ser aprobada por los socios con el derecho de receso al disidente parecería que el interés social se mantiene en un entorno contractual. A nuestro entender el interés social como generación de valor para la sociedad adquiere en este régimen una dimensión mayor, valor económico, valor social, valor ambiental.

De lo expuesto se concluye en que no es factible que una sociedad devenga jurídicamente en BIC de manera tácita o implícitamente a través de practicar acciones de impacto en la comunidad. Se le exige la reforma del contrato o estatuto social. La reforma para ir a un sistema BIC será adoptada por la mayoría que se exige para la reforma del estatuto o contrato social sea del tipo social o de la sociedad en su contrato social o estatuto. Por el contrario, la ley protege al disidente en cuanto le otorga derecho de receso al socio cuando la decisión no requiera de la unanimidad. Se contempla el hecho que una reforma de este contenido signifique resignar utilidades. Por eso el derecho de receso al disidente.

La sociedad BIC no configura un nuevo tipo social. Los antecedentes parlamentarios, las declaraciones de quienes representan al movimiento B en el país, la academia que concurrió a las diversas reuniones convocadas por la Comisión Especial y la doctrina comparada son con-testes en que no hay un nuevo tipo social sino una modalidad societaria. A ello agreguemos que el propio texto de la ley también apoya esta conclusión. En suma la sociedad BIC configura jurídicamente una modalidad de sociedad comercial pero no de un nuevo tipo societario. Similar a lo que ocurre con la sociedad anónima deportiva o la sociedad de garantía recíproca. Finalmente y para evitar dudas interpretativas la ley establece expresamente que la práctica de la RSE no queda comprendida ni afectada por esta ley. Por tanto, las sociedades no BIC que realicen RSE podrán continuar haciéndolo y no serán consideradas como BIC Y tampoco la RSE queda absorbida por la condición BIC sino que es libre de ser practicada por toda sociedad comercial no BIC. Ni se impide la percepción de beneficios que por tales prácticas la legislación otorgue (ejemplo, beneficios tributarios por donaciones a ciertas instituciones educativas).

4. La gestión de los administradores en la Sociedad BIC

Los administradores sociales están sujetos, como sociedad mercantil, al régimen de los deberes fiduciarios en su gestión. El deber de lealtad y el de debida diligencia conforme al estándar del buen hombre de negocios. Este esquema de obligaciones y de gestión aplica a la sociedad BIC. Pero la ley de sociedades BIC trae normativa expresa. Conforme a su condición de sociedad BIC la gestión deberá ser acorde con el propósito de beneficio e interés colectivo. Por ello

³ Para un desarrollo más extenso de la RSE en el derecho uruguayo y su incidencia en la gestión y en el interés social puede verse Miller, Alejandro, *Gestión de la sociedad anónima, interés social y responsabilidad social empresarial*, Revista de Derecho Comercial, quinta época, nro. 2, FCU, Montevideo, 2016 (pp. 3-72).

es que la ley les impone a los administradores sociales que en el desempeño de sus funciones y más concretamente en la toma de decisiones de negocios éstos deban tomar en cuenta los efectos de sus acciones u omisiones a los socios, la fuerza laboral contratada por la sociedad, las comunidades con las que se vincula la sociedad, el ambiente local y global y las expectativas a largo plazo de los socios y de la sociedad. Esto supone para la gestión social compatibilizar el fin lucrativo, moderar el mismo, incluso postergarlo transitoria o puntualmente en favor de la gestión en el ámbito social y ambiental. Ejemplo, adquirir de un proveedor bienes o servicios a un precio superior pero porque dicho proveedor genera empleo a personas en situación de vulnerabilidad. Para esta gestión social particular se entendió importante por parte de la ley generar un espacio de resguardo o un “puerto seguro” para que los administradores pudieran desarrollar la gestión conforme a estas pautas sociales y ambientales sin reclamos o llamados a responsabilidad de terceros. Por eso la ley establece que solamente podrán exigir el cumplimiento de la gestión los socios. O sea, no hay legitimación activa para los acreedores de la sociedad para cuestionar la conducción social. A esto agreguemos que existe otro “puerto seguro” que representa la aplicación de la regla del juicio de los negocios o de la discrecionalidad empresarial (“*business judgment rule*”) para los administradores en sus decisiones empresariales.⁴ Naturalmente que no es específica de la sociedad BIC pero aplica también a esta modalidad y a las decisiones que deben tomar sus gestores. Sin perjuicio de lo anterior no debe olvidarse que la sociedad BIC es una sociedad mercantil y como tal, si bien son entidades preocupadas por el desarrollo social y ambiental, ellas no deben perder de vista la finalidad de obtener ganancias para sí. Lo que conduce a una gestión social en donde se compatibilicen todos estos intereses económicos, sociales y ambientales. Tarea no fácil.

5. Reporte anual y descalificación

Se establece en la ley que los administradores deberán elaborar un reporte anual dando cuenta de las acciones llevadas a cabo por la sociedad en el ámbito social y ambiental de forma de verificar y medir el impacto positivo en la comunidad y en el ambiente. La normativa establece que los administradores son obligados a elaborar dicho reporte. Entendemos que se puede delegar su confección a un técnico (como sucede con los estados contables) pero los administradores han de responder por el mismo. Este informe deberá presentarse a la autoridad del control que es la Auditoría Interna de la Nación (entidad con funciones relativamente similares a la IGJ argentina). Este reporte debe venir acompañado de una declaración jurada de veracidad del reporte con lo cual adquiere fuerza civil y penal. El decreto precisa que dicho reporte deberá indicar la metodología empleada y la medición de los impactos de la gestión así como un detalle específico de las acciones emprendidas todo ello para demostrar cualitativa y cuantitativamente el impacto logrado por la sociedad por sus acciones durante el ejercicio económico.

La ley dispone que el incumplimiento por la sociedad de las obligaciones como BIC le hará perder su condición operándose la descalificación. En cuyo caso no podrá retornar más al esquema BIC, lo que nos parece una consecuencia excesiva. La descalificación puede ser

⁴ Miller, A. (2009). Responsabilidad del director en la gestión y la *business judgment rule*. En: Semana Académica 2009, *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales*. (pp. 647-654). Montevideo: FCU. Ferrer Montenegro, A. (2009). *Conducta de directores: la factibilidad de aplicar el criterio de la *business judgment rule* para juzgarla*. En: Semana Académica 2009, *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales*. (pp. 633-640). Montevideo: FCU.

promovida por terceros interesados (socio o accionista o tercero con un interés directo, personal y legítimo ante el juez competente. La AIN podrá de oficio promover la descalificación. Por el contrario la sociedad voluntariamente puede dejar el sistema BIC reformando el estatuto (quitando del nombre la sigla BIC, del objeto social las acciones de impacto y la mayoría especial para reformar el estatuto) pero con una mayoría de votos favorables que representen el 75% del capital social. Esta reforma no concede receso al disidente. Lo que nos parece inequitativo. La sociedad en este caso puede retornar al esquema BIC.

6. Reflexión final

La ley uruguaya de sociedades BIC representa un avance interesante en la recepción de prácticas cada día más crecientes de considerar aspectos sociales y ambientales en la actividad de la sociedad. Respetando las actuales prácticas de responsabilidad social empresarial.

Una ley breve pero de contenido importante, con trascendentes mudanzas en el ámbito de la causa fin del negocio societario. Quebrando el paradigma del lucro como finalidad única de la sociedad. Consagrando legislativamente una noción ampliada del interés social, similar a la del derecho anglosajón o portugués. Al respecto se comparte que la sociedad BIC supone en su adecuación afectar la causa fin y el concepto del interés social.⁵

⁵ Suárez, S. (2019). Acerca de la causa y el interés social de las sociedades y su relación con las Empresas B organizadas bajo forma de sociedad comercial. En: *Revista de las Sociedades y Concursos*, año 20/1 (pp. 241-244). Buenos Aires: Fidas.

EL DILEMA DE LAS S.A.S., CUANDO LA LIBERTAD ENCUBRE EL ILÍCITO

Matías Oscar Muñoz y Valeria Martha Paradiso

SUMARIO

La ley 27.349 tiene un loable propósito al impulsar el capital emprendedor. Con el mismo sentido y objeto, el Título III creó un “nuevo tipo societario” denominado “simplificado”. En teoría, ello implicó celeridad en la inscripción de una nueva persona jurídica como nunca en la historia del derecho societario moderno. Implicó también otros efectos -particularmente en cuanto a su reglamentación- que deben ser confrontados, en orden a procurar sostener los propósitos de aquella ley, sin lesionar derechos de terceros. Ello quedó evidenciado, no solo con la inscripción de S.A.S. que de “capital emprendedor” nada tenían, sino con la utilización de la figura para la comisión de ilícitos, bajo el paraguas de una inscripción en línea carente de todo control del Registro Público. Como primer escollo, existió un acen-tuado intento de eludir la aplicación de las reglas societarias generales al amparo de la precitada ley y -en consecuencia- soslayar la fiscalización sobre ellas. Todo lo expuesto quedó en evidencia ante el cúmulo de Sociedades por acciones simplificadas constituidas al mero efecto de deslindar responsabilidad, lavar activos y/o de pergeñar el fraude a terceros. Existieron también sociedades constituidas bajo aquel rótulo, con finalidades que exceden extensamente el emprendedurismo consagrado en la ley de creación. Con lo expuesto se pretende concluir -de lege ferenda- en la necesaria modificación de la Ley 27.349, sosteniendo la figura pero con estrictos tamices de control. La modernización no puede implicar irresponsabilidad en el tráfico mercantil.

I. INTRODUCCIÓN. GENÉISIS Y EVOLUCIÓN DE LA LEY 27.349

La Ley N°27.349, sancionada en 2017, que -pese al comentario llano- no tuvo por principal objetivo la institución de la otrora sociedad calificada de “exitosa” en orden al número de constituciones efectuadas desde su vigencia.

En efecto, aquel éxito fue adjudicado al pomposo triunfo de la autonomía de la voluntad de época velezana, y a la elusión del -muchas veces sin razón- burocrático trámite de inscripción al cual se somete a una persona jurídica.

Tampoco fue una idea novedosa. No hay nada nuevo bajo el sol. Pero hablaremos más adelante al respecto.

Regresando al introito, la claridad conceptual merece destacar que -aún solapadamente- no fue la S.A.S. no fue la tesis principal esbozada en la Ley 27.349. En tal sentido, allí subyacía una idea mediante la cual se facilitara la vida mercantil al “capital emprendedor” y no una puerta de acceso al capital de origen ilícito o -a la postre de idéntica virtud- desconocido. Ello se plasma años más tarde, por razones de lógica temporal -y por qué no, jurisprudencial-. La génesis de la ley, que guarda espacios de definiciones para el concepto de “emprendedor” o “emprendimiento” radica en el impulso que aquella noble normativa pretendía darle a aquellos sujetos “en términos de esta Ley” mediante a) Facilidades de acceso al Capital Emprendedor; b) Preferencias impositivas temporales y c) Creación de la S.A.S., como persona jurídica de sencilla constitución, lo cual -entre otras cosas- abarataría los costos.

Poco sabemos o discutimos de los dos primeros puntos -que parecen haber quedado en la historia- y mucho discurremos sobre las S.A.S. a punto tal de referirnos a aquella ley en su exclusivo honor.

Pero, tal como arriba he señalado, no existe una novedad en esto último¹.

La idea de una Sociedad como puro y exclusivo vehículo de responsabilidad ocurre desde los albores de la existencia misma de la persona jurídica como tal y de la Sociedad Anónima en particular.

Ello -como en el presente- llevaba a una lógica irrefutable estadísticamente: a mayor rigurosidad en el registro y control, mayor constitución societaria. A menor control, mayor proliferación de dichas personas jurídicas.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. “TRÁMITE”

Resulta también menester señalar cuáles son las características de la atípica S.A.S. y por qué resulta tan irresistible su utilización.

Es que no hay cosa más terrible que, al calor de indudables principios de derecho, quede resguardada la ilegalidad. Nada sería más satisfactorio que la posibilidad de constituir una Sociedad de estas características sin el escollo que el Registro Público de Comercio local supone para los (algunos) administrados. Nada sería más satisfactorio -tampoco- que resolver un caso judicial en 24 horas. Tal vez en estos términos ello implicaría “modernizar la justicia (jurisdicción)”.

Ninguno de los dos extremos planteados puede ser -de momento- satisfechos.

Para constituir una S.A.S. basta con haber cumplimentado el Acta constitutiva modelo, rellenado sus respectivos campos, acompañado -en Capital Federal desde la vigencia de la RG 43/20- los instrumentos precalificatorios requeridos y *voilà*: tenemos una nueva persona jurídica en 24 horas. Aún el costo del trámite puede incluirse como “capital social”.

¿Es necesario aclarar en esta ponencia cuáles son las consecuencias de tamaña posición en nuestro derecho (o en cualquier sistema de derecho)²?

Porque las reacciones pretendidamente modernizantes -aún mucho antes que la Jurisprudencia haya develado ciertas intrigas subyacentes sobre el punto- suelen radicar y enarbolarse en una bandera de la libertad que hace caso omiso de los intereses ajenos.

Ello así, porque parece ser que también existe cierta temeridad en la conceptualización de la autonomía de la voluntad.

¿Significa entonces que, fuera del universo *sui generis* de las S.A.S., no existe la pretendida autonomía de la voluntad en una S.A., o en una S.R.L. o en otro tipo societario?

¿No han definido aquellos miembros el alcance y contenido del contrato social?

¿Se trata en realidad de una ley que permite eludir controles y a ello adjudican la acepción referida a la autonomía?

Parece ser del caso que, en realidad, en nada condice la constitución de una S.A.S. con el cumplimiento de la autonomía de la voluntad o de libertad puritana alguna, sino antes que ello, de contar con una figura creada con otro objetivo -el apoyo al capital emprendedor- para crear, sin control estatal alguno (de allí la “autonomía”) una sociedad que se diferencia

¹ De León, Darío. Lo nuevo y lo viejo en el derecho comercial: breve reseña sobre la idea de modernización en el marco societario argentino”, publicado en El Derecho, ejemplar del 18 de Agosto de 2020. De manera concordante Ver CNCom, Sala C, Mayo 21 de 1979 en autos “Macoa SA y otras”.

² Cuiñas Rodríguez, Manuel y Nissen, Ricardo. “Las sociedades “prêt-aporter” o sociedades por acciones simplificadas (SAS), publicado en La Ley del 29 de Julio de 2020)

de sus miembros. Todo ello sin referirme a las bondades de objeto múltiple, constitución exprés y sin el mínimo contralor siquiera sobre la homonimia.

Como corolario, la Inspección General de Justicia de la Nación reglamentó la Inscripción de estas Sociedades mediante resoluciones 03/20 (datos en edicto de inscripción); 09/20 (control de legalidad); 17/20 (firma digital de todos sus integrantes); 43/20 (inclusión del dictamen de precalificación obligatorio); 04/22 (acreditación del domicilio social), todo lo cual supone la construcción de un marco de actuación más adecuado -y transparente- al funcionamiento de las SAS en el mercado.

III. LOS CASOS BAJO EXAMEN

Debatir teórica o académicamente el supuesto de la libertad con responsabilidad; o de la autonomía de la voluntad frente al exceso de la administración en el derecho privado, carece de todo sustento si -mediante ese mecanismo- se soslaya una realidad insostenible de este instrumento que, tal como fue concebido, se constituyó en una herramienta al servicio de la ilegalidad.

En efecto, cabe señalar el caso “CAR ONE SAS³”, mediante el cual, sin control de homonimia alguna, los integrantes de tal fachada societaria se dedicaron sistemáticamente a estafar a terceros, bajo la apariencia -debidamente inscripta- y el prestigio de una conocida firma que comercializa automotores. Adelantando el trágico final, intuirá el lector de esta ponencia, que ninguna relación guarda esta S.A.S. con CAR ONE, ni con el grupo en cuestión.

Más grosero aún resulta ser el caso de la llamada “BANDA DE LOS MONOS⁴”, que con su raid delictivo no solo ha causado estragos en la Ciudad de Rosario, sino que también hizo uso a discreción de esta pretendida figura societaria, con la constitución de MÁS DE CUARENTA “FACHADAS” bajo la figura en cuestión, todas ellas constituidas sin ninguna real actividad y -sin excepción- con domicilios inexistentes, constituidos por Ciudadanos de Rosario en Capital Federal.

Ello no es todo: el mundo emprendedor en Argentina también incluye una nueva categoría: los emprendedores aspiracionales. En efecto, también se ha registrado en sistema, la constitución de Sociedades por acciones simplificadas que pujarían por la adquisición del CORREO ARGENTINO⁵, o bien -y de éstas últimas la mayoría- S.A.S. fiduciarias de Fideicomisos de grandes proyectos inmobiliarios⁶.

Estos datos dan cuenta de que en nada se cumple la premisa de la llamada Ley de “apoyo al capital emprendedor”, sino que se trató de una figura utilizada para deslindar responsabilidad a un costo irrisorio.

Porque, en definitiva, no existen diferencias sustanciales en cuanto a la responsabilidad de una S.A. y una S.A.S. frente a terceros, lo cual resulta inaceptable en un sistema de derecho que ha evolucionado en la protección de los denominados débiles jurídicos con leyes de inderogable e indudable orden público -V.gr., consumidor, trabajo, etc-.

IV. COROLARIO

Que más allá de su estructura atípica -la figura no cuenta con elementos diferenciadores en

³ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA C/ GRUPO CAR ONE S.A.S. S/ORDINARIO – COM 22869/2021

⁴ Actuación Sumarial N° 1938597/9150090 de la cual Surge la RP N°290 -“Prisma Logistica”- y otras de un elenco que todos los días suma nuevos “integrantes”

⁵ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA C/ MV CARGO S.A.S. S/ORGANISMOS EXTERNOS COM 7092/2021

⁶ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA C/ PIMLICO DEVELOPERS S.A.S. S/LIQUIDACION JUDICIAL COM 19772/2021

su tipo, más allá de sus requisitos de ley para ser “presentada” ante el registro de comercio y de su celeridad como carta de presentación, la S.A.S. ha resultado un instrumento eficaz para la promoción de delitos. Ello así, porque desde su puesta en vigencia y hasta el año 2020 en Capital Federal se constituyeron un sinnúmero de estas Sociedades sin el menor contralor legal.

Sin control ni precalificación de su sede social; Con un capital exiguo pese a contar con la posibilidad de tener objeto múltiple y con la posibilidad de efectuar aportes exclusivamente no dinerarios pero no sujetos a ejecución; sin control de homonimia y de constitución exprés. Todo ello supuso, no solo un buzón digital para la constitución de una nueva persona de derecho sin contralor alguno, sino inclusive el perjuicio a terceros que poco -o nada- tienen que ver con la mentada libertad societaria que en realidad aquí se presenta disfrazada de tal, tal como bajo el emblema del estímulo al emprendedor se ha publicitado la creación de una Sociedad sin ningún control en su constitución y eventual funcionamiento.

Ello no implica que todas estas personas jurídicas revistan el mismo carácter, sino la evidenciada necesidad de ya no “endurecer” el sistema de registro, sino de mínimamente hacerlo cumplir, tal como se hace con el resto del elenco societario.

Ello es libertad con responsabilidad.

LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA SAS Y UNA NUEVA EXCLUSIÓN DE VOTO DEL ACUERDO CONCURSAL

Santiago Peri

SUMARIO

Aquel proveedor externo que actúa como un tercero ajeno a la organización societaria de la empresa concursada que se compromete a aportar, ó ya aportó, prestaciones accesorias conforme el art. 42 de la ley de SAS, ¿puede prestar su conformidad a una propuesta concursal para lograr la homologación de la misma o, por el contrario, debe ser un sujeto excluido del voto de la misma en los términos del art. 45 de la LCQ y en consecuencia no debe ser computado para las mayorías exigidas por la norma?

PONENCIA

Preliminar

A partir de los grandes avances tecnológicos de los últimos años nos encontramos atravesando una realidad extremadamente dinámica y en constante transformación en todos los aspectos de nuestras vidas. Dentro de ese dinamismo, que se ve representado también por la sanción de nuevas leyes y creación de nuevos institutos jurídicos pueden originarse conflictos normativos entre las que podemos llamar leyes “viejas” y nuevas, o bien sobre cuestiones que al momento de integrarse al ordenamiento jurídico chocan con la normativa vigente a esa época.

El actual régimen concursal establece una serie de prohibiciones y restricciones de voto respecto a la o las propuestas de acuerdo preventivo perseguidas por el fallido. El art. 45 de la Ley 24.522 excluye de la posibilidad de votar a ciertos acreedores que tienen vinculación “comercial”, societaria o familiar con el sujeto concursado y cuyo voto no será otro que la aceptación de la propuesta que haga el concursado sin importar, en muchos casos, los alcances y condiciones de la mismas.

La mayorías de la doctrina de nuestro país sostiene que este tipo de acreedores debe ser excluido de la votación para evitar el llamada “voto complaciente” a la propuesta concursal pero no existe una postura pacífica respecto a si ese elenco contenido en el art. 45 es un número cerrado o si puede ser ampliado en determinadas circunstancias.¹

El 12 de abril de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de la República Argentina la Ley n° 27.349 denominada Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (“LACE”). En el Título 3° se regula un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificadas “SAS”.

En lo que respecta a este trabajo, el art. 42 de la mencionada ley regula una “nueva forma” de aportes a través de las prestación de servicios –obligaciones de dar, hacer ó no hacer- por parte de socios, administradores o proveedores externos de la sociedad que se denominan prestaciones accesorias.

¹ BARREIRO, Marcelo G., *Están todos los que son o son todos los que están? (sobre la exclusión de voto)*, Doctrina societaria y concursal Errepar, vol. XVII, n° 2005, 2005, p. 503. Errepar.

Molina Sandoval² dice al respecto que “En materia de prestaciones accesorias (art. 50, LGS y art. 42, 2º párr., ley 27.349) se reiteran también las pautas generales para la sociedad de responsabilidad limitada, pero con la particularidad que no sólo los socios pueden pactar “prestaciones accesorias” sino que podrá consistir en una “prestación de servicios” que realice no sólo los “socios” sino también “administradores” o “proveedores externos de la SAS” y podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime”.

Dichas prestaciones tienen como particularidad, en lo que aquí nos interesa, que pueden ser realizadas por personas que no son socios, ni administradores, ni que sean parte de la sociedad y a partir de ello, cabe preguntarnos: ¿aquel que ha aportado prestaciones accesorias en los términos del art. 42 de la Ley de SAS se puede considerar incluido dentro de las exclusiones de voto “complaciente” del art. 45 de la LCQ?

Análisis Normativo:

Las exclusiones de voto del art. 45 de la LCQ

La parte pertinente del art. 45 dispone en lo que interesa al presente:

“...Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación. Tratándose de sociedades no se computan los socios, administradores y acreedores que se encuentren respecto de ellos en la situación del párrafo anterior, la prohibición no se aplica a los acreedores que sean accionistas de la concursada, salvo que se trate de controlantes de la misma...”

Como podrá advertir el lector, las causales de exclusión establecidas por la ley son, a primera vista, claras y no admiten mayores problemas. Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años han esbozado distintas teorías respecto al carácter de dicha enumeración.

A grandes rasgos, hay quienes sostienen que esa es una enumeración cerrada, un *numerus clausus*, que no admite ampliar el elenco ya que de lo contrario el propio legislador podría haberlo hecho al crear la norma o posteriormente en las distintas reformas que se hicieron a la LCQ³; por otro lado, hay quienes sostienen que la enumeración es meramente enunciativa y que los sujetos excluidos de voto pueden establecerse en cada caso particular teniendo en cuenta la finalidad de la norma que es justamente la exclusión del voto “complaciente” a la propuesta concursal⁴; además hay quienes interpretan que si bien la enunciación es taxativa, debe admitirse incorporar nuevos sujetos a la prohibición a partir de la interpretación de otras normas del ordenamiento jurídico⁵.

No debe perderse de vista que la exclusión del voto de un acreedor es trascendental en el marco de un concurso preventivo ya que ello genera no solo la imposibilidad de votar del insinuante excluido sino que su crédito será también removido de la base de cálculo para el cómputo de las mayorías exigidas por la primera parte del art. 45.

² MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)*, La Ley 21/04/2017, 1 - TR LALEY AR/DOC/1012/2017.

³ CÁMARA, Hector, *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. II; QUINTANA FERREYRA, Francisco, *Concursos*, t. I; HEREDIA, Pablo, *Tratado exegético de Derecho Concursal*, t. II; GRAZIABILE, Dario J., *Cómputo de las Mayorías y Exclusión de Voto - LA LEY 2008-C, 10 - TR LALEY AR/DOC/1206/2008*; ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio*, T. VII, p. 527;

⁴ CNCom., sala D 14/11/2007, Farjat, Carlos s/conc. prev., LA LEY, 2008-B, 182, 596 con nota de Néstor E. Solari.

⁵ CNCom., sala C, 27/12/2002, “Equipos y Controles SA s/concurso preventivo” (voto del Dr. Monti).

Ello, como podrá advertirse, es una cuestión harto delicada ya que pone en juego el resultado propio del concurso preventivo y su finalidad de conservar la empresa y continuar la actividad del concursado con la debida protección del crédito de los acreedores.

Somos de la idea de que la postura adoptada debe ser intermedia, es decir, no debe realizarse una interpretación extremadamente estricta y cerrada respecto al elenco de sujetos excluidos por la norma, pero tampoco podemos ampliar dicho elenco a un número infinito de sujetos ya que de lo contrario se generaría una elevada inseguridad jurídica no solo para el concursado sino también para aquellos acreedores que tienen expectativas ciertas de cobrar sus acreencias. Sumado a ello, una ampliación ilimitada contraría también la voluntad del legislador y el espíritu de la propia norma.

Entendemos así que la enumeración del art. 45 podría ser ampliada realizando una interpretación extensiva por analogía de los distintos supuestos allí contenidos. A modo de ejemplo, podemos mencionar la discusión llevada a cabo durante largo años respecto a si la exclusión que hace la norma del cónyuge del concursado es extensible al entonces concubino de éste.

Las prestaciones accesorias del art. 42 de la Ley de SAS:

El art. 42 de la Ley de SAS regula el fenómeno de las prestaciones accesorias de la siguiente manera: *"...Podrán pactarse prestaciones accesorias. En este caso, la prestación de servicios, ya sea de socios, administradores o proveedores externos de la SAS, podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime. El instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación. Las prestaciones deberán resultar del instrumento constitutivo y/o de los instrumentos de reformas posteriores, donde se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento. Sólo podrán modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la totalidad de los socios..."*

Como surge de la lectura de la norma, estas prestaciones pueden ser realizadas no solo por socios, sino que también pueden ser aportadas por administradores y proveedores externos que no lo sean, es decir: esas prestaciones que no acceden necesaria e imprescindiblemente a una participación accionaria del aportante.

He aquí la principal diferencia con las prestaciones reguladas por el art. 50 la Ley General de Sociedades n° 19.550: mientras éstas tienen que estar necesariamente vinculadas con participaciones societarias, aquellas pueden ser realizadas por administradores y proveedores externos que no necesariamente tienen que detentar la calidad de socios.

Este tipo de prestaciones pueden ser obligaciones de hacer ó de dar en uso y goce y requieren ser valuadas ya sea en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución de los socios o bien por el valor que determinen peritos designados por estos. Además, como punto interesante, puede tratarse de prestaciones futuras ó bien de servicios que ya hayan sido prestados a la sociedad.

Junto con ello, el instrumento constitutivo o sus reformas posteriores deben precisar el contenido de las prestaciones, así como su duración, modalidad, retribución, sanciones en caso de incumplimiento y un mecanismo alternativo de integración para el caso que se tornare imposible su cumplimiento.

En lo que aquí nos interesa, vemos que las prestaciones pueden ser aportadas por terceros

ajenos a la sociedad que la propia ley define como “proveedores externos”. Estos son sujetos que se obligan a proveer determinados servicios con la finalidad de apoyar y acompañar el emprendimiento societario, pero sin formar parte del elenco de socios.

Esos terceros “ajenos” a la sociedad realizan aportes a través de las prestaciones accesorias, se comprometen con el proyecto en cuestión y se someten al riesgo empresarial y al resultado de su explotación sin ser socios de la sociedad, por ello es indiscutible que van a efectuar sus máximos esfuerzos para que la sociedad sobre la que están “apostando” obtenga sus mayores rendimientos y llegue a “buen puerto”.

¿Podemos hablar de una nueva exclusión de voto del concordato concursal respecto a los “no socios” aportantes de prestaciones accesorias?:

La cuestión controversial consiste entonces en saber si a aquel proveedor externo, que actúa como un tercero ajeno a la organización societaria de la empresa concursada que se compromete a aportar, o ya aportó, prestaciones accesorias conforme el art. 42 de la ley de SAS, puede dar su conformidad a una propuesta concursal para lograr la homologación de la misma o si por el contrario debe ser un sujeto excluido del voto de la misma en los términos del art. 45 de la LCQ y en consecuencia no debe ser computado para las mayorías exigidas por la norma. Si bien, estamos de acuerdo con la interpretación restrictiva que debe estar presente al momento de establecer la exclusión de determinado crédito de la base de cómputo de las mayorías, en tanto ello importa de manera evidente la limitación ó denegación de un derecho como es el de ser computado y poder votar o no una determinada propuesta concursal, entendemos que hay determinadas situaciones particulares en las que teniendo en cuenta la voluntad del legislador y la finalidad propia de la norma que es justamente evitar el voto “complaciente”, podría hacerse una interpretación extensiva de la misma por aplicación analógica de los casos expresamente contemplados⁶.

En la cuestión aquí planteada, si bien estamos hablando de un tercero ajeno al esquema societario –no socio- que actúa como un proveedor externo de la deudora, no debemos perder de vista que ese aportante se está inmiscuyendo voluntariamente y apostando por un proyecto determinado por la sociedad.

La inversión a través de las prestaciones accesorias comprometidas por un tercero y la consecuente asunción de riesgo empresarial representado por las ganancias ó pérdidas que puede arrojar la sociedad sobre la que se realiza aquella, nos lleva a sostener que su decisión al momento de votar la propuesta concursal de esa misma empresa tenga esa finalidad complaciente. Ese inversor va a hacer todo lo que tenga a su alcance para que la empresa sobre la que invirtió salga a “flote” y obtenga las mayorías para lograr el acuerdo concursal, por ello va a prestar su conformidad por más ridícula, mínima ó abusiva que sea la propuesta.

En esa misma situación de “votante complaciente” podemos colocar al cónyuge ó parientes de la persona humana y a los socios y administradores de una persona jurídica que están expresamente enumerados por el art. 45 de la LCQ. De allí que, una aplicación analógica y extensiva teniendo en cuenta la finalidad de la norma que es justamente evitar el voto complaciente de la propuesta, nos permita en la mayoría de los casos excluir al aportante –no socio- de una prestación accesorial del cómputo de las mayorías exigidas por el ordenamiento concursal para lograr el concordato.

⁶ CNCom., sala B 13/07/2006, Inversora Eléctrica Buenos Aires S.A. s/conc. prev..

LÍMITES A LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO

María Estela Piña

PONENCIA

Según juristas modernos, “El derecho tiende a solucionar conflictos, más aún a anticiparse a los mismos.”¹

La teoría analítica del derecho, que nace por primera vez en Europa con Bobbio, considera que el derecho “es el lenguaje, o el discurso prescriptivo del legislador”². Establece que las normas son comunicaciones lingüísticas, prescriptivas, enunciados, ni verdaderos ni falsos, dirigidos a modificar la conducta humana, pero agrega Guastini, los jueces, administradores y juristas no encuentran el derecho ya acabado, sino que contribuyen de algún modo a construirlo.³

Como juristas nos interesa, de forma somera, considerar una situación dentro del Derecho del Trabajo, que es el planteo que se presenta ante la posibilidad, que dentro de su objetivo social, las cooperativas de trabajo prevean la contratación de los servicios cooperativos por terceras personas, utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados.

Relación de Dependencia:

El trabajo es un fenómeno de la vida. Según el art 4° de la Ley de Contrato de Trabajo es la actividad lícita que se presta a favor de quien tiene la facultad de dirigirla (Lo que nos habla de la subordinación técnica, jurídica y económica). Según el C.C. y C.N. “Contrato” es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. (Ambas en un pie de igualdad (según el Art. 957 C.C. y C.N.)

Pero una nota características del Contrato de Trabajo que lo distingue del Contrato Civil es la *relación de dependencia* que se da en el interior del mismo, entre un trabajador y un empleador. Hay dos partes que se relacionan Art. 21 LCT “una persona física que se obliga a favor de otra, bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”.

Sigue exigiendo el derecho común que “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obliga no solo a lo expresado sino a las consecuencias comprendidas en ellos, con los alcances que se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor,” (Art 961 C.C. y C.N) principio que alcanza al contrato de Trabajo, las partes están obligadas a actuar de buena fe. (Art. 63 LCT).

A su vez el Art 962 C. C. y C.N. establece que Las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible.

En el Derecho del Trabajo la regla es la *indisponibilidad de las normas*. Es nula y sin valor toda convención de parte que suprima o reduzca derechos... (Art 12 LCT, Reformado por Ley 26.574/09).

De allí que el Instituto de la *dependencia o subordinación* reclame permanentemente un

¹ CUETO RUA Julio “Fuentes del Derecho”, El derecho tiende a solucionar conflictos, mas aún a anticiparse a los mismos, Abeledo Perrot, 1994, p.17

² BOBBIO Norberto “Ciencia del Derecho y Análisis del lenguaje”. Torino 1950.

³ GUASTINI Riccardo “Distinguiendo” p.67 Ed Gedisa. Barcelona 1999 .

cuidadoso seguimiento, debido a las transformaciones económicas, tecnológicas, productivas y el posicionamiento de los paradigmas ideológicos, extremadamente complejos.

Hay que observar qué correspondencia guarda con el trabajo humano, y si todas las contrataciones laborales tienen cabida en los moldes tradicionales, que constituyeron una MATRIZ, que requiere exteriorizaciones precisas.

Se debe analizar si esa *categorización universalizadora del concepto de dependencia*, deja espacio para la diversificación que demanda la heterogeneidad productiva, la realidad inacabada e imprevisiblemente cambiante. (De las características del Tipo Contractual, surgen Tipologías, según las enseñanzas de Karl Larenz)⁴.

En las notas necesarias y suficientes para identificar el contrato de trabajo, se advierten *distintas intensidades en algunos casos*. Esa matriz tiene un rol *INCLUSIVO / EXCLUSIVAMENTE*, que el sistema le asignó, *aplicable al Contrato de Trabajo Típico* y los vínculos de la lógica social, entran en esos moldes. Pero advierte Pedrazzoli que *es un riesgo construir una teoría general, sobre lo efímero o lo marginal*,⁵ y agrega Rodríguez Piñero *“la dependencia es en sí misma graduable, no es un concepto firme e inmovible, sino que tiene cierto carácter indeterminado*. De allí si pueden darse las notas del contrato de trabajo, en especial el Eventual en una contratación cooperativa.

¿Cuál es la instancia de corte de esta matriz?⁶

La realidad es que los Tribunales se encuentran inundados de casos y problemas que han hecho las delicias y tormentos, de Jueces y Abogados.

Y a la par va el sistema productivo. De allí la necesidad de reconocer las modalidades de contratación laboral, como una necesidad actual y abandonar el tinte de atípicas para ellas. La Dependencia demarca las fronteras del ordenamiento protector. Pero hay fenómenos que no guardan dimensiones equivalentes, son cuantiosos y extremadamente complejos: Fenómenos impuestos por la economía que requiere la competitividad estática ó dinámica, la descentralización productiva, la tendencia a la externalización de funciones-Fragmentación y Tercerización de las empresas-. Subcontratación, Eventualidad, Contratos a Tiempo parcial, Por Temporada y otras situaciones que no están regladas.

En este análisis interesa reconocer si es posible que las Cooperativas de Trabajo puedan dentro del cumplimiento de su objetivo social, prever la contratación de los servicios cooperativos por terceras personas, utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados, en su caso actuando como Empresas de provisión de Servicios Eventuales.

Notas de la Contratación Eventual.

Las Empresas de Servicios Eventuales están regidas por las normas establecidas en la Ley Nacional de Empleo Art. 75 al Art. 80, reglamentados por el Decreto 342/92 y sus modificatorios, y el Contrato de trabajo eventual por los Arts. 99 LCT y 68 /74 de la Ley 24013. Se considera Empresa de Servicios Eventuales a la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas (usuarias) a personal industrial, administrativo, técnico o profesional para cumplir, en forma tempo-

⁴ LARENZ Karl "Metodología de la Ciencia del Derecho".Ed. Ariel Derecho. Barcelona. 1994. p

⁵ GRANDI Mario "La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro, a cura di Marcello Pedrozzi Soc. Ed. Il Mulino, Trento 1989 pag.77

⁶ SALA FRANCO Tomás "Lecciones de Derecho del Trabajo "Ed Tirantv Lo Blanch,Valencia 1987,pag.243

ria, servicios extraordinarios determinadas de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse en plazo cierto para la finalización del contrato. El plazo es cierto en su inicio e incierto en su conclusión. Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales, contrate para prestar servicios en su sede, agencias u oficinas están *vinculados por un contrato de trabajo permanente continuo*. Los trabajadores que la empresa de servicios eventuales contrate para prestar servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo eventual, serán considerados vinculados a la empresa de servicios eventuales *por un contrato de trabajo permanente discontinuo*. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la convención colectiva, será representado por el sindicato y beneficiado por la obra social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria. (Goza de todos los atributos de un trabajador en relación de dependencia). En el lenguaje del legislador y a fin de evitar conflictos, tal como se estableciera inicialmente, se fija en las normas que la regulan (Art. 29 Bis LCT y Arts. 68 al 80 Ley 24.013), que en esta modalidad de contratación, hay una dependencia del trabajador para con su empleador, la empresa de Servicios Eventuales.

Ideas generales de las formas asociativas.

Respecto a las formas asociativas, dentro del derecho, la ley 20337, regula la asociación cooperativa y establece que “son entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua, para organizar y prestar servicios”. El Instituto Nacional de Acción Cooperativa (INAC) en ejercicio de sus facultades reglamentarias ha establecido que el vínculo entre el asociado y la cooperativa de trabajo es de naturaleza asociativa, exento de toda connotación de dependencia (Resolución 183/92), reconocida a su vez por el Instituto de Asociativismo y Economía Social (INAES) y la Resolución 784/92 del Anses, que declararon que “los asociados a las cooperativas de trabajo no revisten la calidad de dependientes de las mismas debiéndose considerar como trabajadores autónomos.

Cada asociado de una cooperativa, tiene un voto cualquiera fuera el número de sus cuotas sociales (Art. 2°) (Se advierte el cambio en el lenguaje respecto al Contrato de Trabajo). Los actos realizados entre las cooperativas y sus asociados para el cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales son actos cooperativos.

De los excedentes repartibles, que provengan de la diferencia entre el costo y el precio del servicio, se destinarán a reservas legales, fondos de acción asistencial y laboral y el resto se distribuirá entre los asociados en concepto de retorno.

Una de las clases de cooperativas es la de trabajo, en las que el retorno se distribuye en proporción al trabajo efectivamente prestado por el socio, siendo la finalidad de la asociación *suprimir al empleador* por el conjunto de los cooperativistas.

Se dan algunas notas de subordinación, pues la dirección está a cargo de una persona individual o el colectivo, y el límite con el contrato de trabajo es una línea estrecha.

Hay autores que sostienen que puede ser considerada esta prestación como dentro de un contrato de trabajo (Antonio Vázquez Vialard), esto según el tamaño de la cooperativa, dándose siempre la inexistencia de fraude laboral.

El derrotero de la legislación asociativa.

La DGI en el año 1997, dispuso en su resolución N°4328, que los socios de las cooperativas de trabajo, que hayan sido autorizadas por el Instituto Nacional de Acción Cooperativa,

deben ingresar sus aportes y contribuciones al SUSS , como trabajadores autónomos, sin perjuicio de observar los casos que ofrezcan una razonable duda sobre la existencia de relación laboral. A su vez la ley 26063/05 sobre Recursos de la Seguridad Social , texto actualizado, en el art 5°) inc b) establece : “Los asociados a cooperativas de trabajo son empleados en relación de dependencia, de quien utilice sus servicios para la consecución del objetivo principal de su propia actividad. Este inc. b) fue observado por art. 1° del Decreto N° 1515/2005 B.O. 9/12/2009), argumentándose que esta norma legal, contempla aspectos relacionados con las cooperativas de trabajo, pero no se ha tendido en cuenta “que las mismas son entidades no mercantiles basadas en una relación asociativa, a partir de un contrato plurilateral de organización celebrado por los cooperadores asociados que concurren como propietarios de la empresa común, por lo que el vínculo no corresponde a un contrato de trabajo, de allí que este Art. 5° inciso b) del Ley N° 26.063, no resulta compatible con la letra y el espíritu de la Ley N° 20.337, en la que se caracteriza a las cooperativas como entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y producir bienes y servicios..

Como se puede observar, en el ámbito del sistema analizado, hay un alto margen de inseguridad jurídica, que perjudica el buen funcionamiento de las cooperativas, e impacta en el Derecho del Trabajo, ya que en este contexto existe la probabilidad de adoptar posiciones contrapuestas. La atención normativa aparece en otras normas laborales , en las que prima el Principio Protectorio tratando de evitar el fraude laboral, al plantear en casos concretos, como socios de una cooperativa de trabajo a quienes son en la realidad trabajadores en relación de dependencia .(Contratación en fraude a la ley, según el art 14 LCT). .

Siguiendo las bases pautadas ya en el Preámbulo de la OIT “el trabajo no es una mercancía”, el Decreto 2015/94 , abarcando a su vez lo dispuesto por la Resolución 1095/94 del Instituto Nacional de Acción Cooperativa dispuso que no autorizará las solicitudes, para funcionar como Cooperativas de Trabajo que se vinculen con las actividades de agencias de colocaciones, limpieza, seguridad, distribución de correspondencia , *servicios eventuales* y los casos en los que del objeto social contenido en los estatutos pueda demostrarse que se trata de venta de mano de obra a terceros para dedicarla a tareas propias del establecimiento de estos.

La indagación de la voluntad del legislador histórico, respecto al límite de las cooperativas de trabajo en la posibilidad de usar la mano de obra trabajadora como una moneda de cambio, para negociar, se advierte como coincidente con el legislador actual, y a pesar que con el transcurso del tiempo ciertas cuestiones pierden importancia, sobre el tema las respuestas actuales siguen siendo las mismas y en ellas se entrelazan ponderaciones metodológicas y jurídico constitucionales., contenidos que hoy se consideran decisivos, “se sigue escribiendo la ley” protegiendo a la parte más débil de la contratación, el trabajador, que no debe aparecer como moneda de cambio del negocio entre partes, de allí que el resultado de la interpretación legal actual, continua abrigando la pretensión de rectitud (en el sentido de un enunciado acertado, de acuerdo a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, el bloque de constitucionalidad que rige en el país.).Es así que en la ley 25877/04 se dispuso que los servicios de Inspección del Trabajo estarán habilitados para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la seguridad social en relación con los trabajadores *dependientes a su servicio* ,(la dependencia que se analizara inicialmente) así como a los socios que se desempeñen en fraude a la ley laboral.

Si se ha puesto a trabajar en una empresa usuaria a socios de una cooperativa, éstos serán

considerados trabajadores dependientes de la usuaria, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social. Los hace así directamente responsables a estos empleadores que recurren a una cooperativa de trabajo, solicitando mano de obra para la realización de su actividad normal.

Pero no quedan eximidas las cooperativas, ya que de poder demostrarse en una inspección realizada por la Autoridad Administrativas del Trabajo, que ha incurrido en la desnaturalización de la figura cooperativa, aparte de la sanción que les corresponda denunciarán este proceder a la autoridad específica de fiscalización pública a los efectos de la aplicación del Art 101 de la ley 20337. Podrán así ser pasibles de: un Llamado de atención, Apercibimiento. Multa, Retiro de autorización para funcionar, de acuerdo a la gravedad de la infracción, su importancia social o económica y, en su caso, los perjuicios causados, previa instrucción de un sumario. Concluye el Art 40 de la Ley 25877, que se está analizando imponiendo una conducta prohibida para la cooperativas estableciendo que *no podrán actuar como empresas de provisión de servicios eventuales*, ni de temporada, ni de cualquier otro modo brindar servicios propios de las agencias de colocación, que están reguladas en el Art 29 de la LCT y se hace a ambas partes *los terceros* que contraten trabajadores con vista a proporcionarlos a las empresas; responsables solidarios de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de la seguridad social.

VII) Algunos casos de jurisprudencia

A pesar de que la subordinación que caracteriza al contrato de trabajo, no es asimilable a la del socio cooperativo y la existencia de conductas prohibidas en la legislación para las cooperativas, establecidas en el Derecho del Trabajo y Resoluciones del cooperativismo, no hay uniformidad en la jurisprudencia.

Hay fallos que admiten la inexistencia de relación laboral del socio cuando la cooperativa de trabajo para la que presta sus tareas es genuina. Autos: (Guerrero Sergio c/ Castellini Walter y otro CNTrab. Sala III-20/07/2001); Autos: (Nolivo Adriana C/Cooperativa del Trabajo T.A.C. Limitada CNTrab. Sala VIII 26/10/2004). Si actúan como terceros colocadores de personal en un establecimiento, éste último se convierte en su empleador. Autos: ("Peralta Héctor c/Cooperativa de Trabajo Ferrocon Limitada" CNTrab Sala I 29/07/2005. Autos: Tissot, Germán c/ Cooperativa de Trabajo Eventur Ltda. y otro – Expte. N° 3057858, Sentencia de la Sala 7° de la Cámara del Trabajo de Córdoba, de fecha 10/05/2012). La cooperativa ponía a trabajar a sus dependientes a favor de la empresa con la que la unía un contrato locativo, estando el trabajador vinculado a la cooperativa por una presunta afiliación para prestar servicios a terceros, sin respetarse los principios cooperativos de solidaridad y ayuda mutua. Art 2 de la ley 20337., por lo que será considerado trabajador dependiente de la empresa usuaria. Cita fallos del TSJN Cba."Britos Roberto Carlos c/Special Gas. S.a. y/u otro-14/09/10/, en el que se condena a la Cooperativa Eventur Ltda por fraude laboral. En autos: "De la Vega, Ivana c/Sanes S.A. y otros Expte N°101927748.Cámara I° del Trabajo de Mendoza .29/09/2016 .Hizo lugar a la demanda fundamentando "La actora tuvo con la empresa que percibió su prestación personal una relación laboral directa y, por haber obtenido la mano de obra de una mera intermediaria, ni siquiera se puede entrar a considerarse la existencia de "picos de trabajo" y la consiguiente relación de tipo eventual o temporal. El principio protectorio que prima en el derecho laboral a diferencia de lo que ocurre en materia civil, impone que se considere irrelevante jurídicamente la voluntad del trabajador dirigida a la evasión de las normas del derecho laboral.

La CSJN se ha pronunciado en Autos: "Lagos Castro A C/ Coop Nueva Salvia Limitada y otro.-24/11/2009. En el que excluye el vínculo laboral en la prestación del socio y cita Recomendaciones de la OIT N°127/1996 y N° 193/2002 sobre promoción de las Cooperativas. Fallo al que haremos referencia : Queda claro que si bien la Corte Suprema se pronunció en "Lago Castro" con respecto a las cooperativas de trabajo, muchas de sus expresiones son totalmente extensibles a todo el espectro cooperativo, pues reconoce la promoción del Cooperativismo en general como una política del Estado. Luego de haber efectuado una minuciosa reseña de todos los antecedentes (normativos, jurisprudenciales, etc.) manifiesta que la Sala X había omitido considerar al momento de fallar, la misión del intérprete "no atenerse sin más a la literalidad de los vocablos legales, sino rescatar el sentido jurídico profundo de estos, pues por encima de lo que parecen decir debe indagarse lo que dicen jurídicamente. Para ello, es regla de hermenéutica dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante (Fallos: 329:872, 875, entre otros)". La Corte rescata que" al haber la Sala X basado su análisis en la verificación en el caso de las notas propias del vínculo dependiente (por ende, del derecho laboral) de subordinación técnica, económica y jurídica, dicho tribunal no brindó fundamentos que permitieran tener por acreditadas las dos primeras notas. Tampoco se rescató otro dato significativo para la Corte: que la cooperativa demandada era una entidad constituida por los trabajadores de una sociedad anónima quebrada, es decir, una empresa recuperada por sus trabajadores. En conclusión, la Corte no sostiene que el juzgador (en este caso, el juez laboralista) debe ignorar el principio de primacía de la realidad sino todo lo contrario, pero que, al momento de analizar un conflicto en el que se invoque la existencia de una relación laboral en lugar de una asociativa entre el trabajador y la cooperativa de trabajo, se deben tener presentes los antecedentes normativos (ley N° 20.337, resoluciones de la autoridad de aplicación, de la DGI, ANSES, etc.), jurisprudenciales, internacionales (OIT, Mercosur) y propios del Movimiento Cooperativo (ACI). Por tanto, siguiendo el análisis de la Corte Suprema, un resolutorio similar al pronunciado por la Sala X en "Lago Castro" compromete "la garantía de defensa en juicio de los derechos enunciada en el art. 18 de la Constitución Nacional, según conocida doctrina de esta Corte, lo cual determina que el fallo apelado resulte descalificable como acto judicial. Resultando el mismo de capital importancia para el cooperativismo.

LA IRRESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIA C/ AKAGI NYUGYO COMPANY LIMITED S/ CAMBIO DE PARADIGMA

Germán Alberto Pizzano

SUMARIO

Desde principio de siglo se advierte un cambio de tendencia conceptual de la economía y de la gestión empresarial: De la defensa acérrima de los mercados competitivos, liberalización de los mercados y la maximización de las ganancias a cualquier costo -(humano, jurídico y/o ambiental)- con la entronización del pensamiento de la Escuela de Chicago de fines del siglo pasado; a las actuales tendencias de Economía verde y circular, la gestión de Responsabilidad Social Empresaria, el Compliance, la sustentabilidad ecológica, el movimiento B, la transparencia y el compromiso social. El empresariado, la sociedad y el Estado deben promover e impulsar este proceso de cambio paradigmático.

I. Introducción:

En la caratula del presente trabajo, se advierte un título presentado como autos caratulados de un expediente judicial surrealista, donde la parte actora es la **Irresponsabilidad Social Empresaria** que actúa en representación de las prácticas más reprochables del capitalismo extremo **contra** la compañía japonesa emblemática viral del compromiso social con sus clientes, con sus empleados y con la sociedad en la cual se encuentra inserta, -su macro y micro entorno-, en representación de una nueva tendencia conceptual de la gestión empresarial y de la gestión de unidades de negocios con fundamento en la ética, el respeto por los intereses de los consumidores, por los trabajadores, por el medio ambiente y por la comunidad. El Tribunal donde tramitan estas actuaciones: es el mundo empresario que deberá Resolver en definitiva el resultado de la contienda.

Este choque de concepciones de la gestión empresarial acontece en el marco del antagonismo que sucede en el pensamiento económico, entre los seguidores de Milton Friedman actualmente remasterizados, en colisión con el neo-keynesinismo¹ y las actuales nociones de economía verde y circular².

II. La parte actora:

La parte actora de estas actuaciones es la **Irresponsabilidad Social Empresaria**, en represen-

¹ Who's Afraid of John Maynard Keynes? By Paul Davidson, referente del neo keynesianismo.

² "La economía verde es aquella que respeta el medioambiente e incluso trabaja en su mejora. Por ejemplo, aquella que apuesta por evitar contaminar donde se cultiva, se pesca y se come. Por otro lado, la economía circular es la que permite darle a los recursos un nuevo uso, es decir, minimizar los flujos residuales al valorizarlos. Así, la economía circular apuesta por reciclar máquinas a través de piezas y componentes útiles, elaborar fertilizantes orgánicos mediante compostaje o aprovechar la energía de los restos de la poda. Los términos economía circular y economía verde hacen referencia, simplemente, al crecimiento de la actividad humana con un enfoque económico de eficiencia. Estipulan que la economía de mercado debe ejercerse bajo criterios de contención, de rendimiento y de reciclaje. Por ello, se busca que los residuos se minimicen e incluso se transformen en nuevos productos o servicios: los residuos orgánicos en energía, fertilizantes, nuevos materiales constructivos reciclados. En definitiva, un desarrollo lógico que formaba parte de los principios básicos del desarrollo humano antes de la revolución industrial, ya que la Tierra es un espacio finito." UNIVERSITAS Miguel Hernández.

tación de todas las actividades económicas que generan prácticas éticas y/o jurídicamente reprochables en el ámbito financiero, extractivista o productivo en sus variantes industriales o agropecuarias, pudiendo señalar a modo de ejemplificación meramente enunciativa: escándalos de sociedades off-shore y los paraísos fiscales³ o los vulture fund⁴; o el desastre del “gravísimo desastre ambiental en la Amazonia Ecuatoriana entre los años 1964 y 1992”⁵; o el escándalo del Dieselgate de Volkswagen⁶; o la practica contaminante con el glifosato que afecta ecosistemas terrestres y acuáticos⁷, afectando a poblaciones rurales, entre distintas practicas contaminantes, incendios forestales intencionales y desforestación.

Integra también este litisconsorcio activo necesario las prácticas especulativas de las distintas variantes de la actividad económica, resultando tal vez, las mas exasperantes, las acontecidas durante la pandemia del COVID 19: “... el aumento especulativo de los medicamentos utilizados en terapia intensiva durante la pandemia, que aumentaron entre un 300 y 1300% ante la impotencia total de la sociedad y el estado 10. Entre muy variados ejemplos de prácticas especulativas y hasta públicamente confesadas. 11...”⁸.

III. La Parte demandada:

En estas actuaciones ficcionales, la parte demandada está representada por la compañía japonesa Akagi Nyugyo Company Limited, fundada el 22 de Octubre de 1931, cuyas actividades corporativas son: 1. Fabricación y venta de postres helados, incluidos helados, paletas heladas y otras delicias heladas, 2. Fabricación y venta de productos alimenticios en general, presidida por Inoue Sota, con sede en 2-12-1 Nishijima-cho, ciudad de Fukaya, prefectura de Saitama, Japon, compañía afiliada a AKAGI ICE ASIA PACIFIC CO., LTD⁹.

Esta compañía de gran compromiso social con sus clientes consumidores de paletas de helados Gari Gari Kun, adquirió gran popularidad mundial por su responsabilidad social empresaria cuando en Abril del año 2016, el Presidente de la compañía junto a sus directivos y empleados, mediante un video viral se disculpó ante sus consumidores por aumentar en 25 años: 10 yenes el precio del helado –unos 47 centésimos de euro–¹⁰. Exhorto a los lectores de este trabajo a visualizar el video: <https://www.youtube.com/watch?v=N2nKf4ECIo>.

No es el único caso de pedidos de disculpas de dirigentes empresarios nipones, como los casos de TOSHIBA y el gravísimo accidente nuclear de FUKUSHIMA¹¹.

En esta ficción procesal la parte demandada, también está integrada por las empresas B, por las empresas que incorporaron programas de Gestión de Cumplimiento, redactando y aplicando Programas de Integridad en los términos de la Ley 27.401, inclusive empresas que no se

³ Los argentinos, las sociedades off shore, los Panamá y Paradise papers. Ricardo Augusto Nissen. Editorial EDUNLA Cooperativa.

⁴ https://es.wikipedia.org/wiki/Fondo_buitre

⁵ <https://es.greenpeace.org/es/noticias/chevron-el-poder-y-la-impunidad-de-las-grandes-corporaciones/>

⁶ Fiona Crilly. Facultad de Ciencias Economicas y Empresariales de la Universidad Pontificia COMILLAS. “ En septiembre de 2015, el fabricante de automóviles alemán Volkswagen fue acusado de equipar a más de 11 millones de vehículos con software ilegal que marca el comienzo de lo que se convertiría en el mayor escándalo que afectó a Volkswagen hasta la fecha. El software permitió que los vehículos afectados emitieran cantidades reducidas de óxido de nitrógeno tóxico cuando se sometían a pruebas de emisiones, pero en realidad emitían más de 40 veces el estándar legal de los gases cuando no se estaban p robando. Estos dispositivos de ‘derrota’ demostraron tener ramificaciones financieras, globales y ambientales en la corporación.”

⁷ Evaluación de Riesgo Ecológico del Ambiente Acuático mediante Biomarcadores de Contaminación en Peces. PALMA LEOTTA ME, CALIRI M; CACERES A; IBACETA D; SALDEÑA E; FERRÉ V; DOMINGO E; N GORLA, CONICET

⁸ PONENCIA: LA REGULACIÓN ECONOMICA COMO OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO EMPRESARIAL, UN DEBATE DE CIENCIAS SOCIALES DE NATURALEZA JURIDICA. Germán Alberto Pizzano. E-book: LXXV ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE FUNDADA BUENOS AIRES. Colegio de Abogados Avellaneda – Lanús.

⁹ <https://akagiice-global.com/company/>

¹⁰ https://verne.elpais.com/verne/2016/04/04/articulo/1459769578_185737.html

¹¹ <https://www.youtube.com/watch?v=P7HZotngvHc>

encuentran obligadas por el art. 3 del Decreto 277/2018 y por las compañías que implementan programas de Responsabilidad Social Empresaria, en algunos casos aprovechando lícitamente las ventajas impositivas que algunas jurisdicciones otorgan a las compañías con compromiso social, como el caso de la Ley 8.488 de la Provincia de Mendoza¹², modificada por Ley 8583.

La sustentabilidad en términos ambientales y sociales, el cumplimiento normativo, el compromiso con los consumidores, con empleados y con la comunidad, marcan una nueva tendencia hacia el futuro de la gestión empresarial.

“En octubre de 2016 el Congreso Nacional sancionó la Ley 27.301 que instituye el 23 de abril como celebración del Día Nacional de la Responsabilidad Social Empresaria, en conmemoración de la puesta en marcha del Pacto Global de Naciones Unidas en nuestro país en 2004. Hoy, a veinte años del lanzamiento del Pacto, esta fecha nos permite pensar el escenario y los desafíos que, en Argentina, afrontan las compañías a la hora de implementar buenas prácticas en materia de sustentabilidad y gestión socialmente responsable.”¹³

Estimo que nos encontramos en un momento de cambio de época entre los dos paradigmas contradictorios, donde el primer modelo individualista no termina de finalizar y la nueva concepción de Sustentabilidad e Integridad: no termina de instalarse y consolidarse ni en la academia ni en la gestión de la mayoría de las empresas ni en el universo pyme ni en grandes compañías que prefieren mantenerse al margen de estos parámetros para poder desarrollar su actividad especulativa con tranquilidad.

Respecto de las universidades, resulta llamativo que no se dictan asignaturas de RSE ni de Compliance en las carreras de grado, concretándose una carencia formativa en los futuros profesionales: no solamente en aspectos técnicos, teóricos y normativas sino en la formación ética del alumnado.

IV. Amicus Curiae:

Las certificaciones de procesos de calidad de la Organización Internacional para la Estandarización ISO¹⁴, u otras ONG como el Instituto Argentino de Normalización y Certificación IRAM, o del movimiento B, aportan normativa técnica, experiencia y capacitación, tal vez a un costo inaccesible para el sector pyme, por lo cual implementar certificaciones de organismos estatales técnicos como: INTI, INTA, OA, Universidades, **Colegios Profesionales**, etc, posibilitarían facilitar el acceso a pymes y emprendedores¹⁵ para lograr implementar gestiones y certificaciones de Integridad y Sustentabilidad. **Es decir, propongo otorgarles a las personas jurídicas de Derecho Público un protagonismo central en el otorgamiento de certificaciones** en temática de Integridad y Sustentabilidad, posibilitando el acceso concreto al universo pyme y emprendedores.

V. El Alegato:

Para consolidar el nuevo paradigma y que finalmente resulte victorioso, además del compromiso de la comunidad de negocios y de la academia, **resulta indispensable Políticas Públicas proactivas que incentiven** a las nuevas compañías que se funden para que incorporen una visión del negocio Sustentable e Integra, con compromiso social: con los

¹² Ponencia: La Responsabilidad Social Empresaria, Germán Alberto Pizzano, (6º Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, de La Matanza).

¹³ <https://www.telam.com.ar/notas/201904/351954-logros-y-agenda-pendiente-de-la-responsabilidad-social-en-argentina.html>

¹⁴ <https://www.iso.org/home.html>

¹⁵ <https://www.buenosaires.gov.ar/desarrolloeconomico/emprendedores>

clientes, empleados y con la comunidad. Igualmente el apoyo concreto deberá dirigirse a las empresas en funcionamiento que se adecúen a este nuevo paradigma de gestión de sustentabilidad ecológica, integridad y compromiso social.

VI. Llamamiento de autos para dictar sentencia:

Por todo lo expuesto, podemos sostener que el cambio de paradigma puede implicar una externalidad positiva para las organizaciones que se adecuen a este cambio, posibilitando el acceso a mercados cuyos consumidores valoran la Sustentabilidad y la Integridad, generándose nuevas oportunidades que pueden ser aprovechadas por las compañías adheridas al nuevo paradigma.

A modo de conclusión, también podemos sostener que el lema del ciclo “Libertad bajo Responsabilidad rumbo a Córdoba 2022”, parecería compartir los lineamientos del presente trabajo, y un sector del empresariado, las ONG ut-supra mencionadas, la academia y la legislación citada precedentemente han puesto en condiciones de resolverse esta controversia entre las dos concepciones económicas y de gestión empresarial contrapuestas. ... Los empresarios y la sociedad: deberán dictar sentencia.

NOVEDADES SOCIETARIAS PARA LA CREACIÓN DE EMPRESAS

Jesús Quijano González¹

SUMARIO

El Derecho español está a punto de incorporar algunas novedades relevantes en materia societaria directamente relacionadas con la intención de estimular la creación de empresas en un nuevo contexto, caracterizado por la creciente digitalización de los procedimientos jurídico-económicos. Se encuentran en este momento en distintas fases de tramitación tres Proyectos de Ley, cuyos títulos son tan reveladores como sugerentes: “creación y crecimiento de empresas”; “ecosistema de empresas emergentes”; “medidas de eficiencia digital y utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito societario”. En ellos, junto a muchas otras medidas de distinta naturaleza, se proponen modificaciones en el régimen de las sociedades de capital, que afectan particularmente a las sociedades limitadas y, en algún caso, a aspectos esenciales de su configuración jurídica. Se trata, en estas páginas, de ofrecer una información sintética de esos Proyectos, que, previsiblemente, van a introducir a corto plazo reformas significativas en la legislación societaria española.

1. Estímulo a la creación de empresas y digitalización societaria: iniciativas recientes en el Derecho español.

El desarrollo del Derecho de Sociedades en el momento presente está cada vez más orientado hacia dos objetivos que, simultáneamente, influyen en la necesaria adaptación de su contenido. Por un lado, se trata de facilitar lo más posible la puesta en marcha de iniciativas económicas, teniendo en cuenta las condiciones cambiantes de competitividad y acceso a los mercados en que se desenvuelve la actividad empresarial; ello exige revisar algunas reglas societarias que permanecen ancladas en la configuración tradicional de los tipos societarios y que en muchas ocasiones pueden suponer en la actualidad un inconveniente que retarda y dificulta la aplicación de una razonable flexibilidad normativa, capaz de aportar una adecuada combinación entre la agilidad funcional y la seguridad jurídica. A ello obedecen las recientes estrategias de simplificación del Derecho societario, con manifestaciones diversas, sea la creación de nuevos tipos de sociedad, caracterizados por su sencillez constitutiva, sea la introducción de reformas en los tipos más clásicos, de manera que, modificando requisitos tradicionalmente exigidos como necesarios, o incluso suprimiéndolos, se consiga un grado mayor de agilidad en la creación y en el funcionamiento orgánico de la sociedad.

Por otro lado, en un contexto de digitalización progresiva, especialmente útil para avanzar en ese proceso de simplificación y agilización, se trata de hacer aplicables las nuevas técnicas de documentación y comunicación telemática a la vida jurídica de las sociedades, permitiendo tanto su constitución, como su funcionamiento, a través de las nuevas herramientas digitales, de manera que los procesos societarios puedan desarrollarse en esa modalidad.

El Derecho español no ha permanecido ajeno a este nuevo contexto. Con cierta demora si se observa el avance de esos procesos en otros ordenamientos comparados del entorno, y

¹ Catedrático (emérito) de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid. (España)

también impulsando por algunos requerimientos, principalmente Directivas, de la Unión Europea, se han tomado algunas iniciativas en los últimos tiempos, dirigidas a la consecución de los objetivos citados. Hasta el momento se trata de tres propuestas en desigual grado de avance: dos son ya Proyectos en fase avanzada de tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, por lo que su previsible aprobación, publicación y entrada en vigor se producirá, de forma muy previsible, dentro del año en curso; otra, acaba de ser aprobada como Proyecto de Ley por el Gobierno y remitida al Parlamento para iniciar su tramitación, por lo que demorará algo más su aprobación final. En todo caso, el texto actual de los tres Proyectos permite visualizar suficientemente el alcance que van a tener, su significación jurídica y el impacto que su contenido va a desplegar sobre el régimen vigente del Derecho societario. En estas páginas, con fines fundamentalmente informativos, se ofrece una breve panorámica de los objetivos propios de cada uno de los Proyectos citados, destacando los aspectos societarios que incorporan, con la obvia advertencia de que la tramitación por la que debe atravesar puede introducir cambios en la redacción actual de los respectivos textos.

2. Creación y crecimiento de empresas: hacia las Sociedades Limitadas sin capital.

El primero de los Proyectos de Ley mencionados fue publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados ya hace algún tiempo, concretamente el 17 de diciembre de 2021, y, tras sucesivas prórrogas en los plazos de enmienda, según es costumbre parlamentaria en proyectos de esta naturaleza técnica, se encuentra actualmente en la fase final de su tramitación; esto es, aprobado ya en el Congreso de los Diputados y remitido a la segunda cámara, el Senado, para el debate final y la aprobación definitiva, que volverá a corresponder al Congreso, si el Senado introdujera alguna enmienda.

La Exposición de Motivos que desde el principio acompañó al Proyecto lo sitúa en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, señalando como objetivos principales “impulsar y facilitar la creación de empresas y fomentar su crecimiento”, especialmente en el ámbito de las pymes, y poniéndolo en relación con otras iniciativas legislativas, como el Proyecto de Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes, con efecto principal en la inscripción en el Registro Mercantil de Sociedades Limitadas, como luego se indicará, y el de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, ya aprobado y a punto de entrar en vigor, con importante incidencia en la reestructuración de empresas, con motivo de la trasposición de la Directiva europea de 2019 sobre marcos preventivos de reestructuración de empresas en crisis y segunda oportunidad. Todo ello venía a formar parte de los objetivos promovidos por la Unión Europea con el fin de afrontar los efectos de la pandemia en el tejido empresarial y de acometer reformas que facilitarían una rápida recuperación del tejido productivo; junto a los importantes recursos dispuestos en los Fondos vinculados a los denominados Planes NewGeneration UE, se trataba de impulsar reformas estructurales que permitieran su mejor aprovechamiento, sentando unas bases firmes para una nueva orientación de la economía, con esa doble caracterización (verde y digital) en que se ha puesto tanto énfasis.

En ese contexto tenía sentido establecer medidas dirigidas a facilitar la creación y el crecimiento de nuevas empresas, simplificando, entre otros aspectos, los procesos de constitución y de funcionamiento de sociedades mercantiles. Ese es el objetivo del Proyecto, cuyo contenido es ciertamente variado: afecta a la constitución de sociedades limitadas, al uso de la factura electrónica en las relaciones jurídico-privadas, al régimen de la unidad de mercado, al régimen de la lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales, a la

financiación participativa, e incluso a algunos aspectos de las Instituciones de Inversión Colectiva y de las Sociedades de Capital Riesgo.

Se trata de considerar aquí de forma especial los aspectos propiamente societarios, relacionados con el citado objetivo de facilitar y agilizar la creación de empresas con forma de Sociedad Limitada (SL), por ser éstas las sociedades de capital más frecuentes, más accesibles y más apropiadas para el inicio de actividades económicas de nivel inicial simple y de estructura sencilla. Cabe distinguir un doble conjunto de modificaciones: las referidas directamente a la Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido de 2010, y las que afectan a una Ley posterior, de 2013, en cierto modo complementaria, que ya en su momento pretendió agrupar medidas de apoyo, de muy diversa naturaleza, a emprendedores de tamaño reducido.

Las modificaciones en la Ley de Sociedades de Capital afectan principalmente a un núcleo tan básico de su estructura jurídico-económica como es la cifra de capital, y las consecuencias derivadas del principio de capital mínimo, previstas en los artículos 4, 4bis, 5 y 23. Ya anteriormente se había tratado de facilitar la constitución de sociedades limitadas permitiendo que el capital mínimo, entonces de 3.000 euros, se aportara de forma sucesiva. En adelante, el capital mínimo de la SL queda reducido a 1 euro (“no podrá ser inferior a un euro y se expresará precisamente en esa moneda”), cifra que sustituye los 3.000 euros que se venían exigiendo, aunque fuera de forma diferida en las llamadas SL de fundación sucesiva; desaparece, por tanto, esta figura, como también la llamada SL Nueva Empresa, que venía regulada desde hace tiempo, como una oferta un tanto prematura e intermedia de flexibilización que no alcanzó ningún éxito práctico.

En todo caso, se sigue considerando como objetivo alcanzar los 3.000 euros, aunque ya no como cifra de capital a la que haya que llegar obligatoriamente de forma diferida, sino como valor patrimonial mínimo de referencia. Por ello, mientras no se alcance, se mantienen dos restricciones de las que ya existían en la anterior figura de la fundación sucesiva: reserva legal del 20% del beneficio hasta alcanzar los 3.000 euros; complemento de responsabilidad personal y solidaria de los socios hasta 3.000 euros en caso de liquidación voluntaria o forzosa con insuficiencia patrimonial para satisfacer las obligaciones pendientes a los acreedores.

Las otras medidas comprenden la obligación de información de notarios e intermediarios sobre las ventajas de la constitución telemática de la Sociedad Limitada y la Sociedad Cooperativa, así como la obligación de disponibilidad notarial a través de la Agenda Electrónica Notarial, sin posibilidad de rechazar trámites de constitución a través de los instrumentos oficiales dispuestos al efecto (el Centro de Información y Red de Creación de Empresas, CIRCE, y el Documento Único Electrónico, DUE) y a los que se puede acceder desde los Puntos de Atención al Emprendedor, sea públicos o privados.

Las demás modificaciones, en la citada Ley de Apoyo a Emprendedores, de 2013, se refieren a la constitución telemática que se puede llevar a cabo desde los Puntos de Atención al Emprendedor, PAE, encargados de facilitar la creación de nuevas empresas.

Así, en la constitución de SL con escritura pública estandarizada y con estatutos tipo, que ya venía contemplada desde 2013, se añade la posibilidad de aportar documentos redactados en legua extranjera, con traducción al castellano y se mantiene la calificación registral en 6 horas, con remisión telemática de la escritura notarial digital; mientras que en la constitución con escritura pública estandarizada, pero sin estatutos tipo, una vez practicada la inscripción inicial en el plazo de 6 horas, la calificación para la inscripción definitiva, que estaba remitida a los plazos ordinarios, más amplios dependiendo de la complejidad de las cláusulas estatutarias a examinar, habrá de efectuarse en 5 días.

Finalmente, junto a otras modificaciones de detalle, se mantiene también la posibilidad de tramitar la extinción y cese de actividad de sociedades limitadas, e igualmente de empresarios individuales, a través de los PAE.

Cabe decir que la intencionalidad evidentemente positiva de estas medidas necesitará de una constatación cierta para valorar su real utilidad en la práctica. Ya hubo precedentes, aunque de menor entidad, que no la tuvieron en la forma esperada, teniendo en cuenta que, con frecuencia, los verdaderos obstáculos a la creación de nuevas empresas no son tanto societarios, ni está relacionados con la exigencia de un capital mínimo, sino que más bien derivan de otros requisitos administrativos, fiscales, etc., que, siendo necesarios, no se tramitan con la suficiente agilidad. Deberá, pues, tenerse en cuenta esta perspectiva en toda orientación facilitadora de las iniciativas empresariales, tanto si se acogen a forma societaria, como si lo hacen a otras figuras habilitadas en la legislación.

3. Un ecosistema para las empresas emergentes.

Las denominadas empresas emergentes, conocidas en el lenguaje internacional como “startups” constituyen una manifestación particular de empresas innovadoras, de base tecnológica, orientadas a la atracción de inversión y de talento. El segundo Proyecto de Ley, actualmente en tramitación parlamentaria, pretende ofrecer un marco normativo adecuado (el “ecosistema”) en que esas empresas puedan desarrollarse en condiciones favorables. Dicho marco normativo integra incentivos fiscales, facilidades para la atracción de inversión extranjera y para la captación y fidelización de talento (por ejemplo, reglas particulares de autocartera en sociedades limitadas para ejecutar planes de retribuciones), fomento de la compra pública innovadora por parte de las Administraciones, concesión de licencias especiales de prueba temporal para las actividades de las empresas emergentes, promoción de la colaboración público-privada y universitaria con estas empresas, acción estatal con medidas de apoyo, ayudas, divulgación de información, seguimiento y evaluación, etc. Dentro de ese amplio marco de favorecimiento, se incluyen también algunas medidas propiamente societarias, dirigidas de manera particular a empresas emergentes, con objetivo innovador y base tecnológica, que adopten la forma de sociedad limitada. Los artículos 12, 13 y 14 se refieren concretamente a ellas.

Se trata, en primer lugar, de acortar al máximo los trámites para la inscripción de actos y acuerdos en el Registro Mercantil, tanto el acto constitutivo (en 6 horas si se utilizan estatutos tipo), como cualquier otro acto o acuerdo que requiera inscripción (máximo de cinco días). De manera especial, se declaran inscribibles los pactos de socios, y las cláusulas estatutarias que contengan como prestación accesoria la suscripción de los pactos, con la garantía de que esos pactos, tan característicos de este tipo de sociedades (sobre todo, pactos sobre la atribución y el ejercicio de derechos políticos y sobre la adopción de acuerdos), sean conocidos por los socios firmantes y por los futuros que deban suscribirlos.

Se añade, además, que los emprendedores que se acojan a esa fórmula de SL con estatutos tipo especiales para ellas y con tramitación telemática, quedan exentos de aranceles notariales y registrales, por la escritura e inscripción, así como también de las tasas por publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Y como medida muy especial: es sabido que las sociedades en pérdidas cualificadas (el valor del patrimonio es inferior a la mitad de la cifra de capital) deben proceder a su disolución, o a la solicitud de concurso si son insolventes, salvo que adopten medidas de reconstitución patrimonial y de reintegración del capital, con la amenaza de responsabilidad

personal a sus administradores por las nuevas obligaciones que contraigan una vez conocida la causa de disolución. En el caso de las empresas emergentes la causa de disolución por pérdidas no empieza tener efecto hasta que no hayan transcurrido tres años desde su constitución, aunque si su situación fuera de insolvencia, deberá solicitar el concurso. Se evita así que, en una primera fase de implantación, puedan ya verse obligadas a disolverse si el proyecto empresarial tiene dificultades iniciales de viabilidad, de manera que se les concede un margen de flexibilidad y de negociación durante tres años, salvo que entren en situación de insolvencia actual y proceda solicitar el concurso, en el que podrán aún intentar la posibilidad de alcanzar un convenio con sus acreedores.

4. Avances en el proceso de digitalización societaria.

Finalmente, aprovechando la elaboración y presentación de un Proyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de la Justicia, de alcance mucho más amplio, puesto que pretende la transformación digital de la Administración de Justicia en su conjunto, se han incluido en él las medidas de digitalización societaria que venían obligadas por una Directiva Europea de 2019, sobre herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de Sociedades. A tal efecto, el Proyecto afecta a los tres instrumentos jurídicos más relevantes de la normativa societaria: el Código de Comercio, el Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Sociedades de Capital.

En el Código de Comercio se introduce la norma que debe asegurar la interconexión del Registro Mercantil español con el sistema de interconexión registral europeo, organizado en una plataforma central, de manera que cualquier interesado pueda acceder gratuitamente a los datos básicos de las sociedades inscritas (nombre, forma, sitio web, estado jurídico, objeto, órganos sociales y sucursales en cualquier Estado miembro).

En el Reglamento del Registro Mercantil se introduce la identificación de las sociedades y sus sucursales con un “identificador único europeo”, a la vez que se actualiza toda la regulación registral de la creación y cierre en línea de sucursales de una sociedad establecida en otro Estado miembro, la información societaria europea, tanto de sociedades como de sucursales, a la que se puede acceder a través de la plataforma central y el identificador único, así como la modificación digital de dicha información, con el máximo detalle de los datos que deben constar.

Por último, en la Ley de Sociedades de Capital, se introducen las definiciones básicas de los nuevos instrumentos digitales y se establecen las reglas esenciales de constitución de sociedades on line, referidas a sociedades limitadas, aunque se mantiene la posibilidad de utilizar otros procedimientos de constitución no telemática. El régimen de la constitución electrónica, o en línea, de la SL incluye también reglas particulares sobre los modelos electrónicos a utilizar, la realización on line de aportaciones dinerarias, la inscripción registral, los supuestos excepcionales en que, por razones de interés público o de comprobación efectiva de capacidad, quepa exigir la presencia física de los otorgantes, y, en fin, la eficacia en otros Estados de las inhabilitaciones vigentes e inscritas en cualquiera de ellos.

Este es, pues, el novedoso horizonte del Derecho societario español en el momento actual.

CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Hernán J. Racciatti

SUMARIO

Se sostiene que en el instrumento constitutivo de la SAS los socios disponen de una gran libertad en relación al reparto de poder entre órganos, y ello conlleva, igualmente, la posibilidad de establecer –con ciertas limitaciones– cláusulas que limiten la responsabilidad de los administradores.

PONENCIA

Introducción. Prevalencia del Instrumento Constitutivo.

Somos de la idea de que la SAS como nuevo tipo social, tiene la particularidad de ser un tipo que en su naturaleza es, por principio, flexible y ágil, y en el cual la autonomía de la voluntad juega un rol principal.

La concordancia de las normas propias de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), las palabras y finalidades de la misma (artículo 2 del CCCN) con el sistema de prelación normativa que establece el artículo 150 del CCCN, nos llevan a que en todo lo que refiera a la regulación de las SAS debemos considerar en primer término a las normas imperativas de la LACE, en segundo término a las normas imperativas del CCCN, luego a lo pactado en el instrumento constitutivo, y recién luego a las normas de la LGS y al título de las Personas Jurídicas del CCCN¹.

Adviértase que el artículo 150 en el inciso 1 remite a las normas imperativas de *ley especial*, en singular –que en nuestro caso es la LACE– y no de las *leyes especiales*, en plural, como sí lo hace el inciso 3, de donde concluimos que la aplicación de la LGS no podrá ser más que supletoria (tanto en sus normas imperativas como disponibles), y, en su caso, en la medida que sus normas y prerrogativas se concilien con la LACE (argumento artículo 2 del CCCN en relación a las palabras y finalidad de la Ley a los efectos de su interpretación), de modo de no desnaturalizar el régimen especial de la SAS, que se encuentra rodeado y condicionado por las finalidades de la LACE².

Partamos de la base que el artículo 33 de la LACE debe considerarse como de carácter im-

¹ Entre los autores que han establecido determinados órdenes de prelación normativa véase, MANÓVIL Rafael M., "Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades", en La Ley, boletín del 29/05/2019, pag 1 y siguientes; DUPRAT, Diego A., "Derecho de los socios en el marco de la SAS. Máximo ámbito de libertad contractual y de autorregulación", en *Hacia un nuevo Derecho Societario. Libro de Ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Editado por FDER, UNR, Rosario, impreso en Editorial Advocatus, Córdoba, tomo II, p. 952; SANCHEZ HERRERO Pedro, "Autonomía de la voluntad, normas imperativas y régimen supletorio en el gobierno de las SAS", en TR LA LEY AR/DOC/1071/2022; COSTE Diego y BOTTERI José (h), "Los límites a la autonomía de la voluntad en la sociedad por acciones simplificada", en La Ley, boletín del 07/03/2019, pag. 1; RAMIREZ Alejandro, "SAS. Sociedad por acciones simplificada", editorial Astrea, 2019.

² Conf. MARZORATTI Osvaldo J., "La renovación societaria en una ley para emprendedores. La génesis de la SAS. Sociedad por Acciones Simplificada", en ED, Tomo 272, pag 734; RAMIREZ Alejandro, ob cit en nota 1, pag. 96.

perativo ya que el mismo establece la creación de un *nuevo tipo* societario, inserto en una ley especial (la de LACE), con las características y alcance que son propios de la ley en que se encuentra regulado este tipo, y al establecer el marco normativo supletorio, **específicamente** le marca una limitación: ese régimen supletorio -la Ley General de Sociedades- será aplicable a la SAS solo en la *medida que su normativa se concilie con la letra y las finalidades de la LACE*.

Si se coincide que este artículo es imperativo, tal directiva no puede dejarse de lado a la hora de complementar las carencias de la LACE con las disposiciones de la LGS.

Unido ello, si ponderamos que el inciso 1 del artículo 150 refiere a que las personas jurídicas se rigen en primer término por las normas imperativas de **la** ley especial, y que no hay prelación normativa como para suponer que **la** ley especial que crea un nuevo tipo de sociedad (persona jurídica) no es otra que la LACE y no la LGS, ya que ambas son leyes federales de igual prevalencia (artículo 75 inciso 12 de la CN), tal circunstancia, nos permite dar sostén a la postura que hemos asumido desde un primer momento, en cuanto que la LGS es de aplicación supletoria en la medida que el instrumento constitutivo guarde silencio y siempre que sus normas *se concilien* con la letra y la finalidad de la LACE.

Por supuesto que tal autonomía de la voluntad tiene los límites que el CCCN establecen a la autonomía de la voluntad en materia de contratos, en tanto, tal como se a ponderado, el mismo ha establecido un sistema equilibrado donde pese a reconocerse a la libertad contractual como principio, la misma encuentra determinadas vallas legales que la contienen y sobre las cuales no se puede imponer³

La libertad de estructuración orgánica y la organización del poder.

Hemos opinado recientemente⁴ que la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) ha generado un cambio radical al sistema de asignación orgánica de competencias al cual veníamos acostumbrados en el ámbito de las sociedades por acciones⁵.

La ley reservaba a las reuniones de socios todas aquellas cuestiones que podríamos llamar *estructurales* y que fueron acordadas por los socios al momento de la constitución de la sociedad (queda al margen del concepto de cuestiones *estructurales* las vinculadas con la aprobación de los estados contables), dejando a cargo de los administradores aquellas cuestiones vinculadas con la *programación* de las propuestas y *utilización* de los recursos disponibles de la empresa, la *dirección* de esos planes y recursos, la *fase de ejecución* o implementación y puesta en marcha de la empresa (sería la fase de *gestión* en el sentido más estricto) y la fase *control* o *supervisión* de los procesos⁶, todo lo que podríamos englobar en el término *gestión*.

Sin embargo, como ya se ha señalado la LACE al regular la SAS delegó en los socios esta asignación de competencias (o funciones) que la LGS se había reservado para sí, lo que

³ Conf. GREGORINI CLUSELLAS Eduardo L., "Los contratos y las normas legales. Su nivel de imposición", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Contratos. Parte General, año 2016, 3, págs 61 a 87. Véase también, SCHNEIDER Lorena, "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en las sociedades comerciales. ¿Resulta válido dejar sin efecto los deberes de lealtad y diligencia en las SAS", en La Ley, boletín del 23/12/2021.

⁴ Ver, RACCIATTI Hernán J., "Sobre estructura orgánica y derechos de los socios en la sociedad por acciones simplificada (SAS)", en ED, diario del 12 de abril de 2022, págs 3 y siguientes.

⁵ Conf BALBIN Sebastián, "El órgano de gobierno y la cuestión de la competencia en la sociedad por acciones simplificada", en La Ley, diario del 24/02/22, pag 1 y siguientes.

⁶ Conf. PAZ ARES Cándido, "Perseverare diabolicum. (A propósito de la STS del 26/02/2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)", en InDret, 2/2018, pag. 37; ver también la clasificación del tipo de funciones que deben cumplir los administradores societarios en OTATEGUI Julio Cesar, "Administración Societaria", editorial Abaco.

⁷ BALBIN Sebastián, ob cit., en nota 5; también RACCIATTI Hernán J., ob cit en nota 4.

conlleva a concluir que también se ha otorgado a los socios la posibilidad de organizar libremente la distribución del poder entre los administradores y los socios.

Por supuesto que queda claro que ante la ausencia de regulación contractual, las facultades (o competencias) del órgano de administración son las propias de los gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada por específica remisión del artículo 49 de la LACE.

Ante este marco de disposiciones legales que suponen el otorgamiento de un amplísimo margen de libertad a los socios al momento de la negociación del instrumento constitutivo, de forma que lo acuerden conforme sus deseos y sus expectativas (y si ellas no son alcanzadas no ingresen a la sociedad), y la posibilidad de diseñar a su gusto las atribuciones que se le conceden y el funcionamiento del órgano de administración⁸, se les otorga también plena libertad para establecer las facultades, obligaciones, deberes y responsabilidades de los administradores, dentro de los límites de las normas imperativas del CCCN⁹

Entonces, somos de la idea que las normas que más reflejan esa libertad otorgada a los socios para diseñar, ellos mismos, la organización jurídica más apta para el desarrollo de sus negocios, son las referentes a la estructuración del financiamiento de la SAS, y aquellas que se ocupan de establecer la distribución del poder.

Atribución de poder (facultades), deberes y responsabilidad.

En la línea con lo expuesto, y la posibilidad concedida por los artículos 49 y 51 de la LACE a los socios de atribuir funciones o facultades -y, consecuentemente, poder- a los administradores, tenemos para nosotros que es dable acordar que la responsabilidad se vincule, enteramente, con esas funciones que se le atribuyen y su ejercicio efectivo.

Si la misma LGS prevé en relación a la responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada la posibilidad de que el Juez fije la parte que a cada uno corresponda en los perjuicios sufridos en relación con su actuación personal, no encontramos ninguna objeción en afirmar la posibilidad de establecer cláusulas limitativas de responsabilidad especiales y en orden a sus funciones¹⁰.

Las cláusulas limitativas de responsabilidad tienen relación directa con los deberes de lealtad y diligencia previstos por el artículo 159 del CCCN, y 59 de la LGS aplicable supletoriamente en caso de silencio del instrumento constitutivo.

¿Tiene el mismo significado hablar de cláusulas limitativas de responsabilidad que de dispensa de deberes?

El tema se vuelve particularmente interesante en comparación con sistemas societarios de otras países en los cuales se ha procurado otorgar al empresario u operador de negocios, organizaciones (“tipos”) societarias donde prevaleciera el principio de libertad contractual. En relación al tema que tratamos en EEUU la Delaware Limited Liability Company Act permite restringir o eliminar los deberes fiduciarios de los administradores, lo cual le ha otorgado, en conjunción con ciertos beneficios fiscales, una altísima popularidad¹¹.

⁸ En el derecho francés refiriéndose a la Société Par Actions Simplifiée se ha llegado a hablar que dicha circunstancia “...ètè inscrite dans son ADN...”, ver MONSERIE BOM Marie Elène, “Las SAS: 25 ans après”, Propos conclusifs, pag. 148, Lexis Nexis, 2019.

⁹ Puede verse en Francia en un profundo estudio sobre la responsabilidad de los dirigentes de la SAS, el artículo de AUBRY Helene, “La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée”, en Revue des Sociétés, año 2005, n° 4, pags 793 a 810.

¹⁰ Ver RAMIREZ Alejandro, ob cit., pag 250.

¹¹ Ver BUCHHOLZ Daniel, “Eliminating fiduciary duties in Delaware LLCs: A process focused approach to the analysis of waiver provisions”, Fla. St. U. Bus. Rev. 153 (2017), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3105519>. Particularmente interesante abordando este tema es la sentencia de la Court of Chancery of Dalaware, de febrero 1/2018 en el caso “Miller v HCP & Company”, al cual hemos accedido por gentileza de DUPRAT Diego.

Ahora bien, ¿podrían dispensarse los deberes de diligencia y lealtad en las SAS?

El deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios implica un patrón de conducta que debe seguir el administrador que implica capacidad técnica, experiencia y conocimiento, que deberán ser evaluados en el caso concreto teniendo en cuenta las dimensiones de la organización empresaria, las actividades desarrolladas por la sociedad, las funciones confiadas y las circunstancias en el supuesto concreto¹². Así, entonces, se configura como un tipo abierto o en blanco porque la conducta exigida no puede determinarse sin considerar su actuación concreta, la cual vendrá condicionada por sus funciones y dónde lo hace¹³.

Por su parte, el deber de lealtad en su consideración más simple consiste en anteponer los intereses de la sociedad a los intereses egoístas o personales del administrador. En términos negativos, viéndolo desde la *deslealtad*, la misma implicaría, a decir de Paz Ares, una actuación genérica que se caracterizaría por la desviación de valor de la esfera social a la esfera individual, motivada por la anteposición de los intereses propios a los intereses ajenos por los que el administrador debe velar¹⁴.

En nuestro derecho, tratándose de obligaciones propias de contratos paritarios o discrecionales, dentro del cual deberíamos incluir al instrumento constitutivo de una SAS al momento de su negociación, es posible pactar cláusulas de limitación de responsabilidad con efecto entre las partes, y, en nuestro caso, respecto de la sociedad¹⁵. Los límites estarían dados en materia aquiliana cuyo régimen es de orden público y no puede dejarse de lado, y por la prohibición de la dispensa anticipada del dolo del deudor o por las personas por las cuales debe responder, conforme el artículo 1743 del CCCN. Admitir la dispensa del dolo conllevaría a desnaturalizar el concepto mismo de obligación, que podría ser incumplida por el deudor sin consecuencias.

Pero téngase en cuenta que, así lo entendemos, las cláusulas limitativas de responsabilidad no implican una dispensa del deber de diligencia de un buen hombre de negocios del administrador, sino establecerlo en el ámbito de la responsabilidad, que puede estar limitado por un monto dinerario, vinculado a ciertas o específicas situaciones que pudieran perverse y establecerse en el instrumento constitutivo, o *disminuido* a su actuación con culpa. E insisto en ello, esto no significa que no deba actuar con la diligencia del buen hombre de negocios, sino que el patrón de valoración sobre si se alcanza o no tal cartabón de conducta habrá de ser menos estricto¹⁶

¹² Ver RACCIATTI Hernán J. y SALVATIERRA Leandro, "La responsabilidad de los administradores y la necesidad de determinar pautas objetivas de conducta en la toma de decisiones", en VII Congreso Argentino de Derecho Societario. III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo IV, pag 107, Buenos Aires, 1998.

¹³ Conf. VIVES RUIZ Fernando, "El alcance del deber de diligencia de los administradores sociales", en Derecho de Sociedades. Cuestiones sobre órganos sociales, pag. 648, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

¹⁴ PAZ ARES Cándido, "Anatomía del deber de lealtad", en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 39/2015, pag. 44. Conf., PIZARRO Ramón Daniel y VALLESPINOS Gustavo, "Tratado de Responsabilidad Civil", Tomo I, Parte General, pag. 88, editorial Rubinzal Culzoni.

Ver ALFARO AGUILA REAL Jesús, "¿Puede liberarse a los administradores de responsabilidad por negligencia?", en Almacén de Derecho, Blog del autor, entrada del miércoles 7 de febrero de 2018. Refiriendo al derecho argentino, tanto Ramirez como Schneider parecen admitir en las SAS, bajo ciertos parámetros, las cláusulas que limiten la responsabilidad.

LIBERTAD EN LOS SISTEMAS DE REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Hernán J. Racciatti

SUMARIO

Se sostiene que el instrumento constitutivo de la SAS puede fijar libremente el modo en que serán remunerado los administradores de la misma. Asimismo, se menciona la posibilidad que sea el propio órgano de administración el que disponga su remuneración en la medida que el instrumento constitutivo hubiera indicado pautas a seguir para determinar la remuneración. Finalmente, se sostiene que ante la ausencia de abordaje del tema de remuneración de administradores por el instrumento constitutivo, la misma deberá ser resuelta por asamblea de socios y será aplicable el artículo 261 de la LGS.

PONENCIA

Introducción. Prevalencia del Instrumento Constitutivo.

Somos de la idea de que la SAS como nuevo tipo social, tiene la particularidad de ser un tipo que en su naturaleza es, por principio, flexible y ágil, y en el cual la autonomía de la voluntad juega un rol principal.

La concordancia de las normas propias de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), las palabras y finalidades de la misma (artículo 2 del CCCN) con el sistema de prelación normativa que establece el artículo 150 del CCCN, nos llevan a que en todo lo que refiera a la regulación de las SAS debemos considerar en primer término a las normas imperativas de la LACE, en segundo término a las normas imperativas del CCCN, luego a lo pactado en el instrumento constitutivo, y recién luego a las normas de la LGS y al título de las Personas Jurídicas del CCCN¹.

Adviértase que el artículo 150 en el inciso 1 remite a las normas imperativas de *ley especial*, en singular –que en nuestro caso es la LACE– y no de las *leyes especiales*, en plural, como sí lo hace el inciso 3, de donde concluimos que la aplicación de la LGS no podrá ser más que supletoria (tanto en sus normas imperativas como disponibles), y, en su caso, en la medida que sus normas y prerrogativas se concilien con la LACE (argumento artículo 2 del CCCN en relación a las palabras y finalidad de la Ley a los efectos de su interpretación).

Partamos de la base que el artículo 33 de la LACE debe considerarse como de carácter imperativo ya que el mismo establece la creación de un *nuevo tipo societario*, inserto en una ley especial (la de LACE), con las características y alcance que son propios de la ley en que

¹ Entre los autores que han establecido determinados órdenes de prelación normativa puede verse Véase MANÓVIL Rafael M., "Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades", en La Ley, boletín del 29/05/2019, pag 1 y siguientes; DUPRAT, Diego A, "Derecho de los socios en el marco de la SAS. Máximo ámbito de libertad contractual y de autorregulación", en *Hacia un nuevo Derecho Societario. Libro de Ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario. X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, Editado por FDER, UNR, Rosario, impreso en Editorial Advocatus, Córdoba, tomo II, p. 952; SANCHEZ HERRERO Pedro, "Autonomía de la voluntad, normas imperativas y régimen supletorio en el gobierno de las SAS", en TR LA LEY AR/DOC/1071/2022; COSTE Diego y BOTTERI José (h), "Los límites a la autonomía de la voluntad en la sociedad por acciones simplificada", en La Ley, boletín del 07/03/2019, pag. 1; RAMÍREZ Alejandro, "SAS. Sociedad por acciones simplificada", editorial Astrea, 2019.

se encuentra regulado este tipo, y al establecer el marco normativo supletorio, **específicamente** le marca una limitación: ese régimen supletorio -la Ley General de Sociedades- será aplicable a la SAS solo en la *medida que su normativa se concilie con la letra y las finalidades de la LACE*.

Si se coincide que este artículo es imperativo, tal directiva no puede dejarse de lado a la hora de complementar las carencias de la LACE con las disposiciones de la LGS.

Unido ello, si ponderamos que el inciso 1 del artículo 150 refiere a que las personas jurídicas se rigen en primer término por las normas imperativas de **la** ley especial, y que no hay prelación normativa como para suponer que **la** ley especial que crea un nuevo tipo de sociedad (persona jurídica) no es otra que la LACE y no la LGS, ya que ambas son leyes federales de igual prevalencia (artículo 75 inciso 12 de la CN), tal circunstancia, nos permite dar sostén a la postura que hemos asumido desde un primer momento, en cuanto que la LGS es de aplicación supletoria en la medida que el instrumento constitutivo guarde silencio y siempre que sus normas *se concilien* con la letra y la finalidad de la LACE.

Libertad de estructuración orgánica.

Hemos opinado recientemente² que la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) ha generado un cambio radical al sistema de asignación orgánica de competencias al cual veníamos acostumbrados en el ámbito de las sociedades por acciones³.

La ley reservaba a las reuniones de socios todas aquellas cuestiones que podríamos llamar *estructurales* y que fueron acordadas por los socios al momento de la constitución de la sociedad (queda al margen del concepto de cuestiones *estructurales* las vinculadas con la aprobación de los estados contables), dejando a cargo de los administradores aquéllas cuestiones vinculadas con la *programación* de las propuestas y *utilización* de los recursos disponibles de la empresa, la *dirección* de esos planes y recursos, la *fase de ejecución* o implementación y puesta en marcha de la empresa (sería la fase de *gestión* en el sentido más estricto) y la fase *control* o *supervisión* de los procesos⁴ contable y societaria de la empresa social.

Sin embargo, como ya se ha señalado la LACE al regular la SAS delegó en los socios esta asignación de competencias (o funciones) que la LGS se había reservado para sí⁵.

Por supuesto que queda claro que ante la ausencia de regulación contractual, las facultades (o competencias) del órgano de administración son las propias de los gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada por específica remisión del artículo 49 de la LACE.

Ante este marco de disposiciones legales que suponen el otorgamiento de un amplísimo margen de libertad a los socios al momento de la negociación del instrumento constitutivo, de forma que lo acuerden conforme sus deseos y sus expectativas (y si ellas no son alcanzadas no ingresen a la sociedad), y la posibilidad de diseñar a su gusto las atribuciones que se le concedente y el funcionamiento del órgano de administración⁶, y particularmente el de

² Ver, RACCIATTI Hernán J., "Sobre estructura orgánica y derechos de los socios en la sociedad por acciones simplificada (SAS)", en ED, diario del 12 de abril de 2022, págs 3 y siguientes.

³ Conf BALBIN Sebastián, "El órgano de gobierno y la cuestión de la competencia en la sociedad por acciones simplificada", en La Ley, diario del 24/02/22, pag 1 y siguientes.

⁴ Conf. PAZ ARES Cándido, "Perseverare diabolicum. (A propósito de la STS del 26/02/2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)", en InDret, 2/2018, pag. 37; ver también la clasificación del tipo de funciones que deben cumplir los administradores societarios en OTAEGUI Julio Cesar, "Administración Societaria", editorial Abaco.

⁵ BALBIN Sebastián, ob cit., en nota 3; también RACCIATTI Hernán J., ob cit en nota 2.

⁶ En el derecho francés refiriéndose a la Société Par Actions Simplifiée se ha llegado a hablar que dicha circunstancia "...ètè inscrite dans

administración, se les concede también plena libertad para el establecimiento del sistema de remuneración.

Libertad de determinación del sistema de remuneración de los administradores de las SAS.

La LACE al regular sobre los administradores de la SAS no prevé un sistema de remuneración específico, ni establece límites de ningún tipo.

Sin embargo, no debemos pasar por alto que la LGS tampoco lo hace al regular la gerencia de las SRL cuya normativa resulta aplicable supletoriamente y en caso de silencio del instrumento constitutivo a los administradores de las SAS, debiendo considerarse la remisión del artículo 157 párrafo tercero de la LGS de ser aplicables a los gerentes de las SRL los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que son establecidos para los directores de las sociedades anónimas.

Entonces, como primera reflexión ante la ausencia de normativa específica, y dando prevalencia a la libertad contractual al momento de negociar el instrumento constitutivo, podemos concluir que cualquier modo de remuneración que se estableciera sería válido⁷.

Un administrador de SAS podría percibir, incluso acumulativamente si así se pactara, distintos tipo de retribución.

Así, podría ser que tuviera una asignación dineraria por asistencia a las reuniones del órgano de administración, por prestación de servicios particulares o especiales, por relación de dependencia, o, incluso, ser retribuido con acciones de la misma SAS que administra (siempre que no se violaran normas propias del Derecho del Trabajo).

La retribución que se acuerde podría ser fija o variable, o ser establecida por objetivos, o, como lo establece el artículo 261 de la LGS, conforme y en proporción de las utilidades sociales (antes o después de impuestos)⁸ sea que esas ganancias se repartieran como dividendos o no.

En estos casos, el instrumento constitutivo estaría disponiendo el modo de remunerar, correspondiendo también que establezca, para evitar conflictos, cuál debe ser el órgano que fije el quantum remuneratorio.

¿Podría el el instrumento constitutivo dejar al administrador la fijación de su propia remuneración?

Como lo dijimos, el instrumento constitutivo determinaría el sistema de remuneración pero difícilmente se establezca el quantum o monto dinerario. No decimos que ello no podría establecerse a través de una moneda fuerte o fijándose la repotenciación de la suma dineraria con los aumentos que se dispongan para trabajadores del sector en que la sociedad desarrolle su actividad, u otra fórmula que pudiera utilizarse, pero en pos de evitar la publicidad y la rigidez de una cláusula estatutaria de ese tipo, lo cierto, es que difícilmente ello ocurriera o fuera aconsejado.

Pero la pregunta a hacernos es si, establecido el sistema remuneratorio contractualmente, el quantum de la remuneración, en su caso, podría quedar librado al decisión del propio órgano de administración.

son ADN...", ver MONSERIE BOM Marie Elène, en "Las SAS: 25 ans après", Propos conclusifs, pag. 148, Lexis Nexis, 2019.

⁷ ver Arecha Tomás J., "Remuneración del Administrador de la Sociedad por Acciones Simplificada", en <https://abfa.com.ar>, updated on 12 mayo 2021

⁸ Ver sobre los distintos modos de retribuir a los administradores de una SAS en Francia, GERMAIN Michelle -PÉRIN Pierre Louis, "SAS. La société par actions simplifiée", pags. 413 y 414, Joly Editions, 2016.

Consideramos que más allá de la inconveniencia del sistema, el instrumento constitutivo podría delegar en los administradores que sean ellos mismos los que determinen su remuneración conforme y dentro de las pautas del sistema que ha sido instaurado contractualmente (en el instrumento constitutivo)⁹.

Se podría alegar contra esta posición la existencia de un conflicto de intereses, pero no olvidemos que existe jurisprudencia¹⁰ que ha entendido que los socios que son a su vez administradores pueden votar sus propias remuneraciones en la medida que no excedieran las pautas del artículo 261 de la LGS¹¹.

Y vemos mucha similitud con este supuesto donde el administrador fija su remuneración (en su valor) conforme y dentro de parámetros que fueron establecidos por los socios en el instrumento constitutivo.

Así, desde el análisis de riesgo de oportunismo y expoliación de los dividendos de los accionistas no directores, la limitación contractual no difiere sustancialmente de la existencia de una limitación legal como la ordenada por el artículo 261 de la LGS.

Queda claro, no obstante, que esta enorme libertad impone la disposición de un sistema de controles adecuado por los socios para evitar los abusos (por ejemplo, copia de esas decisiones y acuerdos deberían poder ser de simple acceso por los socios), y los conflictos posteriores.

Entendemos que la desaprobación de los estados contables (artículo 69 LGS) -y ello siempre que contractualmente no se hubiera dispuesto dejar, también, el tratamiento de los mismos en manos del propio órgano de administración- no sería un modo o medio apto para la impugnación, dado que los estados contables estarían reflejando un monto aplicado a remuneraciones de administradores que sería cierto y veraz. En definitiva, el desacuerdo sería con determinación del monto, y no con los estados contables que no harían más que reflejar, correcta y verazmente, la suma, eventualmente abusiva, que se hubiera fijado, en concepto de remuneración, los administradores.

Solo quedaría la posibilidad de cuestionar la retribución fijada en base a los principios generales del derecho que ataquen o la violación de los límites estatutarios o, si ello no ocurriera, el abuso, la adecuación al mercado y la razonabilidad¹².

Ante la inexistencia de regulación estatutaria, ¿es aplicable el artículo 261 de la LGS?

Conforme al régimen de prelación normativa que hemos mencionado al comienzo de este trabajo, estimamos que ante el silencio del instrumento constitutivo y la ausencia de disposiciones específicas en la LACE -tal como fue dicho- le son aplicables a la SAS las normas propias de la LGS.

De la remisión que hace la LACE al régimen de SRL en materia de administración la determinación de la remuneración de los administradores corresponderá a la reunión de socios y será aplicable el artículo 261 de la LGS y sus límites.

⁹ Ibidem, pag. 415.

¹⁰ Cámara Nacional Comercial, Sala C, "Comisión Nacional de Valores c/ Laboratorios Alex SA", en ED, Tomo 153, pag. 680, y la misma Sala C en autos "Leotta Rodolfo c/ Bevcar Antonio s/Sumario", citado por ODRIOZOLA Carlos S, "Los artículos 248 y 251 L.S., y las acciones de resarcimiento y de impugnación", en VI Congreso Argentino de Derecho Societario. II Congreso de Derecho Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Tomo I, pag. 119, Mar del Plata, Octubre de 1995.

¹¹ En doctrina, véase a favor, ARECHA Tomás J., "La aprobación de la remuneración en exceso del art. 261 LGS puede considerarse un presupuesto de "interés contrario" del accionista que reviste a su vez, la calidad de director de la sociedad", en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016 en contra, ZALDIVAR Enrique, MANOVIL Rafael, RAGAZZI Guillermo, ROVIRA Alfredo, "Cuadernos de Derecho Societario", Volumen III, pag. 463.

¹² ver ARECHA Tomás J., ob cit. en nota 7, pag. 12.

ALCANCE DE LA SUPLETORIEDAD DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Alejandro H. Ramírez

SUMARIO

La SAS adoptó como eje central de su regulación a la autonomía de la voluntad. Por lo que la mayoría de sus propias normas son supletorias de aquellas que decidan incorporar los socios en los instrumentos constitutivos, aplicando aquellas solamente ante el silencio de los socios, siendo las partes libres para determinar el contenido.

La LACE establece para la SAS un régimen separado del de el resto de los tipos societarios, creando un microsistema especial para la SAS, al cual se le aplican supletoriamente -ante el silencio de las partes- las normas de la LGS, sólo en cuanto se concilien con la LACE.

Al analizar las remisiones generales a la LGS podemos ver que en ciertos sentidos otorga diferentes soluciones si estamos ante una *sociedad por acciones* o frente a una de otro tipo. No obstante, al legislarse la Ley N.º 19.550 el legislador no podría haberse referido nunca a la SAS (legislada cuatro décadas más tarde). Por ello, cuando la LGS se refiere al género «sociedades por acciones» no incluye a la SAS, sino que se refiere únicamente a las sociedades por acciones reguladas dentro de la propia LGS.

I. Introducción

La SAS, retomando los objetivos originarios del derecho societario, adoptó como eje central de su regulación a la autonomía de la voluntad. Por lo que incluso la mayoría de sus propias normas son supletorias (*default rules*) de aquellas que decidan incorporar los socios en los instrumentos constitutivos, aplicando aquellas solamente ante el silencio de los socios (*opt out*)¹, siendo las partes libres para determinar el contenido de sus contratos (art. 958 CCyCN). Esta libertad resulta necesaria para que los socios puedan establecer las normas específicas que regulen sus necesidades particulares². De lo contrario, limitar la autonomía de la voluntad en muchos casos llevaría a la imposibilidad de que los socios pudieran ajustar sus contratos a sus necesidades o realidades, lo que forzaría a buscar atajos no siempre eficaces, utilizando alguna intrincada y complicada estructura contractual para sortear las restricciones –acuerdos parasocietarios, socios de cómodo, etc.- y recurriendo a peticiones anacrónicas del ordenamiento (por ejemplo: pluralidad de socios, objeto social limitado, capital social suficiente, cláusulas que limiten la transferencia de acciones, etc.)³.

En la doctrina norteamericana la cuestión de la libertad y la rigidez del tipo se definen con gran elocuencia, al sostener que *one size does not fit all*, es decir, «una sola estructura no es adecuada para todos», por lo que son los propios socios quienes mejor pueden regular

¹ AVRES y CERTNER; "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 1545, 1989.

² Hadad, Lisandro; "La La comunidad de riesgos en el derecho de sociedades. Desde la sociedad comercial a la S.A.S."; La Ley 2022-D

³ REYES VILLAMIZAR; "The organization of American States Model Law on Simplified Corporation", trabajo presentado en Paul M Hebert Law Center, Louisiana State University, Center for Civil Law Studies, 39th Lecture, 2017.

sus relaciones societarias⁴, y no el legislador. Las normas de sociedades con tipología similar a la SAS deben regularse de forma dispositiva y no imperativa⁵, y dejar librado a los socios la búsqueda de las mejores herramientas que mejor se adapten a sus empresas. Aclarado esto, es necesario analizar ante el silencio de los socios, cual resulta el régimen supletorio aplicable a la SAS, y cómo juega su prelación entre las diferentes disposiciones contenidas, las remisiones que realiza y las cláusulas que decidan incorporar los socios. La propia ley 27.349 (LACE) en sus arts. 33 y 49 regula el orden de prelación normativa que se debe aplicar a la SAS, con diferencias según se trate de la parte general de la SAS o de sus órganos.

Podemos ver que la SAS fue creada expresamente “con el alcance y características previstas” en la LACE (art. 33). Es decir, se deja expresamente establecido el régimen separado del tipo societario SAS del resto de los tipos societarios del ordenamiento argentino. Así, se crea un microsistema especial para la SAS, al cual se le aplican supletoriamente -reiteramos, ante el silencio de las partes- las normas de otro microsistema, como es la ley 19.550 (LGS)⁶.

Luego de esta aclaración, la LACE prosigue y determina que será de aplicación supletoria la LGS, solo en cuanto se concilie con la LACE—difiere del proyecto original que limitaba aún más la aplicación de la LGS⁷—, con fuente en la ley de SAS francesa⁸.

El propio art. 33, al hacer referencia al alcance de la LACE, incluye el art. 36, el que abarca las normas que los socios hayan pactado en el instrumento constitutivo. Es decir al prevalecer la LACE por sobre la LGS, y teniendo en consideración que la LACE dispone que prevalece las normas pactadas por los socios aún sobre las de la LACE, en la SAS la autonomía de la voluntad prevalece frente a la LGS, la cual se aplicará solo ante el silencio de los socios.

El art. 49 LACE, a diferencia del 33, hace referencia expresa a la aplicación supletoria de las normas de la SRL en lo referente a la organización interna de la SAS, pero siempre desta-

⁴ La sociedad es un conjunto complejo de contratos y cláusulas, tanto explícitos como implícitos, y el derecho societario les permite elegir a las partes las cláusulas acordes a los riesgos y oportunidades que decidan enfrentar en dicha sociedad y de todas las que puede llegar a ofrecer una gran economía, de ahí que ningún conjunto de cláusulas será el mejor para todos y por ello es que se justifica la estructura «habilitadora» del derecho societario. Cfr. EASTERBROOK y FISCHEL; “The Corporate Contract”, Columbia Law Review, 1989. De la misma forma se ha dicho que «las leyes societarias, muchas veces intentan que las sociedades cerradas, que están en manos de unos pocos accionistas, utilicen el mismo ropaje legal que usan las sociedades abiertas, que cotizan. Pero es un error. Es probable que los accionistas de una sociedad cerrada se consideren socios que registrarán sus empresas para obtener una responsabilidad limitada o, a veces, por razones tributarias. A menudo encuentran que las leyes societarias de administración centralizada y control mayoritario están en desacuerdo con sus expectativas de igualdad descentralizada. Es posible que se pregunten por qué no pueden simplemente administrar su empresa de la forma que ellos mismos acuerden» Cfr. PALMITER y PARTNOY; *Corporations: A Contemporary Approach*, West, 2010, 1001.

⁵ PAZ-ARES; «¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)», en PAZ-ARES, *Tratado de la Sociedad Limitada*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, p. 163.

⁶ ARAYA; «Prelación de las normas del microsistema societario», ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), p. 32.

⁷ El art. 33 fue modificado en la Cámara de Diputados. El texto original del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo establecía que «serán de aplicación las disposiciones del Capítulo I de la Ley General de Sociedades N.º 19.550, en cuanto se concilien con las de esta ley y la naturaleza de la S.A.S., sin perjuicio de lo previsto en el art. 49 de la presente». Este artículo solo hacía remisión al capítulo I de la LGS, y siempre y cuando se conciliara con esta ley y con la naturaleza de la SAS, cuya fuente fue el art. 118 de la Ley N.º 20.337 de cooperativas, —misma referencia hace la SpA chilena en su art. 424. Al fundamentar su moción de reforma el diputado RAFFO sostuvo que «el art. 33 establece el principio de la aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades, pero restringe dicha aplicación a que no contraría la naturaleza de las sociedades. Quienes hemos transitado por el derecho sabemos que cuando se comienza a discutir la naturaleza de una institución jurídica se ingresa fácilmente en un pantano del que luego cuesta salir. Para simplificar esto, habría que suprimir la referencia a la naturaleza de la sociedad. Debería quedar simplemente la aplicación supletoria de la ley de sociedades en cuanto no contraría la ley. Si es supletoria, obviamente no la va a contrariar. Además, se resolvería otro problema vinculado con el aumento de capital, ya que en este proyecto de ley no se prevé el derecho de preferencia de los socios para participar en los sucesivos aumentos de capital que impiden que el socio mayoritario licue el capital del socio minoritario. Si tenemos que estar a la naturaleza de la determinación de la sociedad para ver si se aplica o no la ley de sociedades, estamos en un problema. En cambio, si la aplicación es supletoria, este problema se resuelve lisa y llanamente. Por eso, pido que se elimine de este artículo la referencia a la naturaleza de las sociedades anónimas simplificadas», lo cual fue aprobado (H. Cámara de Diputados, versión taquigráfica).

⁸ El art. L227-1 de la SAS francesa hace referencia a normas compatibles de la Sociedad Anónima.

cando que la SAS mantiene la prevalencia de las normas pactadas por los socios por sobre las normas de la LGS relativas a la S.R.L.

En relación a lo referido —sin olvidar que la LACE es una ley especial y posterior—, deriva en que son aplicables a la SAS algunas de las disposiciones de la LGS⁹ de forma supletoria ante el silencio de los socios, siempre que sean conciliables.

Por último, al analizar las remisiones generales a la LGS podemos ver que en ciertos sentidos otorga diferentes soluciones si estamos ante una sociedad por acciones o frente a una de otro tipo¹⁰. No obstante, al legislarse la Ley N.º 19.550 el legislador no podría haberse referido nunca a la SAS (una sociedad legislada *cuatro décadas* más tarde). Es por ello que debemos concluir que cuando la LGS se refiere al género «sociedades por acciones» no incluye a la SAS, sino que se refiere a las sociedades por acciones reguladas por la propia LGS: Sociedad Anónima y Sociedad en Comandita por Acciones. De todas formas, nada impide que los socios en ejercicio de su libertad contractual pacten incorporar otras normas de la LGS que no se aplicarían ante su silencio (*opt in*).

⁹ Según MARZORATI «esas normas son de interpretación restrictiva para evitar la desnaturalización del régimen especial de la S.A.S., porque no es un régimen estrictamente jurídico como el vigente para el resto de las sociedades, sino interferido permanentemente por normas económicas del régimen del emprendedor que la rodean y la condicionan»; Cfr. «La renovación societaria en una ley para emprendedores. La génesis de la S.A.S. (Sociedad por Acciones Simplificada)» ED, 272, 734

¹⁰ Ejemplos de ello son las normas de los arts. 12, 30, 37, 55, 62, 70, 73, 95 y 110 LGS.

¿PUEDEN FUSIONARSE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES?

Diego Alberto Rapoport

SUMARIO

Las sociedades de la Sección IV pueden ser objeto de fusión. Ello surge del juego armónico de las normas de los Artículos 21 a 26, 82 a 87, 94 inciso 7) y 98 de la Ley General de Sociedades. Como efecto de la fusión la nueva sociedad absorbente o fusionaria deberá constituirse, en tal caso como una sociedad de las del Capítulo II.-

1.- Breve introducción a las sociedades de la sección IV de la Ley General de Sociedades.-

La Ley General de Sociedades – en adelante la L.G.S.- se estructura en dos capítulos, por una parte las sociedades típicas incluidas dentro del CAPITULO II de la mencionada norma, y por el otro todas aquellas que no se constituyan con sujeción a los tipos del mencionado Capítulo II, que omitan requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley.- El pregonado principio de autonomía de la voluntad sobre el cual el legislador del Código Civil y Comercial pretendió ampliar a lo largo de varias de sus normas se extendió a la reforma de la Ley 19.550, de tal forma que las Sociedades de la Sección IV son un claro producto de este principio, ello, sumado a otras razones de orden jurídico que generaron la flexibilización del marco de tipicidad absoluta imperante hasta el 2015, lo cual también devino en un cambio de paradigma.-

Como consecuencia de lo expuesto en la Sección IV se pueden incluir una amplia gama de sujetos personificados de naturaleza societaria que van desde las sociedades con contratos verbales, es decir sin ningún tipo de instrumentación (sociedades de hecho), pasando por sociedades atípicas, irregulares, con simples contratos escritos y toda otro negocio societario cuya instrumentación no puede ser incluido dentro del Capítulo II.

No podemos obviar que la reforma legislativa si bien en algún punto puede generar cierta inseguridad jurídica, no es menos real que en determinados aspectos puede considerarse que mejoró la situación de estas figuras societarias, como por ejemplo en torno a la oponibilidad de las cláusulas entre los socios y respecto de los terceros que las conocieron al momento del nacimiento de la/s relación/es obligacional/es o como consecuencia de aquella/s.-

La amplia variedad de formas que pueden ser comprendidas e incluidas en la Sección IV, tienen todas ellas un rasgo en común, la falta de inscripción en el Registro Público.-

2.- Efecto constitutivo de la inscripción.-

La L.G.S. otorga esta consecuencia a la inscripción del acto constitutivo de la sociedad en el Registro Público. Sólo a partir del tal acto, las cláusulas del contrato social o estatuto pueden ser opuestas erga omnes, *considerándose regularmente constituida a la sociedad sólo desde ese momento (art. 7º de la L.G.S., en el mismo sentido que en la redacción de*

la Ley 19.550, en su forma original)¹

El artículo 82 es otro de los supuestos a los cuales la Ley de Sociedades otorgó un efecto constitutivo ya que estableció: “La nueva sociedad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, (el subrayado nos pertenece) o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante.” La propia Ley de Sociedades se encarga de darle a otras inscripciones sólo efectos declarativos y publicísticos tanto en el supuesto del artículo 12 como en el supuesto del artículo 60.-

3.- La fusión.-

La fusión “aparece como un negocio complejo, integrado efectivamente como un acto de esa clase (corporativo o social), y no como un mero pacto o contrato convenido entre las sociedades que se fusionan que integran aquel acto”² Los distinguidos juristas rechazan, en definitiva la postura contractualista, por la complejidad del conjunto de actos intrasocietarios y los acuerdos entre las sociedades que prepararán el camino a la fusión.

En efecto, la fusión requiere de una serie de pasos previos que desembocarán, de llevarse a cabo en la forma prevista por la Ley y los acuerdos previos, en la creación de un nuevo ente que adquirirá personalidad jurídica por efecto de la inscripción ante el Registro Público.

La fusión implica la sucesión del universo patrimonial a la nueva sociedad fusionaria o a la absorbente y la disolución sin liquidación de las sociedades que se fusionan o de la absorbida.- La inscripción del acuerdo definitivo de fusión y el contrato social o estatuto de la sociedad que nace por dicho acto produce, por expresa disposición del artículo 82, la transferencia del patrimonio de las sociedades partícipes que se disuelven o la incorporación a la ya existente.- En consecuencia, la sociedad fusionaria adquiere con la inscripción su patrimonio propio, y por ende, la personalidad jurídica societaria. Ello, sin necesidad de acto adicional alguno por parte de los administradores societarios de las sociedades que se disuelven ni de la propia sociedad fusionaria.-

Siendo ésta una clara y única excepción al principio general contenido en la Ley que emana de los artículos 1, 2, 21, 183 y cctes. de la L.G.S.

4.- Fusión, disolución y subsanación.-

Conforme lo establece el Artículo 94 inciso 7) la fusión actúa como una causal de disolución sin liquidación.-

También por efecto de lo dispuesto por el Artículo 98 las Sociedades de la Sección IV deben inscribir su disolución, sin importar la causa que la motive. Ello, aunque lo expresado en el texto del Artículo 98 en cuestión no se haya adecuado en su terminología a la nueva redacción de la Sección IV.-

La “subsanación” pregonada por el nombre dado al instituto es acorde con la finalidad que, a primera vista, resulta del texto legal; es decir, la reparación de los defectos sustanciales o formales que determinaron la inclusión de la sociedad en el estatuto común de la Secc. IV, para permitir su continuidad como la figura típica del Cap. II originariamente pretendida.³

¹ Nissen, Ricardo Augusto, *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad Hoc, p. 145).

² Richard y Muiño, *Derecho Societario*, Ed. Astrea, p. 833.

³ Zunino, Jorge Osvaldo, *La Simple sociedad*, Ed. Astrea, 2018, pags. 90 y 91

Entendemos que el procedimiento de fusión puede llevarse adelante tratándose de sociedades de la Sección IV, sin impedimentos, hasta la inscripción del acuerdo definitivo de fusión, del acto constitutivo y estatuto de la sociedad fusionaria.

Nada impide tampoco que los acreedores sociales de las sociedades fusionantes o la absorbida, pueden ejercer el derecho que les otorga el Artículo 83, inc. 3) de la L.G.S.-

A su vez, en el supuesto de la fusión por absorción no bastaría inscribir el aumento de capital, sino además deberá procederse conjuntamente a la “subsanción” de la sociedad absorbente.

5.- Conclusión.-

En el acuerdo definitivo de fusión y del acto constitutivo, contrato social o estatuto, la transferencia patrimonial al nuevo ente o a la sociedad absorbente se produce a partir de dicha inscripción, y en el caso específico de la fusión propiamente dicha, lo dota de patrimonio como condición fundamental para la existencia de la persona jurídica societaria.-

Es dable afirmar entonces, que en consonancia con lo dispuesto en el Artículo 22, toda vez que el contrato puede ser invocado entre los socios (en realidad la Ley debió decir las cláusulas y entendemos que ellas se refiere), el procedimiento de fusión podrá llevarse a cabo. Lo mismo resulta aplicable respecto de los terceros (en este supuesto la o las otras sociedades que participan del proceso de fusión) que las conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. Como así también la invocación por parte de los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

Pero la consecuencia de dicha fusión es que la sociedad fusionaria o absorbente deberá sí constituirse como una del Capítulo II.-

Podría también, en tal caso considerarse, que la fusión pueda tener los alcances de la “subsanción” en los términos del Artículo 25 de la L.G.S., que debe por disposición de la norma en cuestión ser resuelta unánimemente, con lo cual también las sociedades que participen de la fusión adoptarían tal decisión, también, en forma unánime. Ello, sin perjuicio del derecho a retirarse (la ley utiliza el término receso, el cual no resulta adecuado) que le cabe al o los socios disconformes.-

La subsanción cumplida tendrá como consecuencia, en relación con la sociedad, la regularidad como noción que debe entenderse en un sentido amplio. Esta afirmación exige precisar que previamente se han removido los defectos, suplido las omisiones o adoptado un tipo del Capítulo II y se procederá a la inscripción en el Registro Público que corresponda, según haya o no sucursales, en cumplimiento de lo que disponen los arts. 5 y 6 y con las consecuencias del art. 7 LGS. No es posible suponer que la subsanción tenga finalidad diferente, porque si así fuera, la sociedad podría haber seguido operando sin alteraciones y regida por las reglas de la Sección IV.4.

Bibliografía

BARREIRO, Rafael F., Reformas incorporadas al a Ley General de Sociedades. Sociedades atípicas, informales y otros supuestos, LA LEY 02/11/2016, 02/11/2016, 1 - LA LEY2016-F, 641 - Enfoques 2016 (diciembre), 16/12/2016, 57

NISSEN, Ricardo Augusto, *Curso de Derecho Societario*, Ed. Ad Hoc, primera reimpre-

⁴Barreiro, Rafael F., Reformas incorporadas al a Ley General de Sociedades. Sociedades atípicas, informales y otros supuestos, LA LEY 02/11/2016, 02/11/2016, 1 - LA LEY2016-F, 641 - Enfoques 2016 (diciembre), 16/12/2016, 57 Cita: TR LALEY AR/DOC/3282/2016

sión, 2000

RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel *Derecho Societario, Sociedades comerciales, civil y cooperativa* Ed. Astrea, 4° Reimpresión, 2002

ZUNINO, Jorge Osvaldo, *La Simple sociedad*, Ed. Astrea, 2018

PLANIFICACIÓN PATRIMONIAL Y SUCESORIA EN LAS SOCIEDADES DE FAMILIA

Eugenio A. Rositto

SUMARIO

La planificación sucesoria y patrimonial con fines de transmisión de la empresa de familia implica establecer en el presente pautas que habrán de aplicarse en un futuro incierto con el objetivo de garantizar la estabilidad y continuidad de la empresa familiar. La planificación sucesoria en una empresa familiar opera como un mecanismo de prevención de conflictos y favorece a su continuidad. La sociedad familiar es una realidad y posee un gran protagonismo en nuestro país, si bien no se encuentran receptadas directamente por nuestra legislación merecen un tratamiento integrador y transversal del derecho con la finalidad de asegurar su viabilidad y permanencia. El derecho societario moderno debe atender las necesidades de la empresa de familia a través de diferentes herramientas e institutos jurídicos para su funcionamiento y permanencia.

I.- INTRODUCCION.

La empresa familiar es un fenómeno en crecimiento en nuestro país, no posee un marco regulatorio propio, por lo que resulta de suma importancia fortalecerla en el ámbito jurídico. Hoy nos encontramos en un proceso de simplificación y flexibilización del derecho societario, sustentado en la autonomía de la voluntad, pero el derecho societario se vincula con otras ramas del derecho y con una función integradora se enfrenta para la planificación patrimonial y sucesoria con el derecho sucesorio, de familia y contractual.

El Código Civil y Comercial se organiza sobre las bases de la constitucionalización del derecho privado, el respeto a la autonomía de la voluntad incorporando algunas normas que regulan o facilitan el desarrollo de la explotación de una empresa familiar. La postmodernidad ha llevado a una resignificación de la teoría general del contrato, a fin de brindar instrumentos que exige la actualidad.

El propósito de esta ponencia procura plantear la importancia de la planificación con fines de transmisión de la empresa familiar, intentando ponderar de manera integradora las herramientas e institutos jurídicos que aporta el derecho societario en su relación con el derecho de familia, sucesorio y contractual. Además, tener en cuenta que en una planificación patrimonial y sucesoria hay que tener en cuenta aspectos tributarios y la especificidad de la empresa de familia y lo interdisciplinario de su tratamiento. Quien desea mantener una empresa tiene la obligación de preparar a las nuevas generaciones para asumir los roles que correspondan, sean en la dirección, en su gerenciamiento o en su calidad de propietario.

II.- Armonización de las normas de derecho societario, sucesorio, familiar y contractual.

La planificación sucesoria se inscribe dentro del marco del diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, contractual, sucesorio y el derecho de familia, revistiendo el tema especial motivación, dada la importancia social que reviste la planificación de la transmi-

sión hereditaria, al constituirse un certero mecanismo de prevención.¹ Agregó el aporte del Derecho societario cuando nos encontramos con una sociedad familiar.

El derecho de familia es un derecho imperativo y que las partes no pueden renunciar a sus derechos y deberes familiares, mientras que el derecho civil económico es un derecho de autonomía donde los particulares son libres de gestionar su patrimonio. En el derecho de sucesiones por ser un derecho interdependiente del derecho de familia y del derecho patrimonial tiene que mantener un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía.² El instituto de la planificación sucesoria, nos invita a pensar diferentes preguntas: para qué sirve, cuales son las diferentes manifestaciones que puede presentarse y los límites que reviste en nuestro derecho positivo, de que instrumentos se vale y las consecuencias de su utilización, entre otros.

Planificación sucesoria y patrimonial de la empresa familiar.

Entendemos que es un proceso que permite una transmisión hereditaria sustentada en los deseos e intereses del heredante y la protección de las necesidades de su entorno afectivo en un marco de equidad.³ en dirección al cumplimiento de su objetivo. Es un proceso y un conjunto de actos organizados para tal fin y con un encuadre específico para cada sociedad familiar.

Se planifica para concretar una transmisión no traumática de los emprendimientos familiares, es un proceso interdisciplinario, ya que intervienen diferentes profesionales.

Este último supuesto es de sumo interés en materia societaria, ya que de manera relevante se quiere evitar que la muerte de alguno o varios de sus titulares pueda poner en riesgo la estructura de un bien tan valioso económica y socialmente como la empresa familiar. Destacamos acá la innovación que el nuevo Código trae respecto al art. 1010 segundo párrafo. (pacto de herencia futura permitido).

III.- Empresa familiar.

Podemos definir a la empresa familiar, como un tipo especial de sociedad que se conforma cuando una familia es propietaria y administradora de una empresa y sus integrantes poseen vocación de continuidad y permanencia. La diferencia fundamental con otros tipos de empresas es que en la empresa familiar se presentan valores comunes entre los miembros de la familia que generan un mayor nivel de compromiso y fidelidad, sobre todo en tiempos difíciles.⁴ Algunas de las características son: la propiedad de la empresa está concentrada en un grupo familiar; a medida que se produce el tránsito generacional, la propiedad se divide en ramas o grupos de parentesco; algunos miembros del grupo familiar participan en el gobierno o, en su caso, en la gestión de la empresa; hay vocación de continuidad en la propiedad y gestión de la empresa que permita la incorporación de las sucesivas generaciones.

En nuestro país no se regula de manera específica a la empresa de familiar pero a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial existen institutos jurídicos que la fortalecen: pacto de herencia futura permitido, reducción de la legítima, atribución preferencial, contratos asociativos, matrimonio con régimen de separación de bienes, cláusulas estatutarias, reglamentos, testamentos, donaciones, seguros de vida, sociedades, contrato de fideicomiso,

¹ Hernandez, Carlos- Iglesias, Mariana. "Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010). RDCO 272,30/06/2015, 709.

² Medina, G. "Derecho de sucesiones y principios del Código Civil y Comercial. AR/DOC/3392/2015.

³ Glikin, Leonardo J: Enciclopedia jurídica Omeba, apéndice VII, Editorial Driskill S.A, 1995, "Planificación Sucesoria."

⁴ Favier Dubois (h), Eduardo. "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica." ED, Tomo 236, 17/02/2010, N° 2.1, p.2.

rentas vitalicias, partición donación por ascendiente, etc.

IV.- Herramientas para la planificación.

La sociedad familiar es una realidad y poseen un gran protagonismo en nuestro país, si bien no se encuentran receptadas directamente por nuestra legislación merecen un tratamiento integrador y transversal del derecho con la finalidad de asegurar su viabilidad y permanencia. En primer lugar, me parece importante en la planificación la elección del tipo o estructura jurídica que asumirá la empresa de familia, sea una sociedad o grupo y luego adecuar en virtud de la autonomía de la voluntad y las normas del régimen legal el funcionamiento y estructura de la sociedad elegida.

A.-Estructura legal de la empresa familiar.

La empresa de familia puede ser un emprendimiento personal o puede organizarse bajo la estructura jurídica de una sociedad, sea cualquiera de los tipos que la Ley General de Sociedades establece recordando que los cónyuges pueden formar parte de cualquier tipo de sociedad inclusive las sociedades de la sección IV (Sociedades simples) y también la sociedad por acciones simplificadas regulada en la ley 27.349.

Esta libertad en la elección del tipo también se extiende (implícitamente) a la fijación de contenido contractual y en la que se pueden estipular cláusulas de todo tipo. No importa, si el régimen de bienes elegido por los cónyuges es de comunidad de bienes o de separación de bienes. La ley no distingue y por ello no podría limitarse la libertad de los cónyuges sin norma expresa. Una planificación patrimonial desarrollada sobre la base de un protocolo y de otros instrumentos (fideicomiso, acuerdos de accionistas, etc) puede contemplar no sólo la compraventa de acciones o cuotas sociales sino complejos esquemas de opciones y/o cláusulas de preferencia, encajados a ciertos condicionamientos patrimoniales o de la gestión empresarial.⁵

Existe en nuestra Ley general de sociedades cierta severidad de algunos institutos jurídicos que no atendería las necesidades y especificidades de las sociedades familiares. En particular, en el caso de una sociedad anónima no poder prohibir la transferencia de acciones, normas respecto a la no distribución de dividendos, resolución de conflictos mediante instancias privadas y extrajudiciales, libre transmisión de cuotas y acciones a terceros, etc. También la sociedad de responsabilidad limitada es un tipo social elegido por los operadores jurídicos para la sociedad familiar con sus especificidades, ventajas y debilidades.

Formulamos como una alternativa jurídica válida en su estructuración la sociedad por acciones simplificadas, atento a que los socios tienen cierta libertad y autonomía de la voluntad para regular el funcionamiento y fijar es su estatuto cláusulas relativas a los derechos de los socios y a sus relaciones con la sociedad, con el único límite de no afectar a terceros acreedores. Algunas de sus principales ventajas o rasgos: prohibición de transferencia de acciones por diez años (art. 48 ley 27349), cláusula estatutaria que establezca criterios para disponer de resultados, retribuciones y honorarios de directores y gerentes; cláusula que posibilite mantener la administración de la sociedad conforme a los intereses familiares respecto a la persona del administrador y la duración en el cargo; resolución de controversias por medios extrajudiciales (arbitraje); regulación y funcionamiento de los órganos de la administración, se podría considerar también la creación de un órgano consultivo especí-

⁵ Molina Sandoval, C. "Programación patrimonial en la empresa familiar.", LA LEY, AR/DOC/2986/2015.

fico para la empresa de familia como el “Consejo de familia”; incorporación de cláusula que obligue a suscribir el protocolo en el marco de una prestación accesoria, entre principales rasgos. Más allá del tipo social que se elija deben adecuarse e incorporarse cláusulas estatutarias y acuerdos de socios adecuados para la empresa de familia, en particular formulamos la elaboración de un protocolo familiar.

B- Protocolo familiar.

Atento las debilidades o especificidades de los diferentes tipos sociales que pueden utilizarse para la sociedad de familia y en el marco de la profesionalización de la empresa familiar es importante destacar el aporte contractual que significa la elaboración de un protocolo familiar. El mismo, es un acuerdo marco de naturaleza jurídica compleja, que contiene elementos o pactos propios de distintos contratos y que sirve de norma a la que han de ajustarse otros pactos complementarios de carácter más concreto, firmado entre familiares socios de una empresa, actuales o previsibles en el futuro, con la finalidad de regular la organización y gestión de ella, así como las relaciones entre la familia, la empresa y sus propietarios, con el objeto de dar continuidad a la empresa, de manera eficaz y con éxito, tanto en la presente generación familiar como en las futuras.⁶

Nos encontramos en un proceso de contractualización del derecho privado, en particular el derecho de familia y sucesorio destacando la relevancia dentro del derecho societario del acuerdo de socios.

El protocolo incluye una noción dinámica de planificación, la que mediante un conjunto de reglas escritas aglutinadas en un único instrumento (que consolida contratos y otros actos jurídicos relacionados), procura establecer un proceso de comunicación entre dos o más sistemas (familia y empresa).⁷

Es un instrumento jurídico necesario para planificar la sucesión de la empresa familiar y la prevención de conflictos, pero no se agota solamente en dicho instrumento sino que se complementa con otras figuras o contratos a los efectos de lograr la planificación deseada. Por lo cual, una vez confeccionado sus pactos deben trasladarse a diversos instrumentos legales o negocios de aplicación como la inclusión de cláusulas en el contrato o estatuto social o reglamento, previsión de prestaciones accesorias, acuerdos de accionistas, testamentos, contrato de fideicomiso, pacto de herencia futura permitido, a los efectos de dar mayor seguridad jurídica respecto a su validez y oponibilidad.

C.- Estructuración de la empresa de familia y su planificación a través de cláusulas estatutarias.

Otra forma interesante de regular a la empresa de familia es a través de incorporar cláusulas estatutarias en el estatuto o contrato con la ventaja de su inscripción en el Registro Público, la oponibilidad a sus socios todo en un marco de respeto a la autonomía de la voluntad en el que se enmarca el derecho societario moderno.

En concreto, respecto a la planificación en la sucesión de la propiedad y la gestión, mencionamos cláusulas que reglamenten la incorporación o no de los herederos de modo de evitar el ingreso de parientes políticos, adquisición de la participación social por los otros

⁶ Sosa de Irigoyen, Susana “El protocolo de la empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción. Fabier Dubois, Eduardo M. (h), Dir. Empresa familiar, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

⁷ Molina Sandoval, Carlos. “Protocolo de empresas familiares.” LL 25/02/2013, AR/DOC/196/2013.

socios y/o la sociedad; cláusulas sobre exclusión de herederos y cónyuges, valuación de participación social, diversas clases de acciones por ramas de las diferentes familias para la sucesión en una sociedad anónima; reglamentación del usufructo de acciones o cuotas por parte de donatarios y herederos, arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, etc. Dentro de las cláusulas específicas para la estructuración y regulación de la empresa de familia, me detengo en el análisis de la inclusión de una cláusula que establezca una prestación accesoria de suscribir el protocolo de familia.

D.- Utilidad de las prestaciones accesorias en la empresa de familia.

Hicimos referencia anteriormente de la importancia del protocolo de familia como contrato marco y asociativo que busca garantizar la perdurabilidad de la empresa a través de las sucesivas generaciones. Por lo cual, es importante la suscripción y el cumplimiento de todos los socios y miembros de la empresa y sus futuros sucesores siendo obligatorios en la medida en que no se hayan asumido obligaciones de carácter personal (art. 1024 CCC). Destaco considerar institutos que permitan hacer vinculante lo establecido en un protocolo para quienes se incorporen a la empresa familiar.

Todos aquellos que vayan a verse afectados por la aplicación del protocolo de familia deberán suscribirlo. En este sentido, el protocolo incluye un contrato parasocial y por ende, dentro del mismo protocolo y en el contrato o estatuto societario deberá preverse como prestación accesoria (art. 50 LGS) la obligación de suscribirlo como condición para poder acceder al carácter de socio o accionista de la empresa familiar.⁸

En la Ley general de sociedades están reguladas en el art. 50 y se las puede conceptualizar como obligaciones complementarias de los aportes de capital a las que se comprometen los socios.⁹ Se trata de una obligación de naturaleza personal, inherente a la calidad de socio y que resulta de la actividad de éste con la finalidad de fortalecer el cumplimiento del objeto social a través de prestaciones personales de los socios. Son obligaciones personales que pueden asumir los socios, todos o algunos, a favor de la sociedad y que, como no integran el capital, tampoco sufren las restricciones que sí sufren los aportes (Art. 39 LGS). Son accesorias por ser conexas a sus participaciones societarias.

Son características de las prestaciones accesorias conforme la regulación de la ley general de sociedades (art. 50), constar en el contrato constitutivo o su modificación, de lo contrario se consideran como obligaciones de terceros y no del socio; deben ser precisas, indicando su modalidad, duración, retribución y sanciones en caso de incumplimiento; son distintas de los aportes y no forman parte del capital social ya que hacen al patrimonio de la sociedad; no son en dinero y pueden ser conexas a cuotas o acciones. Constituye una obligación de hacer de los socios la suscripción de una cláusula donde se comprometen a suscribir y cumplimentar el protocolo familiar, sin determinar el contenido en concreto de éste, precisamente porque no se quiere que el contenido conste en el estatuto.

De tal forma, este instituto jurídico permite que un futuro miembro de la sociedad familiar suscriba el protocolo de familia como condición para adquirir el carácter de socio o accionista. Dicha cláusula de la firma de una prestación accesoria junto con cláusulas limitativas a la libre disponibilidad de cuotas o acciones (en el caso de SRL y SA) permitirán mantener el

⁸ Calcaterra, G. "La obligación de suscribir el protocolo familiar como prestación accesoria del contrato de sociedad.", XXXIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IX Congreso iberoamericano de Derecho societario y de la empresa, p. 1643

⁹ Zaldivar, E, "Cuadernos de derecho societario", Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, t.I, p. 220.

carácter de empresa familiar. No obstante, se puede pensar que incorporar una cláusula en el contrato o estatuto puede atentar contra la discreción que los socios y sociedad deseen tener sobre la existencia de un protocolo familiar, solo se incluiría la obligación de suscribir el protocolo no el contenido del mismo.

Hay que diferenciar la cláusula que consistiría en configurar como contenido de la prestación accesoria la simple suscripción del protocolo y la que consistiría en configurar como contenido tanto la suscripción como el cumplimiento del pacto. En el primer supuesto, la suscripción no merece mayor dificultad o problema, en tanto, en el segundo supuesto, el cumplimiento nos encontramos con la exigencia del cumplimiento del pacto o protocolo. Respecto a este último supuesto, si bien asume una prestación accesoria, una obligación de hacer, podríamos pensar que se atenta contra el derecho del socio que luego va formar parte de la sociedad donde los aspectos más significativos de las obligaciones que asume en el protocolo se determinan con posterioridad y en otro documento.

En la cláusula de la prestación accesoria de manera específica donde se obliga a suscribir el protocolo quizá también debería hacer mención a que conoce el contenido del mismo el cual se encuentra a disposición en la sede social de la sociedad.

Tengamos presente que ahora se encuentra la posibilidad de inscribir el protocolo en un Registro Público conforme lo establecido en la IGJ Res. 19/2021 donde dicha inscripción tendrá como único efecto permitir a los terceros conocer la existencia y alcance, sin que implique presunción legal de conocimiento ni presunción de legalidad de sus cláusulas.

En las Sociedad por acciones simplificadas difiere la regulación de las prestaciones accesorias, por lo cual, en el art. 42 Ley 27.349 tiene otros matices manifestado que rige la autonomía de los socios en la elaboración de cláusulas para el funcionamiento y regulación de la sociedad. Es sumamente útil pactar en el contrato o estatutos social una prestación accesoria por la cual todos los socios se obliguen a suscribir el protocolo de familia o un acuerdo por lo cual, el ingreso de nuevos socios, sea por transmisión de participaciones societarias entre vivos o por causa de muerte, los obligará a cumplir con la suscripción del protocolo y los sujetará a las normas de este. Ante el incumplimiento de la cláusula establecida en el contrato o estatuto que formula la prestación accesoria una condición para la adquisición de socio la sanción por incumplimiento podrá ser su exclusión, no ser incorporado o bien el establecimiento de una cláusula penal.

V.- Límites para la planificación

Este aspecto se inscriben dentro de las tensiones que la problemática suscita entre el principio de la autonomía de la voluntad y el régimen normativo del Derecho sucesorio, familiar, contractual y societario. Hoy con el Código Civil y Comercial nos encontramos con una cierta atenuación en la aplicación de las normas imperativas en pos de un mayor grado de libertad sea en el ámbito del derecho de familia (Convenciones matrimoniales, régimen de separación de bienes, contratos entre cónyuges, etc), en el derecho sucesorio (testamentos, pacto sobre herencia futura, donaciones, disminución del monto de la legítima, etc). En el derecho societario no existen normas de orden público, solo algunas normas imperativas. Ello por cuanto el derecho societario regula relaciones entre particulares de contenido patrimonial, que nada tiene que ver con el interés general.¹⁰ Dichas normas imperativas en

¹⁰ Matta y Trejo, "Normatividad societaria, orden público e impugnación de decisiones asamblearias" en I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa- V Congreso Argentino de Derecho Societario, T II, p. 345.

la Ley societaria se orientan a proteger derechos de terceros y de los socios.

VI.- Consideraciones finales

La planificación sucesoria y patrimonial con fines de transmisión de la empresa de familia es un tema amplio para los cuales el ordenamiento jurídico de manera interdisciplinaria ofrece una gran cantidad de alternativas y herramientas que nos invita a reflexionar sobre la armonización de las diferentes ramas o disciplinas del derecho.

El Código civil y Comercial teniendo como base la autonomía de la voluntad y la contractualización del derecho privado brinda herramientas para la temática aquí planteada de una manera transversal e integradora.

Considerando la trascendencia de las empresas de familia es un desafío para todos los operadores del derecho atender esta problemática a través de diferentes institutos y herramientas que el ordenamiento jurídico societario vigente nos aporta en diálogo con el derecho de familia, sucesorio y contractual.

LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV, UN ÓMNIBUS DE LARGO ALCANCE

José P. Sala Mercado

SUMARIO

La reforma por ley 26994 de la LGS que introdujo en el microsistema a sociedades de la sección IV, significó una manifestación clara de optar en ese apartado por el contractualismo moderno y el nuevo derecho societario. Se trata de una sociedad donde prima la autonomía de la voluntad (con los límites clásicos de los arts. 13 y 18 LGS y del derecho de fondo) y que, con la debida inscripción que no le resulta negada, puede oponerse erga omnes.

PONENCIA

Las sociedades de la sección IV de la LGS han sido objeto de bendiciones y críticas por la doctrina, atento resultar la reforma por ley 26944, a ese respecto, un cambio sustancial en la ley especial.

Vale decir que, abandonando el régimen sancionador establecido para las sociedades de hecho e irregulares, se establece un régimen que destaca la autonomía de la voluntad como norte principal. Vale decir que, amén de que le resulten aplicables tanto los límites habituales para toda sociedad, esto es los arts. 13 y 18 de LGS, como también los que resultan del derecho de fondo en tanto deber de no dañar, de obrar de buena fe, de ejercer actividad lícita, no abusar del derecho, etc., las sociedades atípicas o típicas no inscriptas reciben el favor de la ley en tanto con ellas se introduce el contractualismo en la LGS, más allá de los imperativos que surgen de las dos normas relacionadas. Quizá, mucho de lo que le valoramos a las SAS, ya podía pactarse en una sociedad de la sección iv, como serían: (i) cláusulas de adquisición preferente de participaciones (first refusal provision); (ii) cláusulas de adquisición de participaciones a primera oferta (first offer provision); (iii) cláusulas de seguimiento (tag along provision); (iv) cláusulas de arrastre (drag along provision); (v) cláusulas de vesteo (vesting provision); (vi) cláusulas que prevean derechos específicos para nombrar administradores sin que tal derecho deba guardar proporción con el porcentaje de participaciones del beneficiario de tal derecho; (vii) cláusulas que prevean, para casos específicos, la disminución de la responsabilidad del director, por decisión tomada por los socios por simple mayoría (ej. contratación de un administrador para capear una crisis de solvencia o similar); (viii) Cláusulas restrictivas de ciertas actividades del órgano de Administración cuya realización queda sujeta a la necesidad del voto positivo de cierto o ciertos socios; (ix) Cláusulas de abandono o retiro de la sociedad (good leaver y bad leaver provisions); (x) Opciones de compra y venta (buy and sale provision, puts and call provision); (xi) Cláusulas que prevean la obligación de financiamiento de la sociedad por parte de cierto o ciertos socios conllevando ello privilegios asociados a su favor; (xii) prestaciones accesorias de carácter financiero; (xiii) derechos de observación y asistencia al órgano de administración, a favor de socios que no son administradores sociales; (xiv) derechos de veeduría; (xvi) derechos de información calificada; (xvii) Restricciones para realizar actividades en competencia aunque sea indirecta; (xviii) prohibición temporal de venta de participaciones; (xix) cláusulas específicas de protección a las

minorías (anti-dilution provisions); (xx) cláusulas de suspensión del pago de dividendos fundada en las necesidades de la política financiera de la sociedad; (xxi) objeto plural; (xxii) Fijación de quórums y mayorías variables por materia; (xxiii) Cláusulas que prevean la suspensión del derecho de suscripción preferente; (xxiv) Emisión de participaciones con prima bajo cualquier modalidad que convenga con relación a un negocio o ronda de capitalización determinada; (xxv) Cláusulas específicas de inhabilidad de directores; (xxvi) Cláusulas de exclusión de socios; (xxvii) Cláusulas que prevean las tomas de decisiones por consultas, manifestación escrita, reuniones, etc. (xxviii) Cláusulas para la solución de situaciones de “deadlock” o bloqueo mutuo o punto muerto; etc.¹.

Por otro lado, más allá de la relevancia que surge de esta libertad en la elaboración de un instrumento constitutivo, quizá ello no resultaría tan gravitante sino añadimos otra virtud que presenta la sociedad atípica de la sección iv y su posible oponibilidad *erga omnes* para el caso de que se inscriba en el registro público. Bien sabemos que la oponibilidad de estas sociedades, en tanto no inscritas, es directa y acotada. Vale decir debe acreditarse el conocimiento (hecho subjetivo por el que un tercero efectivamente ha conocido su existencia), pues no existe cognoscibilidad (situación que se da con los registros públicos en donde sus constancias se entienden conocidas).

Sin perjuicio de ello, no encontramos reparo en que, una sociedad que bien puede ser titular de bienes registrables y por ello estar inscrita en diversos registros a efectos de la publicidad de la titularidad, en cada caso, de los bienes objeto de registro (ej.: Instituto Nacional de la Propiedad Industrial; Dirección Nacional de Derechos de Autor; Registro Nacional del Automotor; Registros provinciales de la propiedad; Registros de créditos prendarios; Registros de Buques; Registros de palomas mensajeras; Registros de Stud book argentino de caballos pura sangre; Registros de importación y exportación; etc.), no pueda inscribirse en el registro público y con ello lograr su oponibilidad *erga omnes*. Además, si estamos al art. 323 del CCCN y concordantes, la sociedad debe llevar libros y para ello debiera inexorablemente inscribirse en el registro público. En coherencia con ello, salvo en lo que respecta a la responsabilidad que resulta ilimitada aunque subsidiaria y mancomunada, estamos frente a un valioso instrumento que no ha sido lo suficientemente explorado por los operadores jurídicos y por ello queríamos destacarlo brevemente en estas líneas. Puede encontrarse, dentro de la LGS, una manifestación del contractualismo y ello se obtiene de la sección iv.

¹ Enumeración relacionada por Ricardo Cony Etchart sobre posibles cláusulas de las SAS en el congreso societario de Rosario de 2019.

CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV. SU CAPACIDAD PARA SER SOCIA DE OTRAS SOCIEDADES Y PARA REALIZAR DIVERSOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Enrique M. Skiarski y Sergio Pablo Suárez

SUMARIO

Las sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades pueden formar parte de toda clase de sociedades, incluyendo sociedades típicas regularmente constituidas; pueden transformarse y participar en procesos de fusión y de escisión y son pasibles de resolución parcial.

Capacidad para ser socias de otras sociedades

El error en el método empleado por el legislador al regular conjuntamente –en la nueva Sección IV del Capítulo I (“Sociedades de la Sección IV”) de la Ley General de Sociedades (“LGS”)- a las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales –comúnmente denominadas sociedades simples– y a las sociedades defectuosas, probablemente no tuvo otra finalidad que aquella de aplicar a este segundo subgrupo, las mismas reglas que dispuso para las sociedades simples. Sin embargo, esta decisión conlleva el peligro de una interpretación que no distinga entre una sociedad simple y otra constituida con vicios en sus requisitos o en su forma. Pareciera que da lo mismo ser una sociedad carente de vicio alguno que otra que nace con un determinado defecto (ausencia de requisitos esenciales no tipificantes o tipificantes o de las formalidades legales)¹ y este confuso mensaje produce un resultado inverso al procurado: entender que no se aplican las reglas de las sociedades simples a las defectuosas, sino que a la inversa, todas las sociedades pasan a ser defectuosas. Una reciente resolución de la IGJ² ha señalado que Las sociedades de la sección IV son sociedades que padecen vicios de distinta naturaleza. Constituyen una anomalía societaria. Dijo asimismo que una sociedad de la sección IV no puede participar en una sociedad regular, ya que no puede confeccionar estados contables regulares, resultando imposible calcular las limitaciones previstas en el art. 31 LGS. Que la ley prevé concretas incapacidades para estas sociedades, que les impiden transformarse, fusionarse, escindirse o resolver parcialmente su contrato.

La afirmación de que algunas Sociedades de la Sección IV constituyen una anomalía societaria, al margen de su exageración, quizá podría aplicarse al subgrupo de las sociedades defectuosas. En cambio, las sociedades simples no presentan vicio ni defecto alguno, sino que se han constituido con deliberado apartamiento de los tipos legales en base a la pre-

¹ SUAREZ, Sergio P.: Sociedades simples y defectuosas (Cuestiones metodológicas e ideas para una reforma), ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, (Libro de ponencias, Tº I, p. 1583 y ss.), donde se exponen los problemas de orden metodológico de la reforma.

² Res. IGJ (P) 124 del 2 de marzo de 2022.

rrogativa que la ley reconoce (arg. art. 21 LGS). De modo que no es correcto sostener que constituyen una anomalía societaria. Piénsese, simplemente, que no sería razonable sostener que luego de la derogación del Código Civil ha devenido en una anomalía societaria una sociedad civil la cual, según las opiniones mayoritarias, ha pasado a ser regulada bajo las normas de esta sección.

Dicho esto de un modo introductorio, vamos a analizar, en primer término, si es dable sostener que las sociedades simples carecen de capacidad para ser socias de otras sociedades típicas regularmente constituidas.

A nuestro juicio, no puede dudarse acerca de la plena capacidad de esta clase de sociedades para participar de todo tipo y naturaleza de sociedades, pudiendo concurrir a la fundación de las mismas y de igual modo adquirir participaciones de sociedades ya constituidas. El punto de partida está dado por el principio de que la capacidad constituye la regla, y la incapacidad la excepción. Esto resulta aplicable no solo a las personas humanas sino asimismo a las personas jurídicas, como lo establecía el art. 41 del derogado Código Civil³. Y no resulta de la ley societaria la existencia de ninguna disposición que restrinja la capacidad de las Sociedades de la Sección IV para participar de otras sociedades.

Contrariamente a ello, el art. 30 LGS dispone las únicas limitaciones a la capacidad de las sociedades para ser socias de otras sociedades⁴ y ninguna de ellas se refiere a las Sociedades de la Sección IV, puesto que lo único que establece es una limitación para las sociedades anónimas y en comandita por acciones, las cuales en la versión original de la ley 19550 solo podían formar parte de sociedades por acciones y, luego de su reforma por ley 26994, también pueden formar parte de sociedades de responsabilidad limitada. Halperin⁵ fundamentaba la limitación del art. 30 en las siguientes razones: 1) sustrae el control de la administración social por los accionistas aun por el medio indirecto de la sindicatura o consejo de vigilancia. 2) Subvierte el régimen legal de fiscalización de la administración, puesto que a la sindicatura o consejo de vigilancia –en su caso– solo se presentará el resultado de la explotación de la sociedad en la cual se participa. 3) Los accionistas, síndicos y consejeros –en su caso– pueden apreciar la conducta de los administradores de la sociedad de interés para hacer valer su responsabilidad. 4) La quiebra de la sociedad de interés provoca la quiebra de la sociedad por acciones con todas las consecuencias que fijan los arts. 19, 95 incisos 1° y 2°, 164 y concordantes de la ley 19551 (actualmente arts. 18, 88 incisos 1° y 2° y 160 de la ley 24522. 5) Representaría un medio para eludir la fiscalización estatal, desviando la actividad que se desea evadir al control de sociedades –como las de interés– no sometidas a la fiscalización del art. 299 de la ley 19550.

Pero sucede que el caso es aquí inverso: la sociedad participante es la sociedad socia, y no existe ninguna limitación prevista en la ley para este supuesto.

³ BELLUSCIO, Augusto y colaboradores: Código Civil Anotado, T° 1, p. 136. Esto, sin perjuicio de las discusiones acerca de la limitación de la capacidad de las personas jurídicas según el denominado "principio de la especialidad". En el mismo sentido se ha señalado que "La capacidad de derecho de las personas jurídicas... constituye el núcleo de su personalidad jurídica. De este principio general se desprende, entonces, que las personas jurídicas pueden adquirir todos los derechos posibles para la realización de sus fines, tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, en tanto la ley o la naturaleza de las cosas no se lo limpiada, con libertad y amplitud, pudiendo además ejercer todos los actos posibles tendientes a alcanzar su objeto, sin necesidad de que la ley o los estatutos los hayan previstos expresamente. Existe, puede una esfera amplia e indefinida de actividad libre para la actuación de las personas jurídicas en relación a su objeto". BUERES, A. – HIGHTON, E.: Cód. Civ. y normas complementarias, T° 1, p. 330. Cabe destacar, no obstante, que el Código Civil y Comercial no menciona a la capacidad entre los atributos de la personalidad jurídica (arts. 151 a 156), omisión que no debería llevar a pensar que el principio de la capacidad como regla general ha perdido vigencia.

⁴ Salvo la que contiene el art. 1° LGS respecto de las sociedades unipersonales, lo que resulta ajeno al tema que se analiza.

⁵ HALPERIN, Isaac: Sociedades anónimas, sociedad en participación y "joint venture", RDCO, 1973-139.

La doctrina ampliamente mayoritaria interpreta que de esta disposición puede extraerse la regla siguiente: las sociedades tienen capacidad para participar en otras sociedades, salvo los supuestos expresamente excluidos por la disposición. Fuera de los casos que el art. 30 menciona, no existe ninguna incapacidad a la participación en cualquiera de los restantes tipos societarios, ni por ende puede sostenerse la existencia de incapacidades que no resultan de la ley.

Se agrega a lo anteriormente expuesto, que del régimen contenido en los arts. 21 a 26 de la LGS no puede extraerse ninguna limitación a la capacidad de las sociedades reguladas por esta sección para participar en otras sociedades. E inversamente, el art. 23 LGS confirma que no existe tal impedimento pues declara en forma expresa la capacidad de las Sociedades de la Sección IV para adquirir bienes registrables, de lo que resulta que nada impide que estas sociedades adquieran participaciones societarias -que son bienes registrables-, cumpliendo los requisitos previstos en la norma, a saber: acreditar ante el Registro la existencia de la Sociedad de la Sección IV y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios, e indicar la proporción en que participan los socios en tal sociedad.

Y si una Sociedad de la Sección IV puede adquirir participaciones sociales cumpliendo los requisitos previstos en el art. 23 LGS, resulta forzoso concluir en que no media incapacidad de estas sociedades para participar de todo tipo y categoría de sociedades.-

De lo que, a su vez, se deriva, que, del mismo modo en que estas sociedades pueden adquirir participaciones de sociedades ya constituidas, nada impide que puedan concurrir igualmente a la fundación de una nueva sociedad.

No obsta a la participación en otras sociedades la existencia de una contabilidad informal

En la Res. IGJ (P) 124 de la IGJ se argumenta, en contra de esta posición, que la falta de estados contables regulares que no llevan las Sociedades de la Sección IV constituye un obstáculo a la participación ya que, estando impedidas de llevar una contabilidad legal por incapacidad legal obtener la rúbrica de sus libros, esto impide asimismo calcular los límites del art. 31 LGS.

Nosotros pensamos que existen varias razones que impiden acoger esta observación, y la primera de ellas consiste en que no compartimos la afirmación de que una Sociedad de la Sección IV se encuentra imposibilitada de rubricar sus libros. Por más que no es el tema particular de esta ponencia, consideramos que de la interpretación armónica de los arts. 320 y 323 CCCN puede concluirse en que sí pueden rubricar sus libros puesto que, como persona jurídica debe llevar una contabilidad regular, siendo que, además, el Registro debe llevar una nómina de todas las personas (humanas y jurídicas) que solicitan la rubricación de sus libros, conforme lo dispone el art. 323 cit.

A nuestro juicio, no puede justificarse una supuesta incapacidad de esta forma societaria en base a que no pueden confeccionar estados contables regulares. Obsérvese que el art. 184.2 de las Normas IGJ –en forma contradictoria con esta afirmación- prescribe la presentación de un balance de subsanación cerrado a una fecha de antelación no mayor a un mes de la reunión en que se haya aprobado la misma. Obviamente, dicho balance no se confecciona en base a libros contables rubricados y nada impide su consideración.

Aun admitiendo que es verosímil que la contabilidad de las Sociedades de la Sección IV resultará usualmente de mayor sencillez que el de otras sociedades más sofisticadas, el caso es que la confección de los estados contables previstos en los arts. 63 y ss. de la LGS son

aplicables en particular a las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299 inciso 2) y a las sociedades por acciones (cfr. art. 62 LGS), por lo cual probablemente las colectivas y otras variantes de sociedades de personas típicas también podrían presentar una dificultad similar, máxime que en la terminología legal la referencia al “capital”, sólo puede ser equivalente a “capital social” y a “capital suscripto”, cfr. art. 186 LGS⁶. La ley parece identificar como “capital” a las obligaciones de dar⁷, en tanto que en las sociedades de personas (grupo al que pertenecen las sociedades simples) los socios aportan fundamentalmente obligaciones de hacer. No es fácil explicar cómo se computan los límites del art. 31 en relación con esta clase de aportes.

Es decir que las dificultades para determinar los límites previstos por el art. 31 LGS parecen ser, más bien, propios de todas las sociedades de personas, sin perjuicio de lo cual la doctrina es conteste en señalar que se aplica a todas ellas el mentado art. 31, inclusive a las sociedades irregulares y de hecho⁸. Esta posición, que no ha merecido mayores disensos, no ha impedido que se considerase que las sociedades de personas pueden participar en todo tipo de sociedades. No se advierte el motivo para vedarlo a las Sociedades de la Sección IV, por lo que no se aprecia que exista ningún impedimento para que una Sociedad de la Sección IV participe de una sociedad constituida de acuerdo al capítulo II de la ley.

Acerca de la predicada incapacidad de las Sociedades de la Sección IV para transformarse

La afirmación de que una Sociedad de la Sección IV no puede transformarse no exterioriza una incapacidad, sino el hecho de que la ley ha previsto un mecanismo especial de transformación, que es actualmente la subsanación del art. 25 LGS como lo era, antes de la reforma de la ley 26994, la regularización establecida en el derogado art. 22 LSC.

En su versión original, la ley 19550 no contemplaba la regularización de sociedades irregulares o de hecho con objeto comercial, procedimiento incorporado por la ley 22903. Previo a la sanción de la ley 22903, autores de la talla de Zaldívar⁹ opinaban que para que una entidad pueda resolver una transformación debía poseer personalidad jurídica y disponer de un tipo de los previstos en la ley 19550, el cual solo sería posible mutarlo por otro de los legislados. Dicha opinión fue rebatida por Benseñor¹⁰, quien interpretaba que el art. 74 de la ley 19550 no alude a los tipos previstos en dicha ley sino a otro tipo, sin indicar que son los de la ley de sociedades comerciales, por lo que la norma no constituía un obstáculo insalvable para la transformación. Cabe señalar, asimismo, que antes de la sanción de la ley 22903 existieron antecedentes jurisprudenciales que admitieron la transformación de sociedades de hecho en sociedades regulares¹¹.

En cuanto a las sociedades civiles, el art. 23 de la ley 11645 admitía que las sociedades civiles pudiesen transformarse en sociedades de responsabilidad limitada. Antes de la sanción de la ley 26994, la IGJ se pronunció admitiendo la aplicación analógica, en lo pertinente, a la adopción de uno de los tipos regulados por la ley 19550 por parte de una sociedad civil (art. 164, Normas IGJ aprobadas por Res. IGJ (G) 7/2005). Actualmente, el art. 164 de las

⁶ VERON, Alberto: *Sociedades comerciales*, t. I, pp. 285/286. Id. CABANELLAS DE LAS CUEVAS: Guillermo: *Derecho societario*, t. 2, p. 219.

⁷ ZALDIVAR, E. y Otros: *Cuadernos de Derecho Societario*, t. 1, p. 206

⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS: Guillermo, *Derecho societario*, t. 2, p. 215.

⁹ ZALDIVAR, Enrique y Otros: *Cuadernos de Derecho Societario*, t. III, Vol. IV, p. 37.

¹⁰ BENSEÑOR, Norberto R. *Transformación de Sociedades* – Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal – julio-agosto/1982 – 901.

¹¹ CApel. CC del Departamento Judicial de San Isidro, Prov. de Bs. As., 23/3/1976; Cám. C.C. 2° Córdoba.

Normas IGJ permiten tanto el procedimiento subsanación como el de transformación de sociedades civiles mediante la adopción de uno de los tipos regulados por el Capítulo II de la Ley N° 19.550.

En los autos "Adler Hasenclever & Asociados SRL c/EN - AFIP-DGI - R. (RMIC) 183/2012 y otro s/proceso de conocimiento" del 19/6/2018, la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa hizo lugar al recurso interpuesto por la actora y revocó la sentencia del a quo que rechazó la transformación de Grant Thornton Argentina Sociedad Civil en sociedad de responsabilidad limitada.

Todos estos ejemplos son demostrativos de no que existen impedimentos sustanciales a la aplicación del instituto de la transformación, sino que la ley ha optado por establecer un mecanismo especial, como fuera indicado.

Limitaciones de la Sociedad de la Sección IV para participar de un proceso de fusión

Como regla general, todas las sociedades pueden fusionarse¹². La ley 19550, al definir el concepto de fusión en su art. 82, menciona dos o más sociedades sin aditamento alguno, a diferencia del art. 74 (referente a la transformación), que para parte de la doctrina requería la preexistencia de un tipo social, por lo que entendemos factible la fusión de Sociedades de la Sección IV, sin que constituya impedimento válido la falta de inscripción en el Registro Público requerida por el art. 83 inc. 5, pues estos requisitos han sido dispuestos teniendo en mira exclusivamente a la sociedad inscripta. Más aún, en su redacción original la misma ley 19550 procuraba la disolución de la sociedad de hecho con objeto comercial y de la sociedad irregular, por considerarlas como disvaliosas, lo que ocurría si la sociedad de hecho era la absorbida.

En general, la doctrina era favorable a que las sociedades irregulares y las sociedades de hecho participaran de la fusión, aunque objetaba la posibilidad de que fueran incorporantes o que tuviere tal carácter la nueva sociedad resultante de la fusión¹³. También aceptaba la fusión entre sociedades comerciales y sociedades civiles, aun cuando estas fueran las sociedades incorporantes¹⁴.

Las actuales Normas IGJ admiten la participación de Sociedades de la Sección IV entre sí o con sociedades del Capítulo II de la misma ley para constituir una sociedad, o en la que una o más de dichas sociedades sean incorporadas por la totalidad de su patrimonio por una sociedad regular¹⁵.

Capacidad de la Sociedad de la Sección IV para escindirse.

La ley 19550 concibe el instituto de escisión como peculiar de las sociedades. Al fijar su concepto habla de una sociedad (art. 88 I.-, II.- y III.- LGS), sobre lo cual insiste en todo el artículo. La ubicación funcional del régimen en la parte general auspicia la conclusión amplia que pueden escindirse todos los tipos previstos en la LGS, siendo indiferente que el tipo social de la escisionaria coincida o no con el de la escidente¹⁶.

Antes de la modificación de la ley 26994, las sociedades comprendidas en el art. 21 LSC,

¹² Ver CABANELLAS, DE LAS CUEVAS, Guillermo: Derecho Societario, t. 11.

¹³ ZALDÍVAR, Enrique y Otros: Cuadernos de Derecho Societario, t. III, Vol. IV, pp. 155 y 156. CÁMARA, Héctor: Derecho Societario, p. 356. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Derecho Societario, t. 11, p. 158.

¹⁴ CÁMARA, Héctor: Derecho Societario, p. 358. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo: Derecho Societario. t. 11, p. 143

¹⁵ Cfr. art. 178 Normas IGJ aprobadas por Res. IGJ (G) 7/2015.

¹⁶ SKIARSKI Enrique: Escisión de empresas, Ad-Hoc.

por ser sujetos de derecho, no se hallaban excluidas de la operatoria. Pero en la escisión parcial previamente debía procederse a la inscripción de su regularización con anterioridad o simultáneamente a la escisión. En la escisión total, el proceso de regularización resultaba innecesario por la disolución de la escidente¹⁷. En cualquier caso, en la medida que la voluntad de los socios y el interés de los terceros se hallaba debidamente resguardado se cumplía con el fin último querido por la ley.

Factibilidad de resolución parcial en Sociedades de la Sección IV.

Antes de la reforma, la doctrina tradicional consideraba que el régimen de resolución parcial, cualquiera fuera la causa, era inaplicable a las sociedades irregulares y de hecho debido a la imposibilidad de invocar el contrato social, de modo que solo cabía pedir la disolución total de la sociedad¹⁸, posición sostenida por importante jurisprudencia¹⁹.

Ese impedimento cesa con la nueva redacción del art. 22 LGS. En la medida en que el contrato puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas oponerse contra los terceros que las conocían al contratar (art. 23, LGS), carece de fundamentos la doctrina a favor de la posición disolutiva²⁰. A esta posición ha adherido incluso la AFIP, que mediante Dictamen 8/2018 ha modificado su posición anterior contraria a la continuidad del ente.

Agrégase que el art. 25 LGS, prevé que cualquiera de los socios puede provocar la disolución cuando no media estipulación sobre el pacto de duración, notificando fehacientemente tal decisión a todos los socios. Sus efectos se producirán de pleno derecho entre los socios a los NOVENTA (90) días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social.

Si la ley permite a los socios que deseen permanecer en la sociedad desinteresarse a los salientes, se infiere que la sociedad en cuestión seguirá operando. De lo que a su vez resulta que no siempre será cierto que cualquiera de los socios puede provocar la disolución y que los efectos de ésta se producirán de pleno derecho a los noventa días, pues en caso de que existan socios que deseen seguir operando con la sociedad, la disolución y consiguiente liquidación no se producen. Es decir que se trata de una causal de disolución sujeta a condición resolutoria, consistente en la existencia de socios que decidan continuar operando y que abonen a los salientes su parte social.

De donde, en este supuesto, no habrá operado la disolución, sino que constituirá un supuesto de resolución parcial²¹.

¹⁷ El 19/7/93 la IGJ inscribió la disolución sin liquidación por escisión total de El Botón Soc. de Hecho (Exp. 1571144).

¹⁸ Ver entre otros ZUNINO, Jorge O.: Sociedades comerciales. Disolución y liquidación, p. 54 y ss. HALPERÍN, Isaac: Curso de derecho comercial, p. 333. ZALDÍVAR, Enrique y Otros: Cuadernos de derecho societario, t. III, Vol. IV, pp. 200/1. ETCHEVERRY, Raúl A.: Sociedades irregulares y de hecho, pp. 232/5. BRUGO, Damián: El cambio en la nómina de socios que integran sociedad no constituida regularmente", ED - 182:1497.

¹⁹ Ver "Giménez de Klatt, Silvia c/ Guerra, Jorge Omar s/ Liquidación de sociedad", Suprema Corte de Justicia, La Plata, Buenos Aires, 23/02/2000, donde se dijo que "La resolución parcial por muerte de un socio (art. 90, ley 19.550) no se aplica a las sociedades de hecho, las que ante tal contingencia entran en liquidación".

²⁰ SKIARSKI, Enrique: La modificación de la composición de las "sociedades residuales" no altera su personalidad jurídica, Errepar, Doctrina Tributaria, Noviembre 2015.

²¹ SUAREZ, Sergio P.: Las sociedades del Capítulo I, Sección IV, RSC, Fundación Fidas, 2015 N° 2/3 p. 75

IMPLICANCIAS DEL FALLECIMIENTO DEL EMPRESARIO UNIPERSONAL. ¿ESTADO DE INDIVISIÓN HEREDITARIA O SOCIEDAD DE HECHO?

Enrique M. Skiarski

SUMARIO

A partir del fallecimiento del titular de una empresa unipersonal, si el causante tenía dos o más herederos, se genera el estado de indivisión hereditaria que finaliza con la partición de la herencia (art. 2323, CCyC).

Si la herencia contiene una empresa y los sucesores continúan en forma conjunta con su actividad, no lo hacen como sociedad simple al momento del dictado de la declaratoria de herederos o de la sentencia que declara válido el testamento, como lo predica la respuesta a la Consulta Vinculante 61/2019.

La indivisión hereditaria es una comunidad que carece de personería jurídica. Consecuentemente no puede transformarse ni subsanarse y el tratamiento impositivo es diferente al aplicable a una sociedad.

1. La jurisprudencia administrativa de AFIP

Mediante respuesta a la Consulta Vinculante 61/2019, la SDG TLI de la AFIP concluyó que de verificarse que los herederos del titular de una explotación agropecuaria unipersonal han continuado en forma conjunta con la actividad que desarrollaba el causante, actuaron a partir de la declaratoria de herederos bajo la forma de una sociedad simple regulada en el Capítulo I Sección IV de la LGS, resultando procedente la posterior adopción de uno de los tipos societarios previstos en el Capítulo II por la vía del proceso de subsanación.

Asimismo, la respuesta dejó constancia que aun cuando el proceso de subsanación societaria previsto por el art. 25, LGS no resulta idéntico al instituto de la transformación dispuesto por el art. 74, se interpreta que dada la similitud entre ambos, y en la medida que no involucre la transferencia de bienes o derechos a terceros, aquél no genera hecho imponible incidido por impuesto nacional alguno ni le corresponde el tratamiento tributario establecido por los arts. 77 y 78 (*actuales 80 y 81*), LIG.

La respuesta a la Consulta Vinculante 61/2019 concluye que “... una vez dictada la declaratoria de herederos, los sujetos que asumen tal carácter han continuado en forma conjunta con la actividad agropecuaria que desarrollaba el causante bajo la forma de una sociedad simple...” (El subrayado me pertenece).

La AFIP utiliza el tiempo verbal pretérito perfecto compuesto, que se forma con el presente del verbo auxiliar *haber* y el participio del verbo *continuar*, que denota la acción y se usa para referirse a hechos pasados que tienen relación con la zona temporal en la que ha decidido colocarse el dicente, y que sigue teniendo validez en el presente.

La respuesta a la Consulta que comentamos reitera la doctrina emanada de los Dictámenes 2/2006 y 30/2008, también emitidos por la AFIP con anterioridad a la sanción de la

Ley 26.994 que aprobó el CCyC y la reforma de la Ley 19.550, los cuales expresaban que: “A partir de la fecha de la declaratoria de herederos la explotación comercial continúa su actividad como sociedad irregular o de hecho, siendo sus integrantes los condóminos del condominio indiviso”. (El subrayado me pertenece).

Adviértase que los Dictámenes 2/2006 y 30/2008 utilizan el presente del indicativo del verbo *continuar*, tiempo verbal utilizado en este caso para reportar una acción del pasado con validez en el presente, y que a diferencia del pretérito perfecto complejo no determina que la sociedad de hecho se conformó a partir de la fecha de la declaratoria de herederos, sino en algún momento de la línea de tiempo que se inicia a partir de la fecha de la declaratoria de herederos.

El Dictamen 2/2006 se remitía a las consideraciones vertidas en la Actuación N° 1.622/03 (DI ASLE), que trajo a colación lo manifestado en el Memorando de la Dirección Nacional de Impuestos, la cual consideró que “Hasta la declaratoria de herederos existió una *continuidad del causante* y (...) a partir de ella se estaría ante una sociedad irregular o de hecho...”. La Actuación N° 1.622/03 (DI ASLE) utiliza el modo condicional simple del indicativo del verbo *estar*, que expresa una suposición sobre el futuro situando el momento de partida de la acción en el pasado. (El subrayado me pertenece).

2. Indivisión y comunidad hereditarias.

Cuando existe más de un heredero, la muerte de una persona da lugar al fenómeno de indivisión hereditaria.

Las leyes civiles y procesales prevén en la indivisión hereditaria la existencia de un administrador. En efecto, así surge de los arts. 2345 a 2362, CCyC, y en especial en el art. 2529, donde se lo consagra como el “representante de la sucesión” y en los arts. 709 a 715, CPCCN, que instituye el administrador de la sucesión dando prioridad para su designación al cónyuge supérstite, quien también se aparece como una suerte de representante procesal de la sucesión. Esto induce a sostener la existencia de una comunidad universal del tipo germánica o en mano común (*zur gesamten Hand*), en la cual no existe jurídicamente un condominio sobre cada bien singularmente considerado, sino que “los comuneros desenvuelven su relación sin investir todavía cotitularidad sobre objetos singulares”¹.

No obstante, los términos *indivisión hereditaria* y *comunidad hereditaria* no son sinónimos, pues la indivisión hereditaria se refiere al estado en que quedan los bienes, mientras que la comunidad hereditaria tiene que ver con las relaciones entre los herederos².

No hay tantas comunidades como bienes haya en la herencia como sucede en la comunidad de tradición romanística o por cuotas indivisas, sino una única comunidad que se proyecta sobre la herencia concebida como *universitas*. Los titulares, por tanto, son cotitulares del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

Cada heredero puede disponer independientemente de la parte alícuota de la indivisión hereditaria, sin el consentimiento de los demás, pues tiene sobre su parte un verdadero derecho de propiedad: puede enajenarla, sus acreedores pueden embargarla y venderla forzadamente³.

¹ ZANNONI, Eduardo A.: “Indivisión post-comunitaria y comunidad hereditaria: su coexistencia e implicancias”, J.A. 1975, T. 27 p. 224.

² HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo y PICASSO Sebastián: “Código Civil y Comercial Comentado, Tomo VI, www.sajj.gob.ar, p. 62.

³ HERRERA Marisa, CAMELO Gustavo y PICASSO Sebastián: “Código Civil y Comercial Comentado, Tomo VI, www.sajj.gob.ar, p. 62.

No obstante, si bien la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento reconoce la posesión hereditaria respecto de la universalidad, no la otorga respecto de cada uno de los bienes que integran la herencia singularmente considerado. La titularidad sobre los bienes de la herencia se obtiene cumpliéndose las reglas particulares que corresponda aplicar a cada caso, pues no debe confundirse la causa fuente que da origen a la transmisión con la transmisión en sí, y los recaudos necesarios para que el heredero quede legitimado a ser titular de los bienes de la herencia⁴.

Para que el heredero adquiera una participación en la empresa del causante, ésta debe incorporarse formalmente en el acervo hereditario y cumplirse con el proceso de partición, o bien frente a la ausencia de partición en el ámbito del sucesorio mediante la participación de la totalidad de los herederos en forma unánime o por un administrador de la sucesión designado judicialmente⁵.

3. Sociedad y comunidad hereditaria.

Siguiendo a Richard – Muiño, *“la sociedad en sentido estricto se caracteriza por la actividad en común exteriorizada, con finalidad u objeto autónomo (o sea, distinta al de los socios), con participación en las pérdidas y las utilidades que se deriva del patrimonio social (y no del de un gestor o de los bienes en condominio), donde éstos tienen injerencia en las resoluciones colegiales que se adoptan”*⁶.

Por su parte, el concepto de comunidad *“comprende al condominio sobre una cosa cuya titularidad corresponde a dos o más personas, y a la cotitularidad o derecho de esas personas sobre bienes inmateriales”*⁷.

La doctrina tradicional expresaba que las relaciones de comunidad se limitaban a una relación estática, concretándose al goce de ese bien para su mera administración, conformándose una relación societaria cuando los titulares afrontan con el bien una realización productiva a nombre colectivo

Así Malagarriga, citando jurisprudencia anterior a la sanción de la Ley 19.550, afirmaba que entre los herederos que continuaban los negocios del causante se establecía una sociedad de hecho y no una comunidad⁸.

Ya vigente la Ley 19.550, parte de la jurisprudencia, se expidió en el mismo sentido: *“No habiéndose efectuado una partición sucesoria, existe un condominio que comercialmente constituye una sociedad de hecho”*⁹. *“La adjudicación de un fondo de comercio en condominio a varios o a todos los herederos del causante, importa la creación de una sociedad comercial”*¹⁰.

No coincidimos con estas afirmaciones. La jurisprudencia mayoritaria ha sostenido tanto antes como después de la sanción de la ley 26.994 que ni la declaratoria de herederos ni la prolongación en el tiempo de una indivisión hereditaria implican adjudicación de los bienes a los herederos en condominio, sino simplemente exteriorización de la indivisión

⁴ Gagliardo, Mariano y Otro c/ K.M.B. S.A. s/Ordinario, CNCom. Sala D, 7 de julio de 2022.

⁵ Gagliardo, Mariano y Otro c/ K.M.B. S.A. s/Ordinario, CNCom. Sala D, 7 de julio de 2022.

⁶ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel: “Derecho Societario”, Astrea, Bs.As., 1997, p. 7.

⁷ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel: “Derecho Societario”, Astrea, Bs.As., 1997, p. 23.

⁸ MALAGARRIGA, Carlos: “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, T. I, p. 664, con cita de un fallo de la CNCom. del 24 de Agosto de 1940, publicado en LL, t. 19, p. 483.

⁹ “Acosta Elsa E. c/ Raja Jorge”, CNCom, Sala C, Diciembre de 1974, publicado en ED 61 – 585.

¹⁰ “Di Blasco Domingo s/ sucesión” Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, 6/06/87.

hereditaria, publicidad y medio de oponibilidad de ella a terceros¹¹. Y si los herederos no son titulares de los bienes no podrían aportarlos a una sociedad.

Las diferencias entre sociedad y comunidad son notorias. Anotamos las siguientes:

a) En la sociedad son los bienes los que están en función de la actividad, colocándose en un plano exclusivamente instrumental, mientras que en la comunidad la actividad está en función de sus bienes y su goce¹².

b) La sociedad es un sujeto de derecho, no así la comunidad, en la cual los sujetos son varios y no existe otro independiente de ellos. La existencia de una sociedad *“supone una personalidad distinta de la de sus integrantes, que los desplaza en los negocios jurídicos”*¹³. La comunidad hereditaria, en cambio, es un condominio que recae sobre la herencia globalmente considerada como una unidad; la relación de los comuneros entre ellos y con la cosa común es, fundamentalmente, distinta a la relación que existe entre los socios y los bienes sociales, cualquiera sea la clase de sociedad. La herencia tiene tantos dueños como coherederos; los bienes de la sociedad no tiene más dueños que ésta y en modo alguno es un condominio de los socios. En consecuencia, en las sociedades, especialmente en las de personas, los socios no pueden disponer de su cuota (arts. 131, 139, 152, 124 y 215, LGS), mientras que sí puede hacerlo el coheredero (arts. 2302 al 2309, CCyC).

c) La sociedad, en principio, perdura durante el término fijado en el contrato de constitución (art. 11 inc. 5, LGS), y en el caso de las sociedades no tipificadas y sin estipulación escrita del pacto de duración, los socios que deseen permanecer en la sociedad pueden evitar la disolución pagando a los salientes su parte social (art. 25, LGS). La comunidad hereditaria, salvo excepciones, es de carácter transitorio y pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación, sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero (art. 2364, CCyC).

d) La sociedad sólo puede nacer de un contrato; la comunidad hereditaria no surge por vía de convenio sino por ley, por lo que no existe base negocial ni comunidad de fin, sin perjuicio de la existencia de pactos que superponen a la indivisión una organización similar a la societaria¹⁴.

La declaratoria de herederos o la sentencia que aprueba el testamento no implican adjudicación de los bienes de una empresa unipersonal a una sociedad compuesta por los herederos, pues la constitución de una sociedad exige una concreta y expresa manifestación de voluntad de los socios.

Como bien sostuvo un fallo de la Cámara Comercial: *“No toda hacienda en actividad implica para sus titulares la constitución de un vínculo societario entre ellos, ya que, para que el condominio se transforme en sociedad es preciso un acuerdo de voluntades con ese objeto y la existencia de una finalidad de lucro, pudiendo por hipótesis mantenerse la comunidad para gozar de sus frutos y no de sus beneficios, como cuando se arrienda el fondo para percibir un alquiler, o cuando dicho fondo es objeto de una comunidad no*

¹¹ “Labayru, José María c/ Reg. Prop. Inmueble”, CNCiv., Sala F, 20/02/2004. “Ferretti Hernán Mario c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ Recurso directo a cámara”. , CNCiv., Sala E, 12/06/2017. “R. L., S. c/ R., E. D. y otro s/ División de condominio”, CNCiv., Sala A, 30/11/2017.

¹² RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel: “Derecho Societario”, Astrea, Bs.As., 1997, p. 23 y 24, citando a FERRI, Giuseppe, “Le società”. Torino, Utet, 1971, p. 23 y a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, Zaragoza, Pórtico, s/fecha, p. 334.

¹³ S. T. Chubut, LL, 141-633 (25.267-S).

¹⁴ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel: “Derecho Societario”, Astrea, Bs.As., 1997, p. 23.

contractual, como el caso típico de la comunidad hereditaria sobre un fondo, en el que naturalmente no hay sociedad (cfr. Carnelutti, F., “Azienda commerciale in comunione”, *Rev. Dir. Com.*, 1915, t. II, p. 726 y sges.)¹⁵.

El CCyC ha puesto fin al largo debate doctrinario y jurisprudencial acerca del alcance de la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en los registros correspondientes a los bienes, y si con dicha inscripción se ponía fin o no a la indivisión hereditaria. En efecto, el art. 2.363, CCyC establece claramente: “La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos”. (El subrayado me pertenece).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, “sólo” es un adverbio utilizado en lugar de “solamente”, que significa “de un solo modo”. Por tanto, “la única forma de poner fin al estado de indivisión hereditaria es la partición, descartando cualquier otra forma de extinción”¹⁶.

En consecuencia, y mientras los legitimados a hacerlo (herederos, acreedores y legatarios referidos en el art. 2.364, CCyC) no pidan la partición, si la herencia contiene un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica y hay más de un heredero, no habrá sociedad sino comunidad, que puede mantenerse por un plazo no mayor a diez años en los casos prescriptos por los arts. 2330 inc. b) (imposición del testador a sus herederos), 2332 (oposición del cónyuge supérstite) y 2333, CCyC (oposición de un heredero que haya participado activamente en la explotación de la empresa).

Por ello, conforme al art. 1.442, tercer párr., CCyC, a dicha comunidad no se le aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad.

4. Tratamiento impositivo durante la indivisión hereditaria.

El derecho tributario ha creado un sujeto pasivo en particular para los impuestos a la renta y al patrimonio. En efecto, las sucesiones indivisas, creadas por el art. 5°, LPF son contribuyentes del impuesto a las ganancias y sobre los bienes personales a partir del día siguiente al del fallecimiento del causante y hasta la fecha de la declaratoria de herederos o de la sentencia que declara válido el testamento que cumpla la misma finalidad (art. 36, Ley 20.628 (t.o. 2019) y art. 17, Ley 23.966, respectivamente).

Durante el período en que existe indivisión hereditaria entre los herederos, esto es desde el dictado de la declaratoria de herederos o sentencia que declara válido el testamento y por el período que corresponda hasta la fecha en que se apruebe la cuenta particionaria, judicial o extrajudicial, existe transparencia fiscal¹⁷ y las ganancias de la sucesión se distribuyen entre los herederos y legatarios, que pasan a ser contribuyentes en proporción a su participación en el haber hereditario (art. 37, LIG).

En consecuencia, tanto en el impuesto a las ganancias como en el impuesto sobre los bienes personales, las leyes tributarias se han apartado del concepto de indivisión hereditaria, que no es sujeto de derecho, creando la figura de la “sucesión indivisa”, la cual reviste la condición de sujeto a los efectos tributarios, aun cuando por simplicidad la AFIP haga uti-

¹⁵ “Murias Linares, Redosindo c/ Canillas Alvarez, Aurelio s/ Ordinario”, CNCom, Sala D, 28/12/2009.

¹⁶ “Ferreti, Hernán Mario c/ Registro de la Propiedad Inmueble Expte. 40/2017 s/ Recurso directo a Cámara”, CNCiv, Sala E, 12/06/2017.

¹⁷ “Sucesión de Francisco A. La Grottería”, TFN, Sala B, 18/05/2001.

lizar la misma clave única de identificación tributaria que el causante, y si bien existe una coincidencia material entre la indivisión hereditaria y la sucesión indivisa, ésta abarca un periodo menor ya que transcurre desde el día siguiente al del fallecimiento del causante hasta la declaratoria de herederos o aprobación del testamento.

En cambio, con relación al impuesto al valor agregado, atento a que la ley del gravamen no da una definición de sucesión indivisa, sino que parece haber adherido a las normas civiles, la indivisión hereditaria continúa hasta la aprobación o inscripción de la cuenta particionaria, fecha hasta la cual en este impuesto se utiliza la misma CUIT del causante¹⁸.

En consecuencia, es disímil el tratamiento tributario que corresponde si estamos en presencia de un estado de indivisión o comunidad hereditaria o de una sociedad de hecho.

Por ejemplo, en la indivisión hereditaria el impuesto sobre los bienes personales lo liquida cada integrante de la comunidad; en la sociedad de hecho en cambio lo liquida la sociedad.

La transferencia de derechos hereditarios no está gravada por el impuesto a las ganancias; sí lo está la transferencia de participaciones en una sociedad de hecho.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AFIP: Administración Federal de Ingresos Públicos.

C.C.: Código Civil, redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, sancionado por Ley 340 el 29 de setiembre de 1869, vigente desde el 1° de enero de 1871 hasta el 31 de julio de 2015, derogado por el art. 4, Ley 26.994.

CCyC: Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por el art. 1, Ley 26944, vigente desde el 1 de agosto de 2015.

CNCiv: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

CNCom: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley 17.454 (t.o. 1981)

CUIT: Clave Única de Identificación Tributaria

DI ASLE: Dirección de Asesoría Legal

LGS: Ley General de Sociedades N° 19.550 (t.o. 1984), con las sustituciones aprobadas por el art. 2, Ley 26.994 establecidas en su Anexo II, y las derogaciones establecidas por el art. 3.

LIG: Ley de Impuesto a las Ganancias N° 20.628 (t.o. 2019)

LPF: Ley de Procedimiento Fiscal N° 11.683.

RG: Resolución General.

SDG TLI: Subdirección General de Técnico Legal Impositiva.

S.T. Chubut: Superior Tribunal de Chubut.

¹⁸ Dictamen DAT 99/2007.

REPENSAR A LA SAS

Gustavo Adrián Somoza López

PONENCIA

I. Objetivo:

Con la presente trato de estimular el debate respecto a una serie de situaciones que podemos calificar de conflictivas relacionadas con el tipo social que surgió en nuestro país con la sanción de la Ley del Capital Emprendedor, cual es la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). El ánimo del presente es analizarlos de modo objetivo y a la vez lograr que pensando juntos en este ámbito busquemos como mejorar la regulación de este tipo social y que realmente tenga un uso que sea palanca para ayudar en la construcción de su empresa a los genuinos emprendedores, partiendo que con algunas modificaciones puede ser un tipo social útil al desarrollo económico local. que este tipo social no sea estigmatizado pero que también que se evite un uso desviado de la misma.

II. Análisis del régimen. Pensando alternativas:

El régimen societario argentino está fundamentalmente contenido en la Ley General de Sociedades N° 19.550 (LGS) surgido luego de la unificación del derecho privado local ocurrido en el año 2014 y vigente desde el 01/08/2015¹, pero el tipo social que es objeto del presente se regula a partir de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N° 27.349 (LACE)² a partir del artículo 33, este es un tema no menor , la S.A.S. es un tipo social pero que se regula en el marco de una ley que tiene la pretensión de ser palanca para el desarrollo de los emprendedores (sería interesante que alguna vez los argentinos dejemos de pensar que con una ley se soluciona un problema sino avanzamos en políticas integrales y consistentes). Conforme la LGS las sociedades pueden constituirse por instrumento público o instrumento privado, artículo 4 LGS, excepto las sociedades anónimas que en virtud del artículo 165 LGS exige que solo lo sean por instrumento público, las SAS pueden ser constituidas por instrumento público, privado (con gran amplitud en cuanto a su certificación) y también de modo digital y de optar por el instrumento constitutivo modelo aprobado por la IGJ (en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) serán inscriptas en el plazo de 24 horas(es interesante considerar que para mi ello no es una virtud dado que sacar una sociedad exprés no creo que sea algo virtuoso , debemos analizar más en profundidad el tipo) . Hasta el año 2015 con la reforma de la Ley 26994 en que se introduce la sociedad anónima unipersonal a partir de la reforma al artículo 1 de la LGS la unipersonalidad societaria estaba vedada en nuestro Derecho a pesar de varios intentos previos de introducirla , dicha reforma genero la denominada SAU la cual por sus especiales características fue rechazada como instrumento idóneo para dotar de instrumentalidad el armado de empresas y a partir de abril del 2017 a través de la LACE al introducir la SAS también permite que la misma pueda tener un solo socio pero con la particularidad de eliminar las exigencias que el legislador del año 2015 le impusiera a la SAU (las cuales luego fueron derogadas en el

¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>

² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=273567>

año 2018) con ánimo de evitar el uso fraudulento de dicho tipo social. En la jurisdicción de Ciudad Autónoma de Buenos Aires el objeto de las sociedades podía ser múltiple, ello se subsana con la nueva conducción de la IGJ con la resolución nro.05/2020. En el caso de las SAS, dicha disvaliosa situación anterior a la resolución de la IGJ nro. 05/2020 se veía agravada dado que incluso va más lejos, dado que el objeto social podrá ser amplio y plural, y las actividades que lo constituyan podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas; lo cual no es malo per se, pero si es riesgoso si lo sumamos a otras características de la SAS tales como capital social ínfimo y limitación de la responsabilidad de los socios. Al respecto no deja de ser contradictorio (por no decir tragicómico) que el estatuto tipo para la S.A.S. redactado en su oportunidad textualmente respecto al objeto social decía: La sociedad tiene por objeto dedicarse, por cuenta propia o ajena, o asociada a terceros, dentro o fuera del país la creación, producción, inter-cambio, fabricación, transformación, comercialización, intermediación, re-presentación, importación y exportación de bienes materiales, incluso recursos naturales, e inmateriales y la prestación de servicios, relacionados directa o indirectamente con las siguientes actividades: Agropecuarias, avícolas, ganaderas, pesqueras, tamberas y vitivinícolas; Comunicaciones, espectáculos, editoriales y gráficas en cualquier soporte; Culturales y educativas; Desarrollo de tecnologías, investigación e innovación y software; Gastronómicas, hoteleras y turísticas; Inmobiliarias y constructoras; Inversoras, financieras y fideicomisos; Petroleras, gasíferas, forestales, mineras y energéticas en todas sus formas; Salud, y Transporte., por supuesto(siendo irónico por supuesto) todos conocemos emprendedores que se dedica al negocio petrolero; gasífero, minero y energético, obviamente con ello queda palmario que no se considero que lo debe ser el uso adecuado del tipo de la S.A.S. es impulsar al genuino emprendedor. En algunos tipos de sociedades se requieren legalmente ciertos capitales sociales mínimos. En las SA y las SAS, el capital social se divide en acciones, representadas en títulos nominativos no endosables o escriturales; pero por razones insondables el legislador de las SAS determino que ante carencias de normas la remisión era al régimen de la SRL en la LGS, lo cual a mi entender debería ser mejorado haciendo una remisión a la SA. Al respecto me parece adecuado la introducción que la Resolución de la IGJ nro. 05/2020 que expresa que La Inspección General de Justicia exigirá una cifra de capital social inicial superior a la fijada en el acto constitutivo si advierte que, en virtud de la naturaleza o las características de las actividades comprendidas en el objeto social, el capital resulta manifiestamente inadecuado, con lo cual evidentemente se busca evitar la infra capitalización tan común en nuestro medio.

3. Las ventajas son rasgos tipificantes o ventajas para actuar en el mercado:

Algunos autores consideran que la rapidez con la que se deben inscribir las SAS que presentan un estatuto tipo debe ser considerado como un rasgo tipificante, lo cual a mi entender es un error, dado que si pueden ser considerados rasgos tipificantes los siguientes:

- Socios que de modo indistintos se los llama socios o accionistas y limitan su responsabilidad al capital integrado.
- Objeto social plural y aun sin conexidad.
- Capital social mínimo de dos salarios mínimos, vitales y móviles.
- Acto constitutivo por instrumento público, privado o digital, debiendo ser inscripto en la IGJ al igual que sus reformas.
- Posibilidad de tener un socio o más.
- Flexibilidad en la organización interna merced a un ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Procederé a analizar las cuestiones del tipo que a mi entender merecen repensar el régimen para su mejora, tales como:

- Debe llamarnos la atención para reflexionar y pensar alternativas es la conjunción de capital mínimo, limi-

tación de la responsabilidad de los socios al capital que aporten y de modo simultaneo un objeto polifuncional con lo cual el riesgo de la infracapitalización deja de ser un riesgo y pasa a ser una certeza. b. Excesivo plazo para mantener los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones hasta por 24 meses, contrario sensu con otros tipos sociales. c. Ausencia de la fiscalización estatal permanente aun ante una SAS con un capital del inc. 2 del artículo 299 LGS. d. Pareciera claro que ante ausencias normativas de la norma especial se aplica de modo supletorio la LGS en tanto sea conciliable con la LACE. Lo cual merece una observación dado que debemos si considerar la ley especial, la LACE, pero también debemos considerar que existe un Código Civil y Comercial de la Nación que en la parte específica que regula persona jurídica en su artículo 150 determina en cuanto a leyes aplicables, las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las SAS son un tipo social atractivo por razones tales como su digitalización y de una autonomía de la voluntad de los socios que está limitada por muy pocas disposiciones imperativas (por ejemplo, derechos de información y dividendos de los socios, responsabilidad de los administradores, disolución y liquidación) y que, en consecuencia, permite organizar la sociedad de manera mucho más adecuada a las necesidades y deseos de cada empresa en particular.

4. Remedios ante el posible uso desviado de la SAS:

Los críticos de este tipo social consideran que la SAS es un tipo social que facilitaría el uso fraudulento del ropaje de la persona jurídica diferenciada, pero la realidad es que el orden jurídico vigente nos da una herramienta idónea para poder resolver dicha problemática cual es la inoponibilidad de la persona jurídica tanto en la regulación del artículo 144 del CCCN como del artículo 54 de la LGS. Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió por este tema en la causa “Palomeque” (fallo del 03.04.03) : “La personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades anónimas, y que ésta configura un régimen especial, porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía”.³ Limitó, en ese contexto, la eficacia de la norma en cuestión a los supuestos en los que se trate de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, que prevaleciéndose de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales, en la causa “Cingiale, María v. Polledo Agropecuaria S.A.” (Fallo del 05.03.02)⁴ que haya mediado utilización ilegal del contrato de sociedad y no ilegalidad de ciertos actos por ella realizados. Esta tesis, restrictiva, según la distinción que hace la doctrina, postula, en síntesis, la diferenciación de la personalidad de la sociedad con la de los socios y la limitación de responsabilidad de éstos; de forma tal que la existencia de empleados “en negro”, si bien es un acto ilícito, no constituye una actuación extrasocietaria, y por tanto,

³ Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ Recurso de hecho. SENTENCIA 3 de Abril de 2003. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: EDUARDO MOLINE O’CONNOR - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ANTONIO BOGGIANO (en disidencia)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ - JUAN CARLOS MAQUEDA. Id SAIJ: FA0300090

⁴ “Cingiale, María v. Polledo Agropecuaria S.A.” CSJN (fallo del 05.03.02)

no justifica la caída del velo societario y la responsabilidad de los controlantes. “ Por su sola calidad de socio, ante la aplicación del instituto referido y quedando a la vista el verdadero accionar e interés de los demandados, debe responder por los actos llevados a cabo por la sociedad que él integraba, en claro perjuicio de los acreedores en tanto que con su voluntad autorizó que el objeto social en virtud del cual fue constituida TI Intertele SRL se desviara. ”No cabe duda que el instituto de la extensión de la responsabilidad patrimonial a todo el conjunto económico de una multinacional es un recurso genuino del derecho contemporáneo para hacer justicia en una sociedad globalizada. Aquella decisión de noviembre de 1971, confirmada por la Corte el 4 de septiembre de 1973. ⁵...El art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la sociedad que el legislador reputa contraria a derecho por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros. Y para lograr ese particular efecto jurídico, la referida acción se vale de un vehículo determinado, a saber, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria, no del tipo social, como alguna doctrina ha creído (véase mis votos en las causas: “Merlo, Juan Manuel c/ Ponce, Diego Martín y otros s/ despido”, sentencia del 25/2/08; y “Gasulla, Eduardo y otro s/ Altos Los Polvorines S.A. y otros s/ sumario”, sentencia del 27/9/09).” (Del voto de la mayoría).⁶ Debemos considerar que la SAS tiene personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios. Para lo cual tenemos fundamento no solo en la ley de capital emprendedor sino también la LGS dado que por aplicación del artículo 33 de la ley nro. 27.349 podemos aplicar supletoriamente en tanto se concilie con dicha ley del capital emprendedor., y en la LGS encontramos el artículo 2 que determina que la sociedad tiene personalidad propia con el alcance fijado por la ley, en el caso de la SAS tanto de la ley de capital emprendedor como de la LGS. Dado que puede ser constituida tanto por una o varias personas humanas o jurídicas las cuales limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban, con lo cual vemos dos situaciones simultáneas cuales son la persona de la SAS diferente de la del socio/s que la integran y la limitación de la responsabilidad. Pero ante la producción de un supuesto que configure un obrar destinado a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros hace que podamos aplicar el remedio que se regula tanto el artículo 54 in fine de LGS como en el artículo 144 del CCCN inserto en la parte que regula la persona jurídica en el código unificado. Considero que una falla en la utilización del tipo social de la S.A.S. no es que sea un tipo social fraudulento per se , sino que no considerar el hecho de que es un tipo regulado en la ley dedicada al emprendedor y no a otro empresario , y que por ende debería ser un tipo usado por genuinos emprendedores (no por dueños de empresas petroleras , energéticas o mineras) , lo cual nos obligaría a que se cree un registro de emprendedores, considerando por ejemplo nivel de facturación , cantidad de trabajadores y que también exija que la sociedad se transforme en alguno de los tipos regulados en la LGS una vez que supere determinado nivel de facturación (por ejemplo es uno de los posibles parámetros a considerar, a lo cual sería interesante debatir que otros más podemos considerar).

⁵ Migal Publicidad S.A. c/ Ti Intertele S.R.L. s/ Ordinario” – CNCOM – 30/10/2014. Cámara Nacional en lo Comercial Sala C

⁶ Merlo, Juan Manuel c/ Ponce, Diego Martín y otros s/ despido”, sentencia del 25/2/08; y “Gasulla, Eduardo y otro s/ Altos Los Polvorines S.A. y otros s/ sumario”, sentencia del 27/9/09.

5. Conclusiones:

La SAS es un nuevo tipo social que se regule por fuera de la LGS (me pregunto porque decimos ley general si sancionamos leyes por fuera como en el caso de la SAS como en el proyecto de las sociedad B o BIC) que se fundamento en la necesidad de dar un instrumento jurídico valido para facilitar la constitución de sociedades a los emprendedores, pero que en la practica se desnaturalizo ello , y con este trabajo busco no pedir la derogación del tipo social de la S.A.S sino su mejora para un uso acorde a la ratio legis de la LACE . Al respecto siempre me pregunte si so pretexto de dar un instrumento jurídico flexible para un emprendedor debo regular el tipo social por fuera de la LGS, tengo que fijar un capital mínimo, con responsabilidad social limitada y un objeto múltiple sin limitación alguna? y sumado a ello excluir de toda la vida social de la SAS al Registro Público, la respuesta por supuesto parece ser negativa. "...dado que la función de fiscalización que interesa al caso, es la que cabe atribuir a esa Inspección sobre las sociedades, forzoso es concluir que las normas a considerar a estos efectos son las que se hallan en los arts. 300 y siguientes de la LGS, que es la ley que se ocupa de estas sociedades cuando son cerradas, dentro de las cuales se encuentra la apelante". "...mientras el control permanente sólo se aplica a las sociedades previstas en el art. 299, el llamado "control limitado" rige respecto de las sociedades por acciones en general". "...mientras el control permanente se extiende al "... funcionamiento, disolución y liquidación..." de las sociedades alcanzadas, el limitado afecta a aquellas otras, pero de modo ocasional, esto es, circunscripto a la constitución, a las reformas y a ciertas variaciones de su capital". "Ese régimen rige de pleno derecho, es decir, cada sociedad queda sometida al control que le corresponda, sin necesidad de ninguna comprobación adicional. No obstante, no es inmutable, pues, si se dan las circunstancias previstas en la ley (art. 301), el control que nace limitado puede devenir permanente, extendiéndose en esos casos a otras sociedades, aun no comprendidas en el art. 299. En tal supuesto, el control deja de ser ocasional -esto es, limitado a la constitución, a la reforma y a aquellas variaciones del capital- para pasar a extenderse a todos los actos realizados "durante el funcionamiento, disolución y liquidación" de la sociedad de que se trate, afirmación que, se reitera, no avanza sobre cuál sea la consistencia del control en uno y otro caso". "Esa mutación puede suceder sea a instancias de un legitimado -accionistas que representen el 10% del capital o cualquier síndico, dice la ley-, sea porque la autoridad de control decida actuar de oficio, ejerciendo esa atribución de intensificar el control cuando "...lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público".⁷ "Es sumamente rebuscado pretender que una ley que establece el control de las sociedades por acciones no sea aplicable a las SAS." "Es del todo inconcebible que por un lado se admita - tal como lo hace la recurrente - que la policía comercial sea materia no delegada por las provincias y, a renglón seguido, se pretenda que tanto la ley provincial como la autoridad de control que ella crea no puedan controlar un tipo social que, claramente, divide su capital en acciones." "La Ley 6.926 se refiere a sociedades por acciones y no sólo a la sociedad anónima - que es una especie de aquéllas - y que, a todo evento, en noviembre de 20 17 se sancionó la Ley Provincial 13.736, que tiene por fin reglamentar el control de las SAS en la Provincia de Santa Fe, por la que se simplifica el trámite de las SAS evitando el doble control, según la disposición de su art 2°." "Vale recordar que las provincias preexisten a la Nación en el

⁷ "Inspección General de Justicia c/ Arte Inmobiliario S.A.S. s/organismos externos" – CNCOM – SALA C – 18/02/2021

orden jurídico, de ahí que ésta sólo pueda ejercer las atribuciones delegadas. Así, no se han delegado las facultades de policía administrativa del comercio, como claramente surge del juego de los arts. 75, inc. 12, 122 Y 123 de la Constitución Nacional.”“La Ley 22.315 es una ley nacional, que establece la aplicación en la Capital Federal y Territorios Nacionales (art. 2), pues el resto es de competencia reservada a las Provincias, por lo cual lo que se predique respecto de extrañas jurisdicciones carece de relevancia en lo que refiere a la provincia de Santa Fe, se trata de poderes no delegados a la Nación, por lo tanto, el sistema básico y principal es el ordinario provincial.”⁸

Para concluir el presente, estimo necesario e imprescindible que toda modificación normativa al respecto considere la solución de las siguientes problemáticas: a. Recuperar la idea original del legislador para que la SAS sea un instrumento útil para los emprendedores , pero hoy no es necesario ser emprendedor para constituir las S.A.S, pues no se creó un registro de emprendedores, el cual debería ante todo la ley definir que es emprendedor (por ejemplo se puede considerar nivel de facturación, cantidad de trabajadores, entre otros parámetros).b. Se habilito un objeto tan amplio que no se puede controlar si el capital es suficiente para cumplir su finalidad, si bien con la resolución de la IGJ nro. 05/2020 se modifica ello en el ámbito de CABA, lo que propongo es modificar la LACE para que ninguna jurisdicción pueda con su normativa por el registro público local permita perpetuar dicho uso desviado del tipo. c. Inicialmente no inscriben balances por resolución, no se sabe qué capital poseen y con qué patrimonio podrían responder. d. Un capital social respecto al cual propongo replicar en la LACE el texto que al respecto expresa la Resolución nro. 05/2020 de la IGJ.

⁸ “Los Kaiser S.A.S. s/ constitución de sociedad” - CÁMARA DE APELACIÓN CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE VENADO TUERTO (Santa Fe) – 26/06/2019

CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV PARA LLEVAR CONTABILIDAD REGULAR, RUBRICAR SUS LIBROS E INSCRIBIRSE VOLUNTARIAMENTE EN EL REGISTRO PÚBLICO

Sergio Pablo Suárez

SUMARIO

No existe impedimento legal para que una sociedad de la Sección IV pueda llevar contabilidad. Antes bien, el art. 320 CCCN obliga a llevarla a todas las personas jurídicas, y además faculta a cualquiera otra persona a llevarla, si solicita su inscripción.

De la interpretación armónica de los arts. 320 y 323 CCCN, se infiere que las sociedades de la Sección IV pueden solicitar la rúbrica de sus libros.

No hay impedimento para que las sociedades de la Sección IV soliciten la inscripción voluntaria de su contrato, sin que ello implique presunción de conocimiento y de legalidad de sus cláusulas, ya que no existe razón de orden público que impida dicha inscripción.

Fundamentación.

Introducción. El art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) dispone en su primera parte que,

“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros, como se establece en esta misma sección”.

No obstante la amplitud de sujetos que la norma habilita para llevar una contabilidad regular, sustentada en libros rubricados, no se tiene conocimiento de que haya sido admitida la habilitación de libros de sociedades incluidas en la Sección IV del cap. I de la ley societaria (en adelante “Sociedades de la Sección IV”) por los distintos Registros Públicos, ni que esta posibilidad haya sido mayormente considerada por la doctrina, salvo que se ha sostenido la posibilidad de acudir a la regla de la rubricación “voluntaria” prevista en el primer párrafo, segunda parte, del art. 320 CCCN¹, disposición que posibilitaría la inscripción de la sociedad, al efecto de rubricar sus libros.

Pero esta posibilidad ha sido descartada por completo en una reciente resolución particular de la IGJ², en la cual se afirma que las sociedades de la Sección IV carecen de capacidad para rubricar sus libros: en ella, con sustento en lo dispuesto por el primer párrafo del art. 320, se sostiene que: a) sólo puede llevarse contabilidad legal “si existe previa inscripción del mismo sujeto en el registro público local”³, b) esta inscripción no es admisible para una

¹ FAVIER DUBOIS, Eduardo (h) “Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”.

² Resolución Particular IGJ n° 0000073, del 2 de febrero de 2002.

³ “... una coherente interpretación del artículo 320 del Código Civil y Comercial de la Nación, lleva a la conclusión de que solo puede

sociedad de la Sección IV⁴, siendo “de toda evidencia que los conceptos de “inscripción” y “rubricación de sus libros” están inescindiblemente vinculados”.

Crítica de la posición que deniega a esta clase de sociedades capacidad para la obtención de libros que sustenten su contabilidad. A nuestro juicio, una interpretación sistemática de las disposiciones contenidas en los arts. 320 y ss. del CCCN, lleva a sostener la factibilidad de la rúbrica de libros por estas sociedades.

Una primera crítica de la postura restrictiva, obedece al hecho de que dicha interpretación contradice los términos literalmente expuestos en el citado art. 320 CCCN: obsérvese que la norma evidencia una clara ampliación de los sujetos que están obligados a llevar contabilidad, al incluir “a todas las personas jurídicas (sean o no sociedades) y a todas las empresas individuales... También puede cualquier persona no obligada a llevar contabilidad hacerlo, solicitando su inscripción, habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros”⁵.

La disposición no sólo no excluye a ninguna persona jurídica de la obligación de llevar contabilidad, sino que asimismo faculta a cualquier persona no obligada a llevar contabilidad a hacerlo, si cumple los requisitos que a continuación indica: “si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de sus libros”. Nótese que la norma no dice “si solicita su inscripción... y la rubricación de sus libros”.

La disyunción destacada, permite dudar de la interpretación según la cual, para la ley, los conceptos de “inscripción” y “rubricación de libros” estén “inescindiblemente” vinculados⁶. A mi juicio, no existe tal *inescindibilidad*, no al menos en el sentido que pretende otorgarle la resolución criticada, ya que la norma legal *no se está refiriendo necesariamente a la inscripción del art. 7 de la LGS, sino a otra clase de inscripción*, tema sobre el que luego se volverá. El hecho de que cualquier persona pueda llevar contabilidad “si solicita inscripción y la habilitación de sus registro o la rubricación de sus libros”, lleva a considerar que lo que la norma pretende es que toda persona que quiera llevar la contabilidad en debida forma, pueda hacerlo, a condición de que se registre y/o rubrique sus libros (pues ello es lo que, literalmente dice la disposición), y no en cambio, que deba tratarse de una sociedad típica, regularmente constituida, pues de ser ese el sentido que se hubiera querido dar a la disposición, no hubiera sido necesario el párrafo final (“Cualquier otra persona puede llevar contabilidad...”) ya que las sociedades típicas regulares se encuentran incluidas en el primer párrafo de la disposición.

Confirma lo expuesto el art. 323 CCCN, que regula la rúbrica o habilitación de libros, y que en su parte final dice:

“El Registro debe llevar una nómina alfabética, de consulta pública, de las personas que solicitan rubricación de libros o autorización para llevar los registros contables de otra forma, de la que surgen los libros que les fueron rubricados y, en su caso, de las autorizaciones que les confieren” (el subrayado me pertenece).- El término *personas* es abarcativo

llevar si existe una previa inscripción del mismo sujeto en el registro público local”.

⁴ “... resulta inadmisibles sostener que una sociedad que ha prescindido voluntariamente de la inscripción... pueda no obstante llevar una contabilidad legal... ya que parece impensable que estas sociedades, **que han omitido voluntariamente cumplir con una obligación de evidente orden público, se beneficien por no constituir sociedades regulares**” (el destacado obra en la resolución citada). Lógicamente, no puede sostenerse que la inscripción societaria sea una obligación de “orden público”, afirmación que desmiente la propia ley al regular en la Sección IV distintos supuestos de sociedades que no se matriculan.

⁵ LORENZETTI, Ricardo L. y colaboradores: “Código Civil y Comercial explicado”, Rubinzal-Culzoni, ed. 2020, Tº I, p. 563.

⁶ Obsérvese, en este sentido, que la doctrina entendió, durante la vigencia del derogado código de comercio, que para inscribir los documentos mencionados en el art. 36 del mismo, no resultaba necesario que el comerciante estuviera inscripto en la matrícula (FERNÁNDEZ, Raimundo L. “Código de Comercio comentado” Sebastián de Amorrortu e hijos, 1951, 2ª reimpr., p. 82, con cita de Segovia, I, n. 134 y Castillo, I, n.º 274.

de las personas humanas y jurídicas.

Del juego armónico de las disposiciones contenidas en los arts. 320 y 323 citados, se desprende que, a) toda persona jurídica debe llevar una contabilidad regular, y esto incluye a todas las sociedades, y no solamente a las sociedades típicas, b) aún si mediaran dudas sobre el alcance de la obligación anterior, la ley faculta adicionalmente a quienes no están obligados a llevar contabilidad, a que puedan hacerlo, siempre que soliciten su inscripción y la habilitación de sus registros, o la rubricación de sus libros, y c) el Registro debe llevar una nómina de todas las personas –sin efectuarse distingo entre personas humanas y personas jurídicas– que solicitan la rubricación de los libros.

Por lo que debe entenderse que, cuando el art. 320 dice “si solicita su inscripción”, no se está refiriendo a la inscripción del art. 7 LGS, sino a una inscripción en un registro especial de la que surjan los libros que les fueron rubricados⁷.

De lo que se infiere que la afirmación de que las sociedades de la Sección IV carecen de capacidad para rubricar sus libros, no tiene sustento en la ley, dado que no existe una disposición que disponga tal restricción de la capacidad de estas sociedades. Y como es sabido, la *capacidad constituye la regla, y la incapacidad la excepción*.

Una sociedad “simple” no es una sociedad “defectuosa”. El Registro Público a cargo de la IGJ ha considerado que las sociedades de la Sección IV constituyen una anomalía societaria y carecen de capacidad para rubricar sus libros.

Más allá de considerar excesiva esta calificación, resulta que el legislador regula en una misma sección a las sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales, y a las que omiten elementos esenciales, tipificantes o incumplen las formalidades legales.

En el primer supuesto nos hallamos frente a sociedades deliberadamente constituidas con apartamiento de los tipos previstos en el cap. II de la ley, es decir, que no presentan ninguna anomalía, dado que la ley las autoriza a constituirse de tal modo. La sociedad simple no debe cumplir requisitos de forma, ya que en principio no se inscribe ni debe cumplir otras formalidades, es decir que la noción de “regularidad societaria” le resulta totalmente ajena, por lo que resulta totalmente inapropiado calificarlas como “anómalas”.

En el segundo supuesto, de las llamadas sociedades “defectuosas”, la peculiaridad que se observa es que el “defecto” que pudieran presentar no conlleva sanción alguna, ya que se le aplica el mismo régimen previsto para las sociedades simples. Por este motivo, pensamos que el razonamiento por el cual se considera que una sociedad defectuosa se vería impedida de rubricar sus libros, no repara en el hecho de que estas sociedades, conviven, dentro de la misma sección, con las sociedades simples, donde ahora encuentran cobijo legal las derogadas sociedades civiles⁸, de las cuales se vuelve a afirmar que carecen de vicio alguno. *La registración de las sociedades de la Sección IV resulta factible al no estar vedada por la ley*. En los apartados anteriores, se ha sostenido que las normas del CCCN –contrariamente a lo afirmado por la IGJ– no contienen impedimento alguno para que una Sociedad de la Sección IV pueda rubricar sus libros, debiendo el Registro limitarse a registrarla en una nómina de aquellas personas que han solicitado libros.

Por otro lado, y no obstante que –en nuestra opinión– estas sociedades no tienen que ins-

⁷ Agradezco esta observación a Enrique Skierski.

⁸ Compartimos la opinión de quienes ahora ubican a las sociedades civiles entre las “sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales” del art. 21 LGS.

cribirse como tales para rubricar libros, nótese que la ley societaria no contiene ninguna disposición que vede la registración de las sociedades de la Sección IV.

Particularmente, considerando el caso de las sociedades civiles devenidas sociedades simples, durante la vigencia de los códigos civil y comercial, no cabía pensar que las sociedades civiles se inscribieran en el Registro Público de Comercio. Pero, ¿Qué sucede ahora, que estas formas societarias se han desplazado a la Ley General de Sociedades, y cuando, asimismo, el Registro Público de Comercio, ha devenido en Registro Público?

No se trata solamente de las sociedades simples, sino que, en general, advertimos que no existe una norma que prohíba la inscripción de las Sociedades de la Sección IV. Cuando esto afirmamos, no estamos pensando en la inscripción del art. 7 LGS, que califica a la sociedad de *regularmente constituida*, sino en una matriculación voluntaria, que hallaría correspondencia con el "registro" al que se refieren los arts. 320 y 323 CCCN, de efectos limitados, que permita dar conocimiento de la existencia de estas sociedades, y de las reglas contractuales que las rigen, dado que el contrato puede ser invocado respecto de los terceros que lo conocieron, según lo autoriza el art. 22 LGS, y solicitar a partir de la misma la habilitación de sus libros. Esto sería aplicable no sólo a las sociedades simples, sino a los restantes subcategorías previstas en el art. 21 LGS, incluyendo las sociedades de hecho e irregulares.

El punto de partida de la posición que se critica, parece fundarse en el principio de que sólo cabe la registración de los actos taxativamente previstos por una norma, como podría ser la inscripción que dispone el art. 7 LSG. Sin embargo, esta opinión dista de ser una posición pacíficamente admitida. De acuerdo a lo que enseña la doctrina clásica ampliamente mayoritaria, la enumeración que contenía el código de comercio de los actos que debían inscribirse en el Registro Público de Comercio no era taxativa sino *enunciativa*, lo que fue destacado, entre otros autores, por Satanowsky⁹, Zavala Rodríguez¹⁰, Malagarriga¹¹ Halperín¹², Fernández¹³ y Anaya-Podetti¹⁴, habilitando de tal modo la posibilidad de que los comerciantes inscribiesen actos que no estaban enumerados en el art. 36 del derogado Código de Comercio. De este modo se admitió, por ejemplo la inscripción de la disolución de una sociedad de hecho¹⁵, criterio ulteriormente adoptado en las resoluciones administrativas¹⁶.

La Cámara Comercial de la entonces Capital Federal siguió, en varios casos, esta línea argumental¹⁷, sosteniendo el carácter no taxativo de la enumeración del art. 36, ya que no puede invocarse en contrario una razón de orden público¹⁸.

Destaca Halperín que deben distinguirse los efectos de las inscripciones obligatorias y de las voluntarias: "mientras la inscripción de los que obligadamente deben inscribirse hace

⁹ "Esa enumeración no es taxativa, pues no estando expresamente excluida por la ley, nada obsta a que se proceda a la inscripción de actos jurídicos análogos, ya que tampoco puede invocarse en contrario una razón de orden público..." (SATANOWSKY, M, "Derecho Comercial", TEA, 1957, III, p. 256).

¹⁰ ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J. "Código de Comercio comentado", Ediciones Depalma, 1964, Tomo I, p. 87).

¹¹ MALAGARRIGA, Carlos, "Derecho Comercial", TEA, 1963, p. 870, nota 18, donde se citan diversos precedentes de la Cámara Comercial, en los cuales se admitió que la enumeración del art. 36 del código de comercio no era taxativa.

¹² "Pueden inscribirse en el Registro toda clase de actos que realicen los comerciantes que hagan a la publicidad de la consistencia de su patrimonio, incluso que no figuren en el elenco del art. 36; no sólo resulta del art. 35, sino que no se percibe el interés en no hacerlo, como lo reconoció nuestra jurisprudencia". HALPERÍN, I. "Curso de Derecho Comercial", Ediciones Depalma, 1973, p. 119).

¹³ FERNANDEZ, Raimundo L, op. cit. Tº I, p. 82, p. 82.

¹⁴ ANAYA, J. - PODETTI, H, "Código de Comercio y Leyes Complementarias", I, p. 459, con cita de Fernández y Fontanarrosa, Malagarriga, Satanowsky y Zavala Rodríguez en nota 101.

¹⁵ SATANOWKY, M. , op. cit., p. 256.

¹⁶ V.gr art. 184 de la RG ICJ 184/2005, el cual preveía, para el caso de disolución de una sociedad no constituida regularmente, de la previa o simultánea inscripción al sólo fin liquidatorio, de la regularización de la sociedad.

¹⁷ Ver los fallos citados por MALAGARRIGA, en la nota 18 citada, ZAVALA RODRIGUEZ, I, p. 87 nota 10, y SATANOWSKY, p. 256, notas 31 a 33. 18 Cámara Comercial, 29 de diciembre de 1948, LL, Tomo 53, p. 687.

a éstos oponibles a los terceros... en cambio, la inscripción voluntaria no tiene esa eficacia, sino que es un mero registro del acto, que no libera a quien lo hace valer de acreditar el conocimiento efectivo por parte del tercero a quien se le opone. Adquirirá por ese medio fecha cierta (art. 1035, C. Civ.) y quedará establecida su autenticidad por el reconocimiento que hagan sus otorgantes en el procedimiento de inscripción, que es judicial¹⁹”.

La posibilidad de efectuar inscripciones voluntarias, ha sido reconocida, en otro orden, por la propia Inspección General de Justicia, conforme resulta de la RG 19/2021 (BO 20/12/2021), mediante la cual se dispuso que el Registro Público a cargo de la IGJ procederá a inscribir protocolos de empresa familiar que correspondan a sociedades comerciales inscriptas en el mismo, el cual tendrá por único efecto permitir a los terceros conocer su existencia y alcances, sin que implique presunción de conocimiento ni de legalidad de sus cláusulas. ¿Por qué motivo se le confiere el derecho de obtener una cierta publicidad al protocolo de una empresa familiar, organizada como sociedad regular, no obstante que dicho protocolo puede estar alejado de las normas de la ley de sociedades, a la cual en realidad pretende limitar en sus efectos, y no tiene el mismo derecho una sociedad simple, que ha sido constituida en base a una prerrogativa que la misma ley societaria confiere?

Una inscripción voluntaria posibilitaría una publicidad limitada de estas formas asociativas, congruente con la facilidad que el legislador les confiere de poder oponer su contrato frente a los terceros que hubieran conocido el mismo.

Volviendo al tema anterior, la posibilidad de admitir inscripciones voluntarias, debe correlacionarse con el ya mencionado art. 323 CCCN, que establece la obligación del Registro “de llevar una nómina alfabética, de consulta pública, de las personas que solicitan la rubricación de libros”, por lo que no advertimos qué fundamento habilitaría al Registro a denegar dicha solicitud.

El encargado del Registro es quien está obligado a llevar el Registro en la forma establecida en el art. 323 del CCCN. Y en razón de esta obligación, el art. 340 de la RG 7/2015 ha creado una Matrícula de “Personas humanas con actividad económica organizada”. La propia existencia de este registro demuestra que no existiría impedimento alguno para inscribir sociedades que carecen de la inscripción del art. 7 LGS, de modo que el Registro Público debiera crear una matrícula o registro comprensivo tanto de personas humanas como de sociedades carentes de la inscripción del art. 7 LGS y de otras personas jurídicas no matriculadas en dicho Registro Público²⁰.

Conclusión.- No debe verse en una sociedad regulada por la Sección IV una anomalía de ninguna clase, y esta descalificación resulta particularmente equivocada respecto de las sociedades “simples”, constituidas con deliberado apartamiento de los tipos, con sustento en el principio de autonomía de la voluntad.

Las sociedades simples, y asimismo otras formas “defectuosas”, entre las cuales destacan las sociedades de hecho, por la frecuencia de su empleo, son estructuras asociativas habitualmente empleadas por la microempresa, que resultan apropiadas en función de la pequeña dimensión del negocio que organizan, y nada justifica adoptar una actitud sancionatoria frente a ellas, sino que, por el contrario, deben ser toleradas como signo de la libertad que debe regir en el ejercicio de la actividad económica.

¹⁹ Ibid, p. 119.

²⁰ Otra observación que agradezco a Enrique Skiarski.

El mecanismo propiciado, permitiría a las sociedades de la Sección IV inscribirse voluntariamente, al efecto de obtener la rúbrica de sus libros, posibilitando de tal modo cumplir la finalidad tenida en mira por el legislador, que resulta claramente expuesta en el art. 320 CCC, al establecerse la obligatoriedad para todas las personas jurídicas de llevar una contabilidad organizada.

Pero además, esta registración voluntaria y limitada, permitiría a los terceros conocer la existencia de la sociedad de la sección IV, el contenido de su contrato y las reglas previstas respecto de la responsabilidad de sus integrantes, sin que ello implique ni presunción de conocimiento ni de legalidad del contenido del mismo, posibilitando dotar a estas sociedades de un mínimo de formalidad, sin perjuicio de la gran libertad que continuarían gozando.

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SPA CHILENA Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA SAS ARGENTINA

Oscar Torres Zagal

SUMARIO

La ponencia expone comparativamente los tipos societarios Sociedad por Acciones SpA, chilena incorporada por la Ley N°20.190, de 2007 a los artículos 424 a 446 del Código de Comercio y la Sociedad por Acciones Simplificada SAS, argentina creada por la Ley N°27.349, de 2017, titulada “Apoyo al Capital Emprendedor”, regulada en los artículos 33 a 62. Se releva que ambos tipos societarios y vehículos de inversión, tienen por objeto principal organizar a las pequeñas y medianas empresas y recepcionar capital de riesgo de inversores, apuntando ambas legislaciones a la misma política económica de incentivar los emprendimientos empresariales, simplificado la constitución societaria, incluidas sus constituciones unipersonales, abandonando el paradigma tradicional de sociedad contrato.

I.- La Sociedad por Acciones SpA en el derecho societario chileno

La regulación del tipo societario Sociedad por Acciones “SpA”, en el derecho societario chileno se creó mediante a Ley N°20.190, de 2007, incorporándola a los artículos 424 a 446 del Código de Comercio (artículos derogados en la década del 30 y que correspondían a la sociedad anónima).

La idea de legislar en el tipo societario SpA fue precisamente incentivar la inversión en pequeñas y medianas empresas emergentes en la economía, que requieren de un estatuto normativo flexible y ágil capaz de recepcionar capital de riesgo en su estructura accionaria, incentivada mediante la emisión de acciones preferentes, con dividendo o rentabilidad asegurada a todo evento o con cargo a unidades específicas de negocios, con patrimonios separados dentro de la propia SpA (arts.442 y 443).

1. Definición del tipo SpA y constitución

La Sociedad por Acciones es definida en el artículo 424 del C de C, y señala: “La sociedad por acciones, o simplemente la “sociedad” para los efectos de este Párrafo es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones”, por lo que puede ser constituida unipersonal o con pluralidad de accionistas. El legislador reputa que el objeto de la sociedad será siempre considerado mercantil (art.425 inciso 2°), con lo que sujeta a un estatuto legal uniforme a toda SpA, sea de objeto mercantil o civil, y ello es coherente con el principio de que se trata de una sociedad de capital emisora de títulos negociables como son las acciones, aplicándole así una legislación uniforme a la emisora.

He de remarcar que en la definición legal de SpA se reconoce tanto la constitución en modalidad unimembre o unipersonal o colectiva o plural, admitiendo la formación por acto constitutivo a cargo de un solo accionista o colectivo, ya persona natural o jurídica,

respectivamente, lo que rompe el concepto tradicional de sociedad contrato que exige la concurrencia de dos o más personas.

En relación con la formación del tipo societario, el legislador la estructura mediante acto jurídico constitutivo solemne que contenga su estatuto social, en escritura pública o por instrumento privado suscrito por sus otorgantes ante Notario Público, con unas menciones mínimas, según provee el artículo 425 del C de C. Seguidamente, en el plazo de un mes contado desde el acto constitutivo, un extracto autorizado por el Notario debe inscribirse en el Registro de Comercio correspondiente el domicilio de la sociedad y publicarse por una vez en el Diario Oficial (art. 426).

El acto de la constitución que contiene el estatuto de la SpA, debe consignar a los menos las siguientes menciones: el nombre de la sociedad, que deberá concluir con las expresiones "SpA", el objeto de la sociedad, que será siempre considerado mercantil, el capital de la sociedad y el número de acciones en que es dividido y representando, la forma en que se ejercerá la administración y se designarán sus representantes y sus administradores provisorios, la duración de la sociedad, la cual podrá ser indefinida y, si nada se dijere, tendrá este carácter (art. 425).

El estatuto social debe establecer los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de administración individual o colegiada mediante directorio o consejo de administración, y demás pactos que pueden ser libremente establecidos. De manera supletoria a su regulación en los artículos 424 a 446, se rigen por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas contenidas en la Ley N°18.046, sobre sociedades anónimas. En consecuencia, dentro de las menciones esenciales previstas para el estatuto social, pueden ser libremente establecidas por el o los constituyentes las reglas de derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de administración y los pactos que se estimen más convenientes para su operación, lo que le otorga a la SpA una mayor flexibilidad que el molde imperativo y extenso que informa el gobierno corporativo de las sociedades anónimas.

2.- Régimen accionario

Siendo la SpA una sociedad de capital que emite títulos negociables acciones nominativas, con régimen de limitación de responsabilidad para los accionistas solo hasta el monto de sus aportes, el estatuto puede establecer acciones ordinarias y preferentes, para convocar así capital de riesgo de inversores o financistas del emprendimiento empresarial.

Así el artículo 442 establece que el estatuto puede establecer pagar un dividendo por un monto fijo, determinado o determinable, a las acciones de una serie específica y que se pagan con preferencia a las acciones ordinarias. También se puede establecer en el estatuto social acciones cuyos dividendos se pagarán con las utilidades provenientes de las utilidades de negocios o activos específicos de ésta (art. 443).

3.- Régimen de solución de controversias mediante Arbitraje

Para la resolución de conflictos jurídicos societarios, la SpA es adscrita a la jurisdicción arbitral, para las diferencias que ocurran entre los accionistas, los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores y la sociedad y sus administradores o liquidadores, deben ser resueltas por medio de arbitraje. Así el estatuto social deberá indicar el tipo de arbitraje, el número de integrantes del Tribunal y en silencio del estatuto conocerá de las disputas en única instancia un solo árbitro arbitrador en el procedimiento y de derecho en el fondo. Puede contener el nombre del árbitro o la modalidad de designación y en silencio del pacto el árbitro será designado por el tribunal de justicia del domicilio social (art.441).

II.- La Sociedad por Acciones Simplificada “SAS” regulada en la Ley N°27.349, de 2017, Argentina

La Sociedad por Acciones Simplificada “SAS” ha sido autorizada y tipificada en el derecho societario argentino por la Ley N°27.349, de 2017, denominada “Apoyo al Capital Emprendedor”, y al igual que la SpA chilena tiene por objeto incentivar la inversión en su capital accionario, en este caso mediante el Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor “FONDCE” y sistema de financiamiento colectivo, que reciben la nominación de capital semilla, sin perjuicio de los aportes accionarios de privados.

Hay que señalar que la regulación de la Sociedad por Acciones Simplificada argentina sigue muy de cerca el modelo de la Ley N°1.258, de 2008 de Colombia, que reguló el tipo societario de las sociedades por acciones simplificadas ¹, la que se inspira en la ley francesa de SAS de 1994 ².

1.- Definición de Sociedad por Acciones Simplificada SAS tipicidad y características

La Sociedad por Acciones Simplificada SAS es definida en los artículos 33, 34 y 43 de la Ley N°27.349, en los siguientes terminos: “Sociedad por acciones simplificada. Créase la sociedad por acciones simplificada, identificada en adelante como SAS, como un nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en esta ley” ...“La SAS podrá ser constituida por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía a que se refiere el artículo 43”... “Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes.”.

En cuanto a su tipicidad la SAS es una sociedad de capital, considerando que su capital social se divide en acciones, según se establece en el artículo 40: “El capital se dividirá en partes denominadas acciones. Al momento de la constitución de la sociedad, el capital no podrá ser inferior al importe equivalente a dos (2) veces el salario mínimo vital y móvil”. Además, la ley provee que, al tiempo de la suscripción de acciones pagadas en aportes dinerarios, deben integrarse en un 25% como mínimo y que el saldo debe integrarse en un plazo de dos años. Para las aportaciones en especie se establece que deben integrarse en un 100% al momento de la suscripción (arts. 40 y 41).

He de destacar que los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración del capital, según se establece en el artículo 43.

En cuanto al gobierno o administración de la SAS, se establece que esta estará a cargo “de una o más personas humanas, socios o no, designados por plazo determinado o indeterminado en el instrumento constitutivo o posteriormente” (art. 50) y para el caso que la administración sea colegiada se establece que “Si el órgano de administración fuere plural, el instrumento constitutivo podrá establecer las funciones de cada administrador o disponer que éstas se ejerzan en forma conjunta o colegiada” (art.51).

De las normas transcritas se puede señalar que la SAS tipifica como una sociedad de capital que divide su capital y emite títulos accionarios, con flexibilidad en cuanto a su régimen de administración individual o colegiada mediante directorio y que su vocación primera es

¹ El artículo 1° de la Ley N°1248, de 2008 de Colombia la define: “La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”. Texto legal disponible en sitio Web: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1258_2008.html.

² Ver Andres Alarcón Lora “Las sociedades por acciones simplificadas en el nuevo derecho societario colombiano”, en Revista Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 8, N°2, 2013 págs. 57/67, disponible en: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1904>

colocar acciones en inversionistas que financien su objeto o giro de negocios, entregándoles acciones preferentes con mayor participación en los beneficios que las acciones ordinarias.

2.- Constitución de la SAS

La Ley N°27.349 establece un régimen de constitución solemne para la SAS, debiendo otorgarse el pacto social constitutivo por instrumento público o privado y en este último caso, la firma de los socios deberá ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo (art.35). Puede ser constituida también por medios digitales con firma digital, con registro o inscripción al Registro Público correspondiente, en el formato de archivo digital (art. 35, inciso 2°).

Se provee la publicidad del acto constitutivo de la SAS según dispone el artículo 37 *“La SAS deberá publicar por un (1) día en el diario de publicaciones legales correspondiente a su lugar de constitución, un aviso que deberá contener los siguientes datos: las menciones 1 a 7 y 11 del artículo del instrumento constitutivo y su fecha”*. Y también se establece una inscripción registral ante el Registro Público (Registros Públicos de Sociedades /Dirección de Personas Jurídicas), de la documentación, la que deberá practicar la entidad registradora en el término de 24 horas desde el día hábil siguiente a la presentación de la documentación.

3.- Capital Social Acciones y Gobierno Corporativo

La Sociedad por Acciones Simplificada SAS debe dividir su capital en acciones, el que no puede ser inferior al importe equivalente a dos veces el salario mínimo vital móvil (art.40). Los aportes en dinero deben integrarse en un 25% como mínimo al momento de la suscripción y el saldo no puede superar el plazo de dos años. Los aportes en especie deben integrarse en un 100% al momento de la suscripción (art. 41), norma que provee al principio de efectividad del capital social y evita la formación de sociedades de papel o fantasmas.

Hay que destacar que el o los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes (art. 43) y que se pueden establecer aportes irrevocables a cuenta de futura emisión de acciones las que pueden mantenerse en este carácter por el plazo de 24 meses, lo que es funcional y equivalente a mantener opciones de emisión de acciones futuras y aumentos de capital en stock o custodia por la SAS, para colocarlas en inversores futuros.

Puede la SAS establecer en su estatuto acciones ordinarias y preferidas y establecerse distintos derechos políticos y económicos por clases de acciones, esto para incentivar a inversores que opten por acciones preferentes con mayor participación en dividendos y menos derechos políticos como es el poder de elegir administradores o directores (arts. 46 y 47). El sistema accionario es entregado a la competencia de la SAS mediante la llevanza de libro de registro de acciones (art. 58).

En relación con el gobierno corporativo de la SAS, este se regula en los artículos 49 a 53, y establecen órgano de administración, órgano de gobierno y órgano de fiscalización, los que se rigen por lo regulado en la ley, en el instrumento constitutivo y supletoriamente por las de la ley de sociedades de responsabilidad limitada y las disposiciones de la Ley General de Sociedades. Admite la SAS su funcionamiento con un solo socio o accionista, quien tiene a su cargo la gestión de los órganos sociales (art.49). La administración puede ser unipersonal o colegiada, según se regula en los artículos 50 a 52. El órgano de gobierno o poder soberano es radicado en la reunión de socios (art.53) y el órgano de fiscalización radica en la sindicatura o consejo de vigilancia que se regirá por las disposiciones que el estatuto establezca y supletoriamente por la Ley General de Sociedades (art. 53 parte final).

III. Conclusiones

A manera de conclusiones y en marco del Tratado de Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Argentina de 2019 que tiene por objeto promover las relaciones comerciales entre las Pymes de ambas economías y que declara en su artículo 3.1: “Disposiciones generales 1. Las Partes reconocen que los Emprendedores y las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (en lo sucesivo, denominados MIPYMES) constituyen un componente fundamental para el desarrollo económico, la creación de empleo y de valor agregado”, consignamos las siguientes:

- 1.- Los derechos societarios chileno y argentino regulan los tipos societarios Sociedad por Acciones SpA y Sociedad por Acciones Simplificada SAS, respectivamente, con principios regulatorios bastante simétricos y semejantes, si se compara la normativa de una y otra y cuya finalidad es ofrecer una organización empresarial a los pequeños y medianos emprendimientos empresariales.
- 2.- Ambos tipos societarios SpA y SAS comparten la constitución solemne de la persona jurídica y el principio de libertad de organización por medio de sus estatutos sociales buscando la flexibilidad orgánica, debiendo eso si respetar las normas imperativas mínimas que las regulan, esto es, libertad contractual o negocial y autonomía de la voluntad y derecho de asociación, pero dentro de un dirigismo para asegurar la integridad del tipo societario, técnica legislativa correcta y sana para asegurar principios básicos como es la protección de terceros.
- 3.- Ambos tipos societarios SpA y SAS tienen un diseño o arquitectura normativa afín y facilitadora o dúctil para organizar jurídica y económicamente a la micro y mediana empresa, con una clara vocación para recepcionar capital e inversores mediante el instrumento de acciones en propia cetera o stock de acciones, a la espera de suscripción para desarrollar su proyecto de negocios.
- 4.- Ambos tipos societarios SpA y SAS tienen en su diseño la opción de establecer acciones ordinarias y preferentes, con mayor claridad en el derecho chileno, en cuanto se provee la opción de asignar acciones con dividendo asegurado o a todo evento o bien con cargo a unidades específicas de negocios, lo que resulta atractivo para accionistas inversores (arts. 442 y 443).
- 5.- Ambos tipos societarios consideran regímenes tributarios de beneficio, lo que incentiva su elección en relación con los tipos societarios sociedades anónimas. Para el caso de la SpA con régimen general en el artículo 14 A Ley de Renta, con una tasa de 27% y si es pyme con adscripción al artículo 14 D de la Ley de Renta, con tasa de 10% para el año 2022 y tasa de 25%, para el año 2023 y siguientes.
- 6.- Ambos tipos societarios SpA y SAS, consideran la formación y vigencia societaria bajo la fórmula de accionista único o unipersonal, persona natural o jurídica, lo que reafirma la revisión del concepto clásico romanístico de contrato de sociedad y su parcial obsolescencia.
- 7.- Finalmente ambos sistemas societarios proveen la formación de SpA y SAS, mediante constitución en repositorios electrónicos. En el caso de Chile mediante la Ley N°20.659, de 2013 a cargo del Registro de Empresas y Sociedades de la Subsecretaría de Economía “RES”³. En el caso de Argentina mediante la constitución de SAS “por medios digitales con firma digital (art. 35 inciso 2°)”⁴.

³ Sitio web <https://www.registrodeempresasysociedades.cl>

⁴ <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/sociedad-por-acciones-simplificada-sas>

Bibliografía y Textos Normativos:

Código de Comercio Chileno: C de C

Ley N°27.349 de 2017 de Argentina

Ley N°1.248, de 2008 de Colombia

Tratado de Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Argentina de 2019

Andres Alarcón Lora "Las sociedades por acciones simplificadas en el nuevo derecho societario colombiano", en Revista Saber, Ciencia y Libertad, Vol. 8, N°2, 2013 págs. 57/67, disponible en <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1904>

Oscar Torres Zagal, Derecho de Sociedades, Editorial Thomson Reuters, 7° Edición, Santiago Chile, 2021.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA UNIPERSONAL: UNA CUESTIÓN PENDIENTE

Alejandro Agustín Vergara

SUMARIO

El régimen de la sociedad unipersonal, con limitación de su constitución al tipo de la sociedad anónima y sujeción a la fiscalización estatal permanente, continúa configurando a la fecha una cuestión pendiente en nuestra agenda. El atractivo de la sociedad unipersonal ha perdido terreno a los ojos de los pequeños y medianos emprendimientos, atento a las limitaciones y mayores costos impuestos a esta herramienta de organización del patrimonio. Resulta necesario, entonces, replantearse la inclusión de la sociedad anónima unipersonal (SAU) en el elenco del art. 299 LGS, considerando una alternativa de control diferente, atendiendo a que el criterio de esta norma responde al volumen económico o a la naturaleza de la actividad. O bien, conforme lo hace el Proyecto de Reforma a la LGS del año 2019, la admisión amplia de la unipersonalidad, posibilitando la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de un sólo socio.

1. Introducción

La inserción en nuestro ordenamiento jurídico de la sociedad unipersonal fue uno de los aspectos de mayor relevancia de la reforma a la Ley General de Sociedades n° 19.550 (LGS) que introdujo la Ley n° 26.994 en el año 2015. A partir de la reforma, el art. 1° LGS señala en su primer párrafo que “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”, reflejando de esta manera la admisión de la unipersonalidad en nuestro derecho. De acuerdo al segundo párrafo, la sociedad unipersonal sólo se puede constituir como sociedad anónima (SAU), y no puede constituirse por otra sociedad unipersonal, acotándose de esta manera la posibilidad de constituir sociedades unipersonales en nuestro ordenamiento.

La regulación de la sociedad unipersonal fue ampliamente reclamada por la doctrina mayoritaria en nuestro país, y el legislador del año 2015 se ha hecho eco de la misma, prevaleciendo de esta manera la postura doctrinaria que bregó por la admisión del ejercicio de la empresa unipersonal, con limitación de la responsabilidad. Roitman señala en este sentido que las sociedades unipersonales dejaron de ser consecuencias del devenir de la sociedad (v.gr. derogación del inciso 8° del art. 94 LGS, e incorporación del nuevo art. 94 bis LGS) para convertirse en herramientas jurídicas preestablecidas, a las que puede recurrir el empresario individual, para organizar de forma estable y permanente su actividad con limitación de su responsabilidad¹.

Efectuado este acotado marco introductorio, nos adentramos en la cuestión que motiva la presente ponencia. Pues, uno de los ítems que mayores críticas ha suscitado en la doctrina

¹ ROITMAN, Horacio, “Ley General de Sociedades Comentada y Anotada”, 3° edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2022, tomo I, p. 51.

con posterioridad a la Reforma Unificadora ha sido la inclusión de la SAU en el elenco del art. 299 LGS, sometiéndola de esta manera a la fiscalización estatal permanente, es decir, la establecida con carácter general en la constitución, funcionamiento y extinción de la sociedad². En las siguientes líneas, analizamos la regulación vigente, sus principales consecuencias, la reforma “que no fue” en el año 2016, así como la solución propugnada por el Proyecto de Reforma a la LGS del año 2019.

2. El elenco del art. 299 de la Ley General de Sociedades (LGS)

El art. 299 LGS, conforme su actual redacción, dispone expresamente que: *“Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: 1º) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures; 2º) Tengan capital social superior a pesos cincuenta millones (\$ 50.000.000.-), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario; 3º) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI; 4º) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; 5º) Exploten concesiones o servicios públicos; 6º) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores. 7º) Se trate de Sociedades Anónimas Unipersonales”*³.

La redacción de la norma fue modificada por la Ley 26.994 (*supra* § 1). La incorporación del inciso 7º ha extendido el elenco de sociedades anónimas sujetas a fiscalización estatal permanente, incluyendo a la SAU.

3. Fiscalización estatal permanente de la Sociedad Anónima Unipersonal (SAU)

De esta manera, y a partir de la Reforma Unificadora, las SAU fueron incluidas en el catálogo del art. 299 LGS, sometiéndolas a la fiscalización estatal permanente. El legislador, pues, ha considerado que la utilización de la unipersonalidad pudiera dar lugar a la comisión de fraudes, siendo ésta la razón de tal recaudo⁴, criterio respecto del cual anticipamos nuestro desacuerdo. Ha sido mayoritaria la reacción adversa de nuestra doctrina frente a la incorporación de este nuevo inciso 7º al art. 299 LGS, tanto en lo que atañe a la distorsión provocada en la regulación de la SAU, cuanto a la forma en que ha quedado estructurada la norma⁵.

3.1. Consecuencias de su inclusión

En principio, la inclusión en el listado de sociedades sometidas al contralor estatal permanente trajo como consecuencia que las SAU debieran dar estricto cumplimiento a las exigencias de los arts. 255 y 284 LGS, debiendo integrar su directorio con por lo menos tres directores y la sindicatura de manera colegiada y en número impar e igual número de suplentes. En este punto, debemos recordar que, en su redacción anterior, el art. 255 LGS disponía expresamente, en cuanto a la composición del directorio, que *“En las sociedades*

² ROITMAN, Horacio, *“Ley General de Sociedades Comentada y Anotada”*, op. cit., tomo V, p. 944.

³ Inciso incorporado por punto 2.26 del Anexo II de la Ley N° 26.994, B.O. 08/10/2014. Suplemento. Vigencia: 1º de agosto de 2015, texto según art. 1º de la Ley N° 27.077, B.O. 19/12/2014.

⁴ BALBÍN, Sebastián, *“Ley General de Sociedades revisada, ordenada y comentada”*, 1ª ed., Cathedra Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p. 244.

⁵ ROITMAN, Horacio, *“Ley General de Sociedades Comentada y Anotada”*, op. cit., tomo V, ps. 941/943; MANÓVIL, Rafael M., *“Algunas de las reformas al régimen societario en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”*. Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/11/2012, 1. LA LEY 2012-F, 1334. LL Online: TR LALEY AR/DOC/4637/2012.

anónimas del artículo 299 se integrará por lo menos con tres directores”. Asimismo, el art. 284 LGS requería, respecto de la sindicatura, que “Está a cargo de uno o más síndicos designados por la asamblea de accionistas. Se elegirá igual número de síndicos suplentes. Cuando la sociedad estuviere comprendida en el art. 299 —excepto su inciso segundo— la sindicatura debe ser colegiada en número impar”. Al ser incorporada al elenco del art. 299 LGS, la SAU quedaba sometida al cumplimiento de estas exigencias, lo que motivó fuertes cuestionamientos que derivaron en la modificación de las disposiciones de los arts. 255 y 284 LGS (*infra* § 3.3).

3.2. Principales cuestionamientos

Como señalamos, la forma en que fue regulada la SAU provocó la reacción prácticamente unánime por parte de la doctrina, que esgrimió fuertes cuestionamientos. Así fue que, con posterioridad a la reforma, se señaló que la exigencia de composición plural de los órganos de administración y de fiscalización de la sociedad de un sólo socio se trataba de un despropósito⁶, que desincentivaba su uso por parte de los pequeños y medianos empresarios⁷, atento a la imposición de obstáculos y restricciones⁸ que la condenaban a la casi total inutilidad⁹, debido a la complejidad y mayores costos que esto acarrearba. Se puso de manifiesto, asimismo, que tal y como fue regulada, las SAU quedarían reducidas a una herramienta que sólo resultaría útil para el desarrollo de subsidiarias totalmente controladas de propiedad de grandes compañías, por lo general extranjeras¹⁰.

Estos cuestionamientos dieron lugar a la reforma por Ley n° 27.290 en el año 2016 de las disposiciones de los arts. 255 y 284 LGS.

3.3. La Ley 27.290 y una reforma “a mitad de camino”

Los arts. 255 y 284 LGS fueron objeto de reforma por la Ley n° 27.290 en el año 2016, exceptuando del cumplimiento de aquellas exigencias a las SAU incluidas en el inciso 7° del art. 299 LGS. A partir de esta reforma, el segundo párrafo del art. 255 LGS reza: “En las sociedades anónimas del artículo 299, salvo en las previstas en el inciso 7), el directorio se integrará por lo menos con tres directores”. Por su parte, conforme su nueva redacción, el art. 284 LGS dispone expresamente que: “Cuando la sociedad estuviere comprendida en el artículo 299 - excepto en los casos previstos en los incisos 2 y 7 y cuando se trate de Pymes que encuadren en el régimen especial Pyme reglamentado por la Comisión Nacional de Valores- la sindicatura debe ser colegiada en número impar”. Si bien la Ley n° 27.290, con buen criterio, exceptuó a las SAU del cumplimiento de las exigencias de integración plural de sus órganos de administración y de fiscalización, consideramos que la reforma fue insuficiente, pues sostenemos que hubiese sido aconsejable la reforma del art. 299 LGS, derogando su inciso 7° y excluyendo a las SAU de la nómina de sociedades sujetas al control estatal per-

⁶ CAMISAR, Osvaldo, “Modificaciones al régimen societario argentino”. LA LEY 22/02/2017, 1. LA LEY 2017-A, 1263. LL Online: AR/DOC/477/2017.

⁷ JUNYENT BAS, Francisco, FERRERO, Luis Facundo, “Reformas a la Ley de Sociedades por ley 26.994”, 1ª ed., Córdoba, Advocatus, 2015, ps. 111/112; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades anónimas unipersonales”. LA LEY 09/12/2014, 1. LA LEY 2014-F, 1209. Enfoques 2015 (febrero), 109. LL Online: AR/DOC/4408/2014; ABDALA, Martín E., “Importante reforma al régimen de las sociedades anónimas unipersonales”. SJA 21/12/2016, 27. JA 2016-IV. LL Online: AR/DOC/4983/2016.

⁸ MANOVIL, Rafael M., “Las sociedades devenidas unipersonales”. RCCyC 2015 (octubre), 37. LL Online: AR/DOC/3342/2015.

⁹ CARLINO, Bernardo, “El control estatal permanente en la Sociedad Anónima Unipersonal”. LA LEY 11/04/2017, 1. LA LEY 2017-B, 868. LL Online: AR/DOC/698/2017.

¹⁰ VÍTOLO, Daniel Roque, “Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades: Análisis comparativo con la ley 19.550”, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, p. 69; VÍTOLO, Daniel Roque, “La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial”. LA LEY 27/10/2014, 1. LA LEY 2014-F, 692. LL Online: AR/DOC/3838/2014; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Sociedades anónimas unipersonales”, op. cit.

manente¹¹. Además, la reforma del art. 299 LGS resulta necesaria en cuanto a la deficiente forma en que ha quedado estructurada la norma a partir de la incorporación de este inciso 7° pues, bien se ha señalado que, conforme a como se encuentra actualmente estructurada su redacción, la sociedad controlante de o controlada por la anónima unipersonal, si fueran anónimas, no quedarán encuadradas en el art. 299 LGS, atento a que el inc. 6° de la norma se refiere a las que están sujetas a fiscalización “conforme a uno de los incisos anteriores”, pero no al inciso 7°¹² incorporado por la Reforma Unificadora a renglón seguido.

Entendemos que el criterio seguido por el legislador del año 2015 resulta excesivo, pues el contralor estatal permanente responde a un criterio de volumen económico o de la naturaleza de la actividad, y que, atento a su regulación actual, se atenta contra el atractivo de la sociedad unipersonal, desincentivando su uso por parte de los pequeños y medianos empresarios.

4. Proyecto de Reforma 2019

El Proyecto de Reforma a la LGS del año 2019 modifica el elenco de sociedades sometidas a fiscalización estatal permanente del art. 299 LGS, reduciendo la nómina a cuatro (4) supuestos. La norma es proyectada en los siguientes términos: “Fiscalización estatal permanente. Las sociedades anónimas quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad competente en cualquiera de los siguientes casos: 1°) Hagan oferta pública de sus acciones, debentures u otros títulos negociables; 2°) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI; 3°) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; y 4°) Exploten concesiones o servicios públicos”.

El Mensaje de Elevación del Proyecto 2019, tras señalar que el de la Fiscalización Estatal fue uno de los temas que dio lugar a los mayores debates en el seno de la Comisión, expresa que: “Se eliminó el inciso 2°, relativo a cierta cifra de capital, porque el control por la dimensión de la empresa no guarda relación lógica cuando no se refiere al contenido de su actividad empresarial sino a su funcionamiento jurídico. Se eliminó el inciso 7° de modo congruente con la admisión generalizada de la sociedad unipersonal para todos los tipos. Y se eliminó el inciso 6° porque, cuando ya está incluida la sociedad encuadrada en cualquiera de los otros incisos, no tiene razón de ser la extensión de esa intervención a otras sociedades por el solo hecho de ser su controlante o ser controladas por aquélla”. De esta manera, el Proyecto 2019 suprime a la sociedad unipersonal del elenco de sociedades del art. 299 LGS, señalando que el criterio seguido responde a la admisión de la sociedad unipersonal para todos los tipos. En este sentido, el Proyecto deja de lado las restricciones a la constitución de la sociedad unipersonal como sociedad anónima, al suprimir la disposición del segundo párrafo del art. 1° LGS, proyectando de esta manera la admisión generalizada para todos los tipos societarios de la unipersonalidad.

Respecto al criterio seguido por el Proyecto, compartimos las palabras que surgen del Mensaje de Elevación, que en cuanto a la admisión amplia de la unipersonalidad para cualquier tipo –con la única excepción de los que requieren dos clases de socios– expresa que “(...) no se trata siempre ni solamente de la limitación de la responsabilidad del socio único, sino de permitir la organización de patrimonios con empresa en beneficio de los acreedores de ésta por sobre los individuales del socio único. Se ha considerado que el

¹¹ Cfm. ROITMAN, Horacio, “Ley General de Sociedades Comentada y Anotada”, op. cit., tomo V, ps. 942/943.

¹² MANÓVIL, Rafael M., “Las sociedades devenidas unipersonales”, op. cit.

número de socios no es relevante para la aplicación de las normas que castigan el mal uso de la persona jurídica societaria o su actuación antijurídica". Nos enrolamos en esta postura, pues si bien no desconocemos la existencia de opiniones que advierten acerca del mal uso de la unipersonalidad como instrumento para el fraude, entendemos que no se puede legislar partiendo desde lo patológico, impidiendo la utilización de esta valiosa herramienta de organización del patrimonio, y compartimos la opinión de quienes entienden que la tutela de los potenciales acreedores societarios se logra efectivamente otorgando a esos acreedores los instrumentos necesarios para evitar ser perjudicados¹³.

5. Conclusión: una cuestión pendiente

Si bien la Ley n° 27.290 corrigió, con atinado criterio, las inconsistencias producidas en el régimen de la SAU a partir de su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico por la Reforma Unificadora del año 2015, exceptuándola de la exigencia de integración plural de sus órganos de administración y fiscalización a la que se encontraban sometidas en virtud de su inclusión en el elenco de sociedades anónimas sometidas a fiscalización estatal permanente del art. 299 LGS, a pesar de este esfuerzo, entendemos a la reforma como insuficiente¹⁴. El empleo de la sociedad unipersonal pierde terreno, a los ojos de los pequeños y medianos emprendedores, a partir de las restricciones impuestas a su constitución, limitándola al tipo de la SA, con obligación de acreditar la integración total del capital en el acto constitutivo, y sometidas a control estatal permanente, equiparándolas en este punto a las que hacen oferta pública de sus acciones o debentures, a las que tienen un capital superior a cincuenta millones de pesos, etc., perdiendo de vista que este tipo de control responde a un criterio de volumen económico o de naturaleza de la actividad.

A siete años de la reforma que introdujera la Ley n° 26.994 a la hoy denominada Ley General de Sociedades n° 19.550, el régimen de la sociedad unipersonal continúa siendo una cuestión pendiente en nuestra agenda. Ya sea por la necesidad de replantearse la inclusión de la SAU en el elenco de sociedades sometidas a fiscalización estatal permanente, derogando el inciso 7° del art. 299 LGS (oportunidad perdida por la reforma de la Ley n° 27.290) y considerando una alternativa de control diferente. Ya sea por la necesidad de una admisión amplia y generalizada de la unipersonalidad, permitiendo la constitución unipersonal de sociedades de responsabilidad limitada, criterio que auspiciosamente sigue el Proyecto de Reforma del año 2019.

6. Bibliografía

Abdala, Martín E., *‘El régimen de las sociedades anónimas unipersonales previsto en la Ley General de Sociedades’*. SJA 12/10/2016, 1. JA 2016-IV. LL Online: TR LALEY AR/DOC/4452/2016.

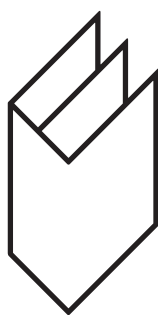
Abdala, Martín E., *‘Importante reforma al régimen de las sociedades anónimas unipersonales’*. SJA 21/12/2016, 27. JA 2016-IV. LL Online: AR/DOC/4983/2016.

Balbín, Sebastián, *‘Ley General de Sociedades revisada, ordenada y comentada’*, 1ª ed., Catedra Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

¹³ ABDALA, Martín E., *‘El régimen de las sociedades anónimas unipersonales previsto en la Ley General de Sociedades’*. SJA 12/10/2016, 1. JA 2016-IV. LL Online: TR LALEY AR/DOC/4452/2016.

¹⁴ TALIÉRCEO, Christian A., *‘A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino’*. RCCyC 2022 (junio), 116. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1481/2022. Señala el autor, en referencia a las SAU, que *“(…) quedando sometidas al contralor estatal permanente, a pesar del esfuerzo de la ley 27.290, tienen un reducido campo de utilización”*.

- Camisar, Osvaldo, "Modificaciones al régimen societario argentino". LA LEY 22/02/2017, 1. LA LEY 2017-A, 1263. LL Online: AR/DOC/477/2017.
- Carlino, Bernardo, "El control estatal permanente en la Sociedad Anónima Unipersonal". LA LEY 11/04/2017, 1. LA LEY 2017-B, 868. LL Online: AR/DOC/698/2017.
- Junyent Bas, Francisco, Ferrero, Luis Facundo, "Reformas a la Ley de Sociedades por ley 26.994", 1ª ed., Córdoba, Advocatus, 2015, ps. 111/112.
- Manóvil, Rafael M., "Algunas de las reformas al régimen societario en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial". Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/11/2012, 1. LA LEY 2012-F, 1334. LL Online: TR LALEY AR/DOC/4637/2012.
- Manóvil, Rafael M., "Las sociedades devenidas unipersonales". RCCyC 2015 (octubre), 37. LL Online: AR/DOC/3342/2015.
- Molina Sandoval, Carlos A., "Sociedades anónimas unipersonales". LA LEY 09/12/2014, 1. LA LEY 2014-F, 1209. Enfoques 2015 (febrero), 109. LL Online: AR/DOC/4408/2014.
- Roitman, Horacio, "Ley General de Sociedades Comentada y Anotada", 3º edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2022, tomos I y V.
- Taliерcio, Christian A., "A cincuenta años de la ley 19.550. Evolución y desafíos del derecho societario argentino". RCCyC 2022 (junio), 116. LL Online: TR LALEY AR/DOC/1481/2022.
- Vítolo, Daniel Roque, "Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades: Análisis comparativo con la ley 19.550", 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015.
- Vítolo, Daniel Roque, "La Ley de Sociedades Comerciales reformada por la ley que sancionó el Código Civil y Comercial". LA LEY 27/10/2014, 1. LA LEY 2014-F, 692. LL Online: AR/DOC/3838/2014.



Editorial
Económicas
FCE · UNC

PRIMERA EDICIÓN

Córdoba, Argentina

Octubre 2022

colección INVESTIGACIONES



FACULTAD DE
DERECHO



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



Editorial
Económicas



UNC
Universidad
Nacional
de Córdoba



BANCOR

ISBN 978-987-48857-4-6



9 789874 885746