

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 I



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 I

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 978-987-48857-3-9 – Tomo I

1. Derecho Comercial . 2. Derechos Societarios . I. Efraín Hugo Richard. 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



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 978-987-48857-3-9



9 789874 885739

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

JORNADAS PREPARATORIAS

22 de octubre de 2021: organizadas en el marco del Programa de Derecho Privado Negocial Dr. Efraín Hugo Richard de la Universidad de Congreso

1 y 2 de noviembre de 2021: “V Jornadas Nacionales de S.A.S”, organizadas con el auspicio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, en Homenaje al Prof. Dr. Efraín Hugo Richard

6 de abril de 2022: organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

20 de abril de 2022: organizadas por el Departamento Alumni – Graduados FD y el Departamento de Derecho de la Empresa, ambos de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, y por el IADC – Instituto Argentino de Derecho Comercial

28 de abril de 2022: organizadas por el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur y el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de Bahía Blanca

29 de abril de 2022: organizadas por el Instituto de Derecho Comercial y la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. También cuenta con la participación de la Facultad de Ciencias Económicas de la mencionada universidad.

6 de mayo de 2022: organizadas por la Cátedra de Derecho de las Personas Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y por la Cátedra de Derecho Societario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina

6 de mayo de 2022: organizadas por la Secretaría de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de La Plata

6 de mayo de 2022: organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Villa Mercedes – San Luis

12 de mayo de 2022: organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y la Universidad de Congreso.

26 de mayo de 2022: organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de UADE y la Cámara de Sociedades

31 de mayo y 1 de junio de 2022: organizadas por la Carrera de Contador Público y la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21

10 de junio de 2022: organizadas por el Programa de Derecho Privado Negocial Dr. Efraín Hugo Richard de la Universidad de Congreso

10 de junio de 2022: organizadas por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de la Abogacía de Entre Ríos, las Cátedras de Derecho Comercial y Títulos Valores y Concursos de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Entre Ríos, y la Cátedra de Derecho Societario de la Facultad Teresa de Ávila de la Universidad Católica Argentina

21 de junio de 2022: organizadas por las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Nacional de Mar del Plata, el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mar del Plata y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mar del Plata

30 de junio de 2022: organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Registral de la Universidad Católica de Salta (UCASAL)

4 de julio de 2022: organizadas por la Carrera de Abogacía de la Universidad del CEMA

7 de julio de 2022: organizadas por Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Salta (UNSA) y Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Salta (UCASAL)

18 de julio de 2022: organizadas por la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino

20 de julio de 2022: organizadas por el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República – Uruguay

2 y 3 de agosto de 2022: organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste, la Inspección General de Personas Jurídicas del Ministerio de Justicia de la Provincia de Corrientes y la Federación Empresarial de Corrientes

11 de agosto de 2022: organizadas por el Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén

24 de agosto de 2022: organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán

26 de agosto de 2022: organizadas por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Entre Ríos

2 de septiembre de 2022: organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Mendoza

14 de septiembre de 2022: organizadas por el Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO) y el Colegio Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires – Delegación Avellaneda

19 de septiembre de 2022: organizadas por las Cátedras de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Por otra parte, les informamos que se viene desarrollando durante todo este año el ciclo “Libertad bajo Responsabilidad. Rumbo a Córdoba 2022”, que se realiza de manera integrada con el “Seminario Anual del Instituto de Derecho Comercial” como Jornadas Preparatorias del XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO y del XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA – Córdoba 2022, organizados por el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y el Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

ADHESIONES Y DECLARACIONES DE INTERÉS

Resolución Rectoral N° 781/2022 – Universidad Nacional de Córdoba: Declarar de Interés General y la adhesión de esta Universidad como anfitriona al “XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO” y el “XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA”, a desarrollarse en la Ciudad de Córdoba los días 26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022, en el ámbito de la Facultad de Ciencias Económicas y Facultad de Derecho de esta Casa de Trejo.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: Adherir al XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa organizada por el Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, a realizarse del 26 al 29 de octubre de 2022

Resolución Decanal N° 1515/2021 – Facultad de Ciencias Económicas – Universidad Nacional de Córdoba: Art. 1°: Conceder el Auspicio y Declarar de Interés Académico para esta Facultad, al “XV Congreso Argentino de Derecho Societario” y al “XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”.

Resolución Decanal N° 1349/2021 – Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Córdoba: Art. 1°: Declarar de Interés General y formular la adhesión de esta Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba a del “XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO y al XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA”, organizados en forma conjunta por la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Declaración – Legislatura de la Provincia De Córdoba: Su adhesión y beneplácito por la realización del “XV Congreso de Derecho Societario” y del “XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y la Empresa” que, coorganizados por la Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, se desarrollarán del 26 al 29 de octubre de 2022 en la ciudad de Córdoba

Resolución N° 13/2022 – Fiscal de Estado Provincia de Córdoba: Declarase de Interés Provincial el “XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO” y el “XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA”, que se desarrollarán en la Ciudad de Córdoba los días 26, 27, 28 y 29 de octubre del corriente año.

Resolución N° 150/2022 – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba: Declarase de interés del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, que tendrá lugar en la Ciudad

de Córdoba, con sede en la Universidad Nacional de Córdoba y que se llevarán a cabo los días 26 al 29 de octubre del corriente año.

Prosecretaría Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba: Declarar de Interés Académico del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba a las “XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA”.

Mesa Directiva del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Córdoba: Declarar de Interés profesional al XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO y al XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA que se llevarán a cabo a fines de octubre del corriente año de manera presencial, bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”.

Presidencia del Colegio de Abogados de Córdoba: Declarar de Interés Institucional el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Argentino e Iberoamericano de la Empresa, organizado conjuntamente por la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba y el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que se celebrarán en esta Ciudad de Córdoba, los días 26 a 29 de octubre de 2022.

Consejo Directivo del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de La Rioja: Declarar de Interés profesional el XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA ambos a desarrollarse en instalaciones de la Ciudad Universitaria de la Universidad Nacional de Córdoba.

Resolución Decanal N° 81/2022 – Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas – Universidad Nacional de La Rioja: Art. 1°: Declarar de Interés Académico Interdepartamental el “XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO y al XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA”, que se desarrollara en las instituciones de la Ciudad Universitaria de la Universidad Nacional de Córdoba.

Resolución Decanal N° 707/2022 – Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Rosario: Declarar de Interés Académico para esta Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario profesional al XV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO al XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA a desarrollarse en la ciudad de Córdoba, los días 26 al 29 de octubre de 2022.

Resolución N° 528/2022 – H. Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas – Universidad Nacional del Nordeste: DECLARAR DE INTERES ACADEMICO el XV Congreso Argentina de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba, a desarrollarse los días 26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022, en la ciudad de Córdoba.

Resolución Decanal N° 502/2022 – Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de Salta: Declarar de interés académico al “XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, a desarrollarse en la ciudad de Córdoba, los días 26, 27, 28 y 29 de octubre de 2022, en el ámbito de la Facultad de Ciencias Económicas y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Resolución Decanal N° 1000/2022 – Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – Universidad Nacional de Tucumán: Otorgar auspicio académico al “XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”.

COMISIÓN DE HONOR

Redactores de la Ley 19.550

IN MEMORIAM

Isaac Halperin – Horacio P. Fargosi – Carlos Odriozola – Enrique Zaldivar

Redactores de la Ley 22.903

Jaime Anaya – Raúl Etcheverry – Juan Carlos Palmero

Redactores de la Ley 26.994

Elena Higton de Nolasco	Rafael Manóvil
Aída Kemelmajer de Carlucci	Efraín Hugo Richard
Ricardo Lorenzetti	Horacio Roitman

COMITÉ ASESOR PERMANENTE DE CONGRESOS DE DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO

Miguel Araya	Fernando Pérez Hualde
Luisa Isabel Borgarello	Carlos Oteiza Aguirre
Gabriela Calcaterra	Gladys Puliafito
Horacio de las Carreras	Efraín Hugo Richard
Eduardo Favier Dubois	Silvia Toscano
Jorge F. Fushimi	Juan Carlos Veiga
María Celia Marsili	Daniel R. Vítolo
María Cristina Mercado de Sala	

COMITÉ ACADÉMICO

Martín Abdala	Liuba Lencova
Hugo A. Aguirre	Javier Lorente
Daniel F. Alonso	Horacio Madkur
Tomás M. Araya	Alejandro Miller
Martín Arecha	Guillermo Mizraji
Tomás Arecha	Carlos Molina Sandoval
Sebastián Balbín	Orlando M. Muiño
Marcelo Barreiro	Raúl Nisman
Gabriela F. Boquín	Ricardo Olivera García
José Botteri	Juan Pablo Orquera
Marcelo Camerini	Alicia Pereyra
Bernardo Carlino	Analía Pérez Cassini
Eduardo Chiavassa	Patricia Noemí Pomares
Héctor Chomer	Jesús Quijano Gonzalez
Ricardo Cony Etchardt	Hernán Racciatti
María Anahí Cordero	Guillermo Ragazzi
Diego Coste	Miguel Raspall
Dante Cracogna	Roberto Sergio Reggiardo
José M. Curá	Soledad Richard
Cristina Curtino	Pablo Javier Rodríguez
Ariel A. Dasso	Alberto Romano
Ariel G. Dasso	Alfredo Rovira
Diego Duprat	Sergio Ruiz
María Cristina De Césarís	José Pablo Sala Mercado
Gabriel de las Morenas	Lorena R. Schneider
Patricia Fernandez de Andreani	Lucía Spagnolo
Alicia Ferrer	E. Daniel Truffat
Julio Hernán Figueroa Bustamante	Lidia Vaiser
Laura Filippi	Carlos Vanney
María Silvia Gómez Bausela	Humberto G. Vargas Balaguer
Lisandro Hadad	Julia Villanueva.
Francisco Junyent Bas	

COMISIÓN ORGANIZADORA

Dirección Académica

María Cristina Mercado de Sala

Dirección Organizativa

Jorge Fernando Fushimi

Colaboradores de la Dirección Académica

Isabel Lucía Alem de Muttoni

Ricardo Javier Belmaña

María Laura Juárez

Colaboradores de la Dirección Organizativa

José María Pérez Paz

Gastón Eimer

María Fernanda Cocco

María Ximena Crembil

María de los Ángeles Luján

María Celeste Molinari

Secretaría General

María Fernanda Cocco

Coordinación General

Efraín Hugo Richard

Responsables página web

Melisa Fabiana Suárez – María Fernanda Cocco

PRÓLOGO

El Instituto de Derecho Comercial del Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba organizó el Primer Congreso de Derecho Societario en La Cumbre, Córdoba, entre los días 17 y 20 de agosto de 1977, que contó con la presencia del rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Jorge A. Clariá Olmedo; el decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, director del Instituto de Derecho Comercial y organizador de ese Congreso, Dr. Francisco Quintana Ferreyra; el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Dr. Manuel Augusto Ferrer; y los profesores Dres. Delfino Cazet (Uruguay), Héctor Cámara (también organizador del congreso), Carlos Odriozola, Enrique Zaldívar y a quien se le encomendara el rol de Coordinador y Secretario General, Efraín Hugo Richard.

Este evento científico académico marcó la incorporación de los “jóvenes profesores” de la Facultad de Derecho, lozanos estudiosos del derecho civil, del derecho comercial, del derecho societario y del derecho concursal. Coordinaron las cuatro comisiones de trabajo, a saber: Comisión I, Dr. Juan Carlos Palmero; Comisión II, Dr. José Ignacio Romero; Comisión III, Dr. Ignacio A. Escuti (h); y Comisión IV, Dr. Horacio Roitman. La participación activa de estos nóveles profesores signó el nuevo rumbo y dinámica de trabajo grupal de la Escuela Comercialista de Córdoba. Ejerciendo la presidencia, el Dr. Francisco Quintana Ferreyra expresaba, como consta en las Actas del Congreso¹: “Expuse la idea al pequeño grupo de jóvenes profesores que desde el primer momento me han acompañado y con la ayuda de otros docentes, alumnos y empleados, podemos presentarnos con la satisfacción de haber cumplido esa ardua labor”.

Fue precisamente un grupo de jóvenes de todo el país que propuso como presidente del Congreso al Prof. Dr. Francisco Quintana Ferreyra –decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales–; como vicepresidente al Prof. Dr. Héctor Cámara; como presidentes de los cuatro Plenarios a los Prof. Dres. Colombes, Fargosi, Odriozola y Zaldívar y; como sus vicepresidentes a Delfino Cazet, Otaegui, Silberstein y Mallo Rivas. También propuso como secretarios del Congreso a los Prof. Dres. Lo Celso, Perrotta, Vanasco, Alegría y Castro; y como secretarios de los Plenarios a Cornejo Costas, Rovira, Pliner y Seara.

El Primer Congreso de Derecho Societario tuvo lugar a cinco años de la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y a una década de la constitución de la Comisión constituida para reformar el Código de Comercio integrada por los Dres. Rodolfo O. Fontanarrosa, Isaac Halperín, Carlos C. Malagarriga y Guillermo Michelson. Se convirtió así en la primera prueba de fuego a la que se sometía la Ley de Sociedades Comerciales y todos estaban expectantes del resultado.

Los temas abordados por cada una de las comisiones fueron: 1) Agrupamiento de Sociedades; 2) Íter constitutivo y Sociedades Irregulares; 3) Asambleas de Sociedades por Acciones; y 4) Control Estatal de Sociedades por Acciones, temáticas que aún hoy siguen siendo estudiadas científicamente por investigadores de las ciencias jurídicas y económicas.

¹ Debemos reconocer aquí el trabajo del Repositorio Digital Institucional de la Fundación UADE, donde se pueden consultar todos los libros (ya digitalizados) de los Congresos de Derecho Societario. El link de consulta es el siguiente: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/handle/123456789/2375>

Se dieron cita representantes e integrantes de las cátedras de las Universidades estatales y privadas, de los Institutos de Derecho Comercial, de los Tribunales Provinciales, de los Colegios Profesionales, del Ministerio de Justicia de la Nación, de la Comisión Nacional de Valores, de la Dirección de Fomento Cooperativo, de la Bolsa de Comercio, de asociaciones e instituciones privadas, y de los organismos nacionales y provinciales de control estatal.

La misma denominación del congreso como de “Derecho Societario” era pionera en su época, ya que no se había independizado del derecho comercial (tal como ocurría con el derecho concursal o el derecho cambiario). Lograr delinear las fronteras conceptuales de la empresa coadyuvaría a esa autonomía del derecho societario como tal ya que, como se sostenía, “la empresa constituye la infraestructura de la sociedad”.

La trascendencia científica e institucional de este Primer Congreso de Derecho Societario y, por ende, de sus ponencias, debates y conclusiones, se vio reflejada en la Ley 22.903, sancionada el 9 de septiembre de 1983. Esta fue la reforma más significativa que sufrió la por entonces Ley de Sociedades Comerciales: se legislaron institutos tales como la regularización de las sociedades irregulares, el control societario, la inoponibilidad de la personalidad jurídica (con la importantísima distinción de avanzada técnica legislativa entre nulidad del “acto” y nulidad de la “actividad”), la regulación de la contabilidad societaria, la reorganización societaria, los actos cumplidos en el íter constitutivo y los contratos de colaboración empresarial. Posteriormente, participó como integrante de la Comisión Técnica el Dr. Juan Carlos Palmero.

A través de las reformas introducidas por la Ley 22.903, se logró una actualización y modernización del derecho societario argentino, reforma profunda que obtuvo el consenso generalizado de operadores jurídicos y profesionales de las ciencias económicas en razón de haberse logrado estos acuerdos como fruto del trabajo colectivo del Primer Congreso de Derecho Societario.

Quince años después, en 1992, se organizó el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y Quinto Congreso Argentino de Derecho Societario. Este evento fue innovador, valiente y en cierto sentido hasta precursor por la propuesta que presentaba, incentivado por un gran grupo unido con un designio: llevar a las sierras de Córdoba una experiencia inmersiva de cuatro días de reflexión y estudio realizado en la localidad de Huerta Grande, provincia de Córdoba, del 12 al 16 de octubre de 1992.

Fue pionero por cuanto no solo era el Quinto Congreso de Derecho Societario, como evento nacional, sino que también trascendió las fronteras geográficas-políticas, avizorando lo que en ese entonces ya se veía venir con la globalización con una proyección de actuación internacional en materia de encuentros académicos societarios de Argentina, ampliando, además, la temática referida a la empresa por el vínculo entre esta y la sociedad, y la posibilidad de seguir pensando, creando y evolucionando –siempre integrando contenidos con valores y la libertad de opinión como principios rectores–, resultando en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

En este Congreso se enfatizó que sociedad y empresa no eran lo mismo, conceptos que, por momentos, llevaban a discusiones académicas inconducentes, resultando fundamental determinar su sentido y su alcance por cuanto “distinguirlos para determinar la posibilidad que una sociedad se corresponda a una empresa, o a varias, o por el contrario que varias sociedades se correspondan a una única empresa, o a varias integradas”. El concepto de empresa “aglutina disciplinas y factores que escapan a un

estricto derecho de sociedades”, en palabras del organizador, motor y eje del mismo, el Prof. Dr. Efraín Hugo Richard. El criterio del Comité Académico de incorporar la temática referida a la empresa fue ratificado exitosamente por la experiencia habida en el Congreso (según se destaca en el prólogo al IV Tomo de Ponencias presentado un año después del evento).

Así también se puso énfasis (entre muchos otros temas de fundamental relevancia y novedad en ese momento y todavía de candente actualidad) en distinguir entre los contratos de colaboración (en ese entonces, regulados por la Ley de Sociedades Comerciales), el concepto de sociedad, la personalidad, la sociedad unipersonal (que recién fue aceptada 23 años después para la SAU con la Ley 26.994, Anexo II; y luego, en el 2017, con la SASU, Ley 27.349), registración, fiscalización, análisis de conflictos, mercados de financiamiento, ilícitos y aspectos tributarios, la problemática de los grupos y de la información, que ponen en evidencia la visión moderna y de avanzada dando relevancia a una temática que es todavía de candente actualidad.

Es así que en el Anticipo al IV Tomo se revelan principios que son fundamentales aún al día de hoy –y que los transforman en principios clásicos– para comprender la idea de sociedad como concepto global unitario que permite ser observado en una macro visión, por lo que, para su análisis, estudio y comprensión, impone determinar desde qué punto de vista se lo analiza, para así determinar qué principios y reglas se aplican y que son conceptos esenciales, todavía hoy, para su comprensión: distinguir entre los contratos de colaboración, plurilaterales, de finalidad común, con los negocios constitutivos de sociedad, y particularmente a estos con la sociedad-persona, distinguiéndola de la empresa, y así solo por señalar algunos de los tantos temas sobre los que hizo base este Congreso del años 92, y que resuenan vivamente hasta la actualidad.

El objetivo fijado en ese entonces fue “evitar enredarse en las incongruencias de la contemporaneidad, en búsqueda de los grandes principios, los ejes orientadores de una política legislativa que nos permitan superar la falta de solidaridad y ética de algunas manifestaciones en nuestra comunidad”. Y superó magnánimamente todas las expectativas, producto del trabajo de un grupo unido y sólido, que dio como resultado no solamente la cálida experiencia de excelencia académica de las deliberaciones compartidas, sino seis libros en soporte papel, representados en tres primeros tomos editados y entregados tres meses antes a la celebración del Congreso, para que fueran estudiados y analizados antes del mismo para un mejor aprovechamiento de los debates; un adelanto del IV Tomo presentado en el mismo Congreso –con las ponencias y comunicaciones recibidas a último momento, sobre todo de congresistas extranjeros–; y dos tomos posteriores con las conclusiones y otras ponencias que no habían podido ser editadas en su momento por cuestiones técnicas. Es de recordar el denodado esfuerzo en épocas marcadas por el soporte papel como única oportunidad de acceder al contenido académico, y en las que las ponencias eran acercadas en disquetes formateados por los propios congresistas y las invitaciones y las comunicaciones cursadas, internacionalmente, entre provincianos y entre comprovincianos, se realizaban por teléfono con cable, fax y cartas con la tradicional estampilla postal. Su fruto fue reunir ponencias provenientes de 14 países y congregar a más de 400 especialistas de 11 países, con debates de más de 120 horas, señalado y recordado siempre como un gran hito, resultado del trabajo colaborativo del Comité Organizador, en el que realmente se produjo una transformación en el pensamiento y una evolución en la forma de trabajar en conjunto de elaborar conceptos creativos, cuyo espíritu se mantiene hasta el día de hoy por cuanto siempre nos hacen pensar y repensar conceptos referidos al fenómeno asociativo, entenderlo, comprenderlo, contextualizarlo y apreciar los diferentes puntos de vista.

Quienes participaron tuvieron voz; la posibilidad de escuchar, aprender y de escucharse mutuamente también; tanto para juristas, cuyas enseñanzas ya en ese entonces motivaban, como para jóvenes que recién empezaban y que se sumaron para seguir incentivando.

Otros 15 años después, tanto el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba –creado por la misma en 1988–, cuanto el Departamento de Coordinación Docente de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba asumen, en actividad conjunta y coordinada, la organización de esos Congresos. Así fue como, en el año 2007, se desarrolló el Décimo Congreso Argentino de Derecho Societario y Sexto Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa en La Falda, Córdoba.

Se conmemoraron los 30 años del Congreso del año 1977, compromiso impuesto por los Dres. Francisco Quintana Ferreyra y Héctor Cámara. Producto de la dinámica grupal, se resaltó la publicación semestral *Ensayos de Derecho Empresario* (a la fecha, con nueve volúmenes, y reemplazada por *Estudios de Derecho Empresario*). Esa publicación permitió generar y compartir los resultados de las investigaciones de la Escuela Comercialista de Córdoba y sus amistades, ampliando las fronteras nacionales.

Se mantuvo el consenso general de la metodología de congresos de “debate”, priorizando las argumentaciones y soluciones superadoras a través del acuerdo. Para propiciar esa dinámica grupal y de construcción colectiva, se organizó el trabajo por comisiones que abordaron el siguiente temario: 1) Personalidad. Tipicidad. Publicidad; 2) Financiamiento de la sociedad comercial; y 3) Interés Social e Individual.

Todos los proyectos de reformas de la Ley de Sociedades Comerciales han tomado, en gran medida, los acuerdos consensuales a los que se ha arribado en los diversos Congresos de Derecho Societario, producto del amplio debate académico y profesional.

Expresa Efraín Hugo Richard en la “Introducción” a los cuatro tomos de los libros de esos Congresos: “Encuentros donde se trata de examinar la interpretación y aplicación más eficiente de este derecho de organización, para facilitar las inversiones, la producción, la generación de puestos de trabajo y de riqueza expansible. Tantos nombres deberíamos aquí mencionar, de los que ya se fueron y de los que están ... El apoyo de múltiples Jornadas Preparatorias fue una respuesta contundente e íntegra a todos sus realizadores, Instituciones y personas ... La Universidad y la Academia de Córdoba han registrado y tienen bien presente ese desinteresado ocurrir que califica la vocación de todos los asistentes y la dinámica grupal que supera todo individualismo ... Cuatrocientos ochenta congresistas inscriptos un mes antes de la iniciación de los trabajos aseguran el éxito de los debates encauzados por 280 comunicaciones”.

Este año, a 45 años del primer Congreso, la Universidad Nacional de Córdoba, habiendo cumplido 409 años de existencia, a través de sus Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas, junto al Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, coorganizan el Décimoquinto Congreso de Derecho Societario y Undécimo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”.

El tema propuesto como lema de este Congreso bien pudiera entenderse como una frase hecha, pero, sin embargo, en el plano jurídico, encierra dos conceptos basilares de cualquier comunidad contemporánea: libertad y responsabilidad.

Las sociedades –y en un concepto más amplio, las relaciones de organización– constituyen una maravillosa herramienta, librada a la autonomía de voluntad (libertad) para el desenvolvimiento empresarial, pero ello no puede erigirse en una utilización discrecional y dañosa (responsabilidad).

Como sabemos, es ya clásica la caracterización de las organizaciones (incluidas las empresas en dicha noción) como sistemas socio-técnicos; esto es, una configuración de elementos humanos, técnicos y normativos concebida para la consecución de los objetivos organizacionales. Y en el diseño de tal estructuración, invariablemente subyacen los criterios de eficacia y eficiencia.

En esta concepción, el elemento humano deviene crítico. Las personas tienen sus propios intereses y objetivos; abrigan sueños y anhelos; desarrollan afectos e inquietudes: cada ser humano es particularísimo. Así, el comportamiento organizacional no admite una regulación absoluta a partir de la tecnología y las normativas.

La gestión humana requiere la plena conciencia de que, en toda organización, cada decisión, cada acción no tendrá efectos necesariamente lineales y racionales. Las ramificaciones pueden ser impredecibles. Hoy sabemos que la gestión organizacional (y empresarial, por ende), lejos de una concepción racional-mecanicista, se inscribe en el paradigma de la complejidad.

Trescientos cincuenta y seis congresistas inscriptos al 1º de septiembre de 2022, junto a las 334 comunicaciones recibidas, nos auguran un arduo y enriquecedor trabajo colectivo con la aspiración ineludible de seguir aportando, desde la interdisciplinariedad, que debe necesariamente mutar a la transdisciplinariedad, generosamente a la construcción del conocimiento científico y, desde el compartir de experiencias, a la cimentación de las mejores herramientas y soluciones para el desarrollo de la sociedad y del país.

Este Congreso trienal iniciado en 1977 continúa desarrollándose hasta la actualidad en diferentes locaciones del país y siempre amparado en la extensa red de universidades públicas y privadas que reúnen a las amistades de la Escuela Comercialista de Córdoba.

No hay acciones individuales, sino dinámica grupal.

Soledad Richard, Orlando Muño, María Fernanda Cocco y Juan Carlos Palmero

ÍNDICE

COMISIÓN I: DERECHO SOCIETARIO
ACTUAL Y LEGISLACIÓN VINCULADA

**Tema 1: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
GÉNERO Y ORGANIZACIÓN.**

35

ESCASOS ANTECEDENTES DE LA MATERIA SOCIETARIA CON
PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN ENFOQUE QUE RECIÉN EMPIEZA

Ana C. Alonso y Patricia A. Fernández de Andreani

37

LIBERTADES ECONÓMICAS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE
PROTEGIDAS, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBERTAD DE ELEGIR LA
FORMA DEL EMPRENDIMIENTO

Daniel Fernando Alonso

45

LA CAUSA FIN EN LAS SOCIEDADES, SU EVOLUCIÓN Y TENDENCIA

Martín Arecha

53

EL NUEVO PARADIGMA SOCIETARIO Y SU INFLUENCIA SOBRE EL VIEJO

Marcelo Barreiro

57

DERECHOS HUMANOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO
EN EL DERECHO EMPRESARIAL

María Eugenia Basualdo y María Cristina De Césarís

65

AUTODETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS
PARA LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

Victoria Bengochea, Karina G. Damiano y Lucas R. Tomkinson

73

CUOTA DE GÉNERO EN LOS DIRECTORIOS

Gabriela Fernanda Boquin y María Cristina De Césarís

77

ORDEN PÚBLICO E IMPERATIVIDAD EN LA SAS

Diego Coste

83

GÉNERO Y ÓRGANOS SOCIETARIOS.
HACIA UN CAMINO A LA IGUALDAD REAL

Norma A. Cristóbal

87

METODOLOGÍA DEL DERECHO (SOCIETARIO)

Rodrigo Cuervo

93

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA SOCIETARIA: REGULACIÓN ACTUAL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA Gustavo Alejandro Roque Cultraro	101
HACIA UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ASOCIATIVO José María Curá	109
PERSONALIDAD JURÍDICA Y LIBERTAD CONTRACTUAL Juan Ignacio Dobson	113
DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO MINORITARIO EN LAS SOCIEDADES CERRADAS Diego Arturo Duprat, Raúl Aníbal Etcheverry	121
EL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO "POSMODERNO": "CONTRACTUALIZACIÓN", "DERECHOS HUMANOS" Y "PREVENCIÓN DEL LAVADO" Eduardo M. Favier Dubois	125
LA EXCLUSIÓN DE LA MUJER DEL PODER ECONÓMICO Patricia Andrea Fernández	133
EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES URUGUAYO Alicia Ferrer Montenegro	137
EL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA PRODUCTIVIDAD (ART. 1º) Y DE LA VIABILIDAD (ART. 100) Rafael Mariano Manóvil	139
DERECHOS POLÍTICOS DEL SOCIO EN UNA SAS Jorge Alfredo Marcotullio	145
EL EJERCICIO DE DERECHOS SOCIETARIOS POR ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN. EL PROYECTO DE LEY DE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR María Fernanda L. Muntaner y Juan Ignacio Recio	151
IMPACTO DE LAS RESOLUCIONES 34 Y 35 DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LAS DENOMINADAS ACCIONES POSITIVAS Matías Oscar Muñoz	159
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO EJE DEL SISTEMA EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena	165

ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN A PRIORI DE LA PARIDAD DE GÉNERO EN EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES Gabriela Fernanda Palmieri	171
EL SISTEMA DE PRELACIÓN NORMATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIETARIA Efraín Hugo Richard y José Pablo Sala Mercado	179
¿LA LIBERTAD IRRESTRICTA COMO PARADIGMA DEL DERECHO SOCIETARIO? (QUIZÁS ¿SOMOS PROCLIVES A LOS EXTREMOS?) Alberto Antonio Romano	183
EL CUPO DE GÉNERO EN LOS DIRECTORIOS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Lucía Spagnolo	189
¿UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL FISCALIZANDO? Carlos Vanney	195
EN LOS ÓRGANOS DE LA SAS LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PREVALECE SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Carlos Vanney	201
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES Humberto Vargas Balaguer	207
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE, EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA María Guadalupe Villagrán	211
COMISIÓN I: DERECHO SOCIETARIO ACTUAL Y LEGISLACIÓN VINCULADA	
Tema 2: CONCEPTO DE SOCIEDAD. PERSONALIDAD. EMPRESA. PRODUCTIVIDAD. RIESGO. VIABILIDAD. EMPLEABILIDAD.	217
LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO Luis Felipe Aguinaga Baro	219
LA UNIPERSONALIDAD SOBREVINIENTE EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Luis Felipe Aguinaga Baro	227

CONTRATOS ASOCIATIVOS Y SOCIEDAD Tomas M. Araya	235
EL VALOR DEL CAPITAL HUMANO DENTRO DE LA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD Y LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Juan José Armando	241
INFRAESTRUCTURA SOCIETARIA PARA ENVIAR COHETES AL ESPACIO Rodrigo Cuervo	243
LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY SOCIETARIA URUGUAYA Alicia Ferrer	251
EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY URUGUAYA DE SOCIEDADES COMERCIALES Alicia Ferrer, Alejandro Miller y Ricardo Olivera García	255
LA NECESIDAD DE ADECUAR LA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONCEPTO GENERAL DE SOCIEDAD FRENTE LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA TIPICIDAD María Victoria Gallino Yanzi	267
LA DISPONIBILIDAD DE LA COMUNIDAD DE RIESGO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES Lisandro Hadad	275
PERSONA JURÍDICA SOCIEDAD, CAPACIDAD Y OBJETO –REPLANTEO DEL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD– Ariel A. Germán Macagno	281
EL INTERÉS SOCIAL DE LA PERSONA JURÍDICA –COMO MÓDULO PARA CALIBRAR LA GESTIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS– Ariel A. Germán Macagno	287
SAS: TRANSFERENCIA DE RIESGOS ENTRE SOCIOS Lucas Maderna	291
NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DEL DERECHO SOCIETARIO María Celia Marsili	297
VIABILIDAD DE LA EMPRESA, UNA CUESTIÓN DEL MUNDO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL, ECONÓMICA, Y DE FENÓMENOS Y PROCESOS DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN María Cristina Mercado de Sala	303

VIABILIDAD EMPRESARIA. EL NECESARIO PLAN DE VIABILIDAD Alicia Susana Pereyra y Efraín Hugo Richard	309
LOS EFECTOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES DEL PLAN DE VIABILIDAD EMPRESARIA Efraín Hugo Richard y Lidia Vaiser	315
NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA –TIPICIDAD DE PRIMER GRADO– Efraín Hugo Richard	321
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CAUSA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Eugenio Ángel Rositto	331
LAS SOCIEDADES DEL CAPÍTULO I, SECCIÓN IV DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES SON PERSONAS JURÍDICAS CON PLENOS ATRIBUTOS Alfredo R. Rovira	339
LAS PYMES COMO MOTORES DEL PROGRESO Gustavo Adrián Somoza López	345
PERSONA JURÍDICA, SOCIEDAD Y EMPRESA Christian Taliervo	351
COMISIÓN I: DERECHO SOCIETARIO ACTUAL Y LEGISLACIÓN VINCULADA	
Tema 3: RÉGIMEN DE CONTRALOR DE LEGALIDAD Y TOMA DE RAZÓN. SISTEMAS VIGENTES. NORMAS REGLAMENTARIAS Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES. RECURSOS.	355
EL PLAZO EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 1/2022 IGJ María Belén Abal, Nora Mabel Arévalo Servián, María Cesaretti, Gabriela Paola De Nichilo, Eugenia Elena Guarnerio de O'Farrell y Rocío Ibáñez	357
LA TRANSFORMACIÓN EN SAU POR UNIPERSONALIDAD DEVENIDA DE LA SA Y LA SRL, IMPONE UNA REGISTRACIÓN ABREVIADA Bernardo Pedro Carlino	363
APELACIÓN CONTRA LAS DECISIONES DE LA DGIPJ (CÓRDOBA) Juan Ignacio Córdoba González	367

EL MARCO NORMATIVO DE LOS REGISTROS PÚBLICOS A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Julia Figueroa Day	373
LOS ALCANCES DEL ART. 12 EN LA LEY ACTUAL María Sol Flores Collazo	379
UNA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA PARA CABA Y SOSTENIDA POR CABA Lisandro Hadad, Fernando Pérez Hualde y José Pablo Sala Mercado	383
FISCALIZACIÓN LIMITADA: EL CONTROL FORMAL COMO SERVICIO REGISTRAL María Laura Juárez	387
RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY FEDERAL N° 22.315. CÓMO IMPUGNAR UNA RESOLUCIÓN GENERAL. Matías Oscar Muñoz	391
ACERCA DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA LACE. ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA REGLAMENTACIÓN EMITIDA POR LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Lourdes Solana Penida	395
EL CONTENIDO DE LOS ESTADOS CONTABLES EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS) Alejandro Horacio Ramírez	401
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE QUE EL PODER EJECUTIVO NACIONAL TENGA A SU CARGO EL REGISTRO PÚBLICO LOCAL DE CABA Alejandro Horacio Ramírez	403
EFFECTIVIDAD DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS PREVIOS DE LOS ORGANISMOS DE POLICÍA SOCIETARIA C. Ramiro Salvochea	407
LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL PLAZO DE DURACIÓN DE LA SOCIEDAD, DISPUESTA POR LA IGJ, RESULTA CONTRARIA A DERECHO Carlos Vanney	415
EL REGISTRO PÚBLICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES DEBE, POR MANDATO CONSTITUCIONAL, FUNCIONAR EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD Y NO DEPENDER DE LA IGJ Carlos Vanney	421

COMISIÓN I: DERECHO SOCIETARIO ACTUAL
Y LEGISLACIÓN VINCULADA

Tema 4: CONTROL DE FUNCIONAMIENTO Y EN RAZÓN DE LA ACTIVIDAD. ORGANISMOS COMPETENTES, ALCANCES. SIMPLIFICACIÓN. ASOCIACIONES CIVILES BAJO FORMA DE SOCIEDAD.	429
PROCEDENCIA DE LA EXTENSIÓN DEL CONTROL LIMITADO (ART. 301 INC. 2 LEY 19.550) María Laura Juárez	431
LA CERTIFICACIÓN COMO HERRAMIENTA DE GARANTÍA EN LAS SOCIEDADES SIN FINES DE LUCRO Luis Alberto Miguel	439
LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA COMERCIAL EN LAS CUESTIONES REFERIDAS A LAS RESOLUCIONES DE LA IGJ (A LA LUZ DEL CASO ASEA C. IGJ) Carlos Vanney	443
EL CONTROL DE LEGALIDAD Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES SON UN COMBINACIÓN DE “SERVICIOS DE REGULACIÓN DE RIESGOS” Y “SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL” Daniel Roque Vítolo	449

**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 1:
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
GÉNERO Y ORGANIZACIÓN

ESCASOS ANTECEDENTES DE LA MATERIA SOCIETARIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. UN ENFOQUE QUE RECIÉN EMPIEZA

Ana C. Alonso y Patricia A. Fernández de Andreani

SUMARIO

Juzgar con perspectiva de género es una obligación de la judicatura y los/las jueces/comerciales no se encuentran eximidos/as de aplicar un método acorde con las obligaciones asumidas por nuestra república.

1. Qué es y cuál es el método sugerido para juzgar con perspectiva de género.

Juzgar con perspectiva de género es una categoría de análisis que implica apreciar los asuntos sometidos a juzgamiento con un criterio de interpretación basado en la igualdad, a través de un método inclusivo y compensatorio, en consonancia con el sistema de derechos humanos de categorías vulnerables en razón del sexo, derivados de las convenciones y recomendaciones internacionales a ellas referidos y que integran nuestro orden jurídico con supremacía sobre la ley interna. De este modo, se efectivizan los derechos fundamentales a la igualdad y el de no discriminación.

Así juzgar con perspectiva resulta una obligación para la Judicatura. La obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género y de capacitarse en consecuencia surge de normas internacionales como internas en tanto así lo disponen la CEDAW, la Convención de Belem do Pará, el CCyC, la Ley Micaela, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Comisión IDH) y de Comité CEDAW.

En muchos casos, juzgar con perspectiva de género importa sacrificar el texto normativo por entender que la norma no es neutral y la Judicatura por la limitante de la formación originaria no llega a comprender que esta categoría de juzgamiento le está impuesta por los tratados internacionales. Así la perspectiva de género que fue introducida en nuestro país a través de las Convenciones internacionales (CEDAW y Belem do Pará) nos plantea un nuevo paradigma cultural que nos propone un nuevo diseño y redistribución de poderes sociales y la transformación a través de las sentencias hacia un modelo social igualitario como principio rector de las relaciones de género.

Para lograr tal objetivo se requiere un método apropiado para incorporar al género como categoría de análisis y abordar a través de él al caso concreto.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a diferencia de otros países no ha aprobado aún ningún protocolo para juzgar con enfoque de género.

Aunque siguiente el modelo de protocolo para juzgar con perspectiva adoptado por la República de México el método¹ divide a las obligaciones de la judicatura en previas, implíci-

¹ El método se basa fundamentalmente en la "Guía para Juzgar con perspectiva de Género" propuesta por el protocolo de la República de México ("Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género" Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación,

tas y adicionales², a saber:

a) Cuestiones previas.

Las cuestiones previas consisten en identificar situaciones de poder y el contexto de desigualdad estructural³ y de violencia que produce un desequilibrio entre las partes, lo cual implica una instancia de reflexión profunda e interseccional por parte de la judicatura que contemple en forma conjunta diversas variables de vulnerabilidad a partir de las cuales las personas involucradas se encuentran más proclives a la discriminación estructural, a fin de detectar:

b) Cuestiones implícitas.

Las cuestiones implícitas son específicas, son parte del caso y se relacionan con los hechos, las pruebas que acreditan esos hechos (premisas fácticas) y el derecho (premisas normativas), que conducirán a la justa resolución del caso.

En cumplimiento de la premisa fáctica, la judicatura deberá desechar cualquier estereotipo o prejuicio de género a fin de visibilizar las situaciones de desventaja entre las partes, las que no sólo son causa y consecuencia de la violencia de género sino que también acrecientan la desigualdad en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de las mujeres en condiciones de desigualdad y sin discriminación, comprometiendo la imparcialidad, a lo que ya nos referimos en el presente.

En punto a las pruebas, corresponde invertir su carga y considerar que la víctima de un acto discriminatorio o de violencia posee una presunción a su favor y bastará con su testimonio, que ostenta un valor fundamental en la comprobación de los extremos necesarios para la determinación del hecho y la imputación de responsabilidad⁴.

Por último, las premisas fácticas deben ser analizadas con sensibilidad sobre las múltiples consecuencias que tiene el género en la vida de las personas.

En cumplimiento de la premisa normativa, es decir, en la aplicación del derecho al caso, podemos sintetizar las obligaciones de la judicatura en dos tareas centrales.

Por un lado, deberá aplicar los estándares de derechos humanos de las personas que participaron en la contienda y por el otro, evaluar el impacto diferenciado de las normas aplicables y su neutralidad.

Para concretar lo dicho y en relación al respeto por los derechos humanos de género, es necesario efectuar un análisis de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas en juego, que debe llevarse a cabo aún de oficio.

Necesariamente debe existir conformidad entre el bloque normativo y el bloque constitucional federal y otros pactos internacionales, para lo cual incluso corresponderá la aplicación de los fallos de la Corte IDH aun cuando nuestro país no sea parte, como así también la obligatoriedad de las recomendaciones e interpretaciones que efectúen la Comisión Internacional de Derechos

México, noviembre 2020, pp. 137 y ss.) y las enseñanzas de la Dra. Alda Facio Montejó en punto al análisis normativo (Facio Montejó, Alda "Cuando el género suena, cambios trae", en *Antología del pensamiento crítico costarricense contemporáneo*, p. 503 a 535.)

² Este orden sólo se propone por razones didácticas, por lo que nada obsta a su alteración y adaptación para su mejor uso por el agente judicial.

³ La mirada "estructural" de la igualdad fue incorporada por nuestro derecho interno en forma expresa en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. Luego utilizado por la Corte Suprema (cfr. voto del ministro Enrique Petracchi en Fallos 323:2659) y la Corte IDH, en CIDH, sentencia de 16 de noviembre de 2009 "González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México", http://www.corteidh.or.cr/casos>seriec_205_esp. También y a propósito de la desigualdad estructural se recomienda la lectura de: SABA, Roberto, "(Des)Igualdad Estructural", *Visiones de la Constitución 1853-2004*, UCES, 2004, pp. 479-514.

⁴ CamCivCoLabyMinería de Nequen, Sala I, 06/07/2018, "M., F. C. C. C., J. L. s/ compensación económica"; STJ de la provincia de Corrientes, 13/11/2014 "R. H. R. c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa"; SCJMendoza 10/11/2020, Sala II, "Kraus Ingrid Analía c/ La Caja ART S.A. p/ enfermedad profesional (12345) p/ recurso extraordinario provincial".

Humanos como el Comité CEDAW, lo cual fue respetado en varios precedentes en nuestro país⁵. En punto al análisis diferenciado y de la neutralidad normativa, es preciso advertir que el orden de género incide en el acceso a los derechos, pues es por él y en él, que las normas tienen impacto desigual en las personas de conformidad al rol que se les haya asignado en dicho orden.

Resulta necesario contrastar situacionalmente los roles (cambiarlos) para advertir cómo incidiría la norma aplicable al género hegemónico. Si confirmado algún tipo de desigualdad resulta que la norma no es neutral, la judicatura deberá reinterpretarla de manera de compensar la situación de desigualdad advertida.

Corresponde en estos casos aplicar con mayor rigurosidad el principio de razonabilidad, mediante el cual nuestra Corte reconoció que las leyes son susceptibles de cuestionamiento “cuando resultan irrazonables, o cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad”⁶.

Para definir entonces si la diferencia normativa persigue fines legítimos, relevantes e imperiosos y si dicha diferencia es un medio adecuado y menos restrictivo para alcanzar aquellos fines, deberá efectuarse un “escrutinio estricto”, mediante el cual la norma o práctica impugnada se presume inconstitucional y es el demandado quien deberá probar que aquella persigue un fin legítimo, relevante e imperioso, y que el medio elegido es idóneo e imprescindible y constituye la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados⁷.

Del resultado del escrutinio normativo se develará entonces si la norma aplicable al caso es neutral o no. No lo será si vulnera el principio de igualdad y de no discriminación.

Ante cualesquier norma discriminatoria, la judicatura debe reinterpretarla con perspectiva de género y compensar desigualdades, en caso de ser necesario.

La adopción de medidas de compensación es una obligación a cargo de la judicatura para reducir y eliminar las deficiencias del sistema que no permiten una adecuada impartición de justicia.

c) Cuestiones adicionales.

Coadyuvan a la construcción y una comprensión de la perspectiva de género.

Consideramos necesaria la utilización de lenguaje inclusivo o comprensivo, sencillo y claro, en tanto de ello depende el modo de comunicar a las partes del litigio y posee una fuerza simbólica para ellos como para el resto de la sociedad⁸.

⁵ CCAFed, Sala V, 14/02/2012 “B.M., M.E. c/ SIGEN – Res. 112/05 s/ empleo público”; CSJN, 20/05/2014, “S., M.G. y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros s/ amparo”; CNCivComFed, Sala II, 03/04/2019, “A.C., H.C. s/ solicitud de carta de ciudadanía”; CNTrab, Sala II, 11/10/2018 “B., E. c/Estado Nacional y otros s/ acción de amparo”; CNCAFed, Sala V, 15/05/2018, “D.L.L.D. c/ Ministerio de Salud s/empleo público”; JuzFam N° 7 La Plata, Pcia. De Buenos Aires, 11/03/2019, “B.T.H. s/ Actas de exposición – Denuncia”; Juz. N° 67 en lo CayT CABA, Secretaría N° 11, “M.D.D. c/ GCBA y otros s/ amparo”; Juz. de Primera Instancia en lo CayT N° 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 01/10/2018 “N.G. N. c/ GCBA s/ medida cautelar autónoma”; Juzgado de Primera Instancia de Familia de la Circunscripción Judicial de Rawson, 19/09/2017 “J., E.T. C. C., D.M s/ violencia familiar”; Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, Sala 7, 19/02/2018 “I.G.A. c/ L.P. H. O. s/ privación responsabilidad parental”; Juz. Civ. y Com. de La Plata, Pcia. De Buenos Aires, 27/11/2014 “F.A., H.E. c/ B, R.A. s/ exclusión de herencia”; CCAFed, Sala II, 11/07/2017 “A.R.H. y otro c/ Ministerio de Seguridad PFA y otros s/ daños y perjuicios”, SCJMendoza 10/11/2020, Sala II, “Kraus Ingrid Analía c/ La Caja ART S.A. p/ enfermedad profesional (12345) p/ recurso extraordinario provincial”, entre otros.

⁶ “Vizzoti Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Despido”, Fallos 327:3677 y Fallos 299:428, 430 y 327:3677, citados en el considerando 12 del primero.

⁷ CSJN, Fallos 327:5118, “Hooft Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires Pcia. s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” (cons. 6); CSJN, Fallos 329:2986 “Gottschau Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” (cons. 5); CSJN, Fallos 331:1715 “ManteconValdeks Julio c/ Estado Nacional – Poder Judicial de la Nación –Corte Suprema de Justicia de la Nación – Res 13/IX/04 (concurao biblioteca) s/ Amparo”, y CSJN, Fallos 332:433 “Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento – Distrito Capital Federal”, en donde se remarca que la igualdad establecida en la Constitución Nacional no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.

⁸ Las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” señalan que “En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico. Deberá respetarse el uso del

En nuestro país el lenguaje inclusivo fue reconocido formalmente en los Estatutos de diversas universidades⁹, en la administración Pública¹⁰ y en el ámbito judicial¹¹; pero su uso continúa siendo voluntario para la judicatura.

2. Antecedentes jurisprudenciales en materia societaria.

Los fallos judiciales donde se ventilaron cuestiones societarias con perspectiva de género son escasos. La búsqueda de los mismos remite a dos antecedentes.

2.1. El primero pertenece a Córdoba, Cura Brochero de fecha 22/04/21 en Autos caratulados: “O., N. N. c/ S., J. C. - ORDINARIO- DAÑOS Y PERJUICIOS”¹².

2.1.2. Los hechos y los fundamentos de la sentencia. La perspectiva de género.

Una pareja de convivientes invirtió su trabajo y capital, a lo largo de más de 15 años en la compra de lotes y en la construcción, operación y mantenimiento de establecimientos recreativo-vacacionales en la ciudad de Mina Clavero, Provincia de Córdoba. A razón de hechos de violencia generados por el conviviente, la mujer y los hijos abandonaron el hogar produciéndose la separación y ruptura del vínculo. Tras acordar verbalmente la disolución y liquidación de los bienes sociales, el ex-socio/conviviente de forma unilateral y desinformada vendió todos los inmuebles que integraban la empresa, negándole participación alguna a la mujer.

Como consecuencia de ello, esta última demanda por daños y perjuicios al ex-conviviente reclamando el 50% de lo producido por las ventas, como resultado de la disolución y liquidación de la sociedad de hecho que conformaban, así como la reparación del daño moral ocasionado. El Juez de la causa resolvió hacer lugar al reclamo formulado, ordenando al demandado el pago del cincuenta por ciento (50%) del valor del complejo de cabañas que conformaba un patrimonio común, y una indemnización por daño moral.

Así el fallo invocando la perspectiva indica para justificar la prueba de la sociedad de hecho: “...la Sra. N. N. O. administraba el complejo de cabañas, como así también que realizaba otras labores, independientemente de aquéllas relacionadas a las tareas del hogar y la crianza de los hijos. Ello, mal que le pese al accionado, le permitía a éste continuar con su trabajo independiente, vinculado a servicios conexos a la construcción (plomaría, electricidad y gas). Entonces, puede afirmarse que mientras el Sr. J. C. S. efectuó esencialmente aportes dinerarios, la Sra. N.

lenguaje inclusivo” (Capítulo III, Sección 2ª.- Comprensión de Actuaciones Judiciales, 2.- Contenido de las resoluciones judiciales, 60).

⁹ Según el informe “(Re)nombrar – Guía para la comunicación con perspectiva de género” elaborado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, las universidades que reconocen formalmente al lenguaje inclusivo en sus estatutos, son: Universidad Nacional de Río Negro, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco de Chubut, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (Resolución del Consejo Directivo UBA – Facultad de Ciencias Sociales N° 1558 de 02/07/2019, que reconoce al lenguaje inclusivo como recurso válido en las producciones realizadas por estudiantes de grado y postgrado), Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario y las Facultades de Ciencias Políticas y Sociales y de Educación de la Universidad Nacional de Cuyo y la Universidad Nacional de Córdoba (excluyendo esta última el uso de la “e” y la “x”), Universidad Nacional de Mar del Plata y Facultades de Arte y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro, entre otras.

¹⁰ Tal es el caso de la “Guía de BCRA para una comunicación inclusiva” que incorporó el lenguaje inclusivo como válido para las comunicaciones del BCRA y “Guía de recomendaciones para la igualdad de género” aprobada por la CNV el 15/03/2021, que propone para sus comunicaciones la utilización de un lenguaje no sexista e inclusivo.

¹¹ En el ámbito de la CSJN, la Oficina de la Mujer (OM), a cargo de la vicepresidenta de la CSJN, Elena Highton de Nolasco, incorporó a sus ofertas de capacitación una nueva propuesta sobre Género y Lenguaje dirigida a integrantes de los poderes judiciales de todo el país; también la capacitación constante en materia del lenguaje accesible y con enfoque de género es promovida por diversos tribunales superiores como el Mendocino y en provincia de Buenos Aires, por la SCBA, entre otros.

¹² Juzgado Civil, Comercial, de Conciliación, Familia, Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil, Violencia Familiar y de Género y Faltas de Villa Cura Brochero, 22-04-2021 Cita: MJ-JU-M-133132-AR | MJ133132.

N. O. aportó trabajo, como dije, no solo en labores administrativas, sino que desarrolló tareas de mantenimiento del complejo, lo que redituó en ganancias a favor de la sociedad de hecho, cuyo objeto lo constituyó la prestación del servicio de alojamiento con fines turísticos. De lo expuesto, se concluye que existió una “sociedad de hecho” desde un punto de vista comercial, porque ambos realizaron aportes (en dinero y en trabajo) con fines de lucro, como también desde un punto de vista de un proyecto de vida en común, generando una comunidad de bienes”. Refiere a las dificultades de alcanzar la prueba frente las conductas patriarcales, la forma de relacionarse y los efectos: “...las especiales circunstancias derivadas de la violencia intrafamiliar y de los patrones de conducta patriarcales también dificultan la prueba tanto de la forma de relacionarse entre los miembros de la pareja, es decir de la violencia en sí, como en cuanto a las derivaciones de ella, lo que incluye la manera de conformarse, registrarse, administrarse y liquidarse el patrimonio común, por lo general reservándose el varón esa prerrogativa, muchas veces en detrimento de la mujer, lo que encuadra en la llamada violencia económica”. Adicionalmente para justificar la sociedad de hecho y el proyecto de vida en común, como la violencia sufrida por la mujer y en consecuencia el derecho que tenía ésta a que se le repare el daño por haber vendido el inmueble y no haberle dado su parte la Judicatura señaló; “...el progreso económico durante la convivencia producto del esfuerzo de sus dos integrantes se generó sin la previsión de que a futuro se debería probar concreta y precisamente qué había aportado cada uno, esto derivado de la confianza propia de un proyecto de vida en común. A lo que se suma, un contexto de violencia de género, en su versión doméstica, en donde la mujer, si bien administraba el complejo de cabañas, resulta que dichas tareas las realizaba dentro del mismo inmueble donde se encontraba su hogar y en donde, además, se ocupaba de la crianza de sus hijos, a diferencia de las tareas desarrolladas por el demandado fuera de la sede convivencial. Incluso, la supremacía masculina en la pareja se mantuvo luego de finalizada la vida en común, ya que la actora fue quien debió dejar el hogar y fue el demandado quien asumió la venta de los bienes, incluso con el consentimiento de la condómina, quien le otorgó plenas facultades para disponer, dando ocasión a que se produjera el incumplimiento de la repartición pactada”. “...el propio actuar del demandado evidencia la violencia económica que ha ejercido sobre la actora, al generarle la expectativa al cobro de la mitad del valor del patrimonio común, requiriéndole la suscripción de la escritura necesaria para ello, para luego no cumplir con lo prometido; actitud lesiva que siguió, una vez iniciado el presente proceso, negando toda participación de ella en la conformación de la comunidad de bienes menospreciando sus tareas”. “...el resarcimiento del daño en las causas de violencia de género adquieren un cariz especial, porque a la par de que posibilita la reparación de los perjuicios sufridos por la víctima en un caso determinado, establece y propicia parámetros de conductas sociales que deben ser evitadas por los miembros de la sociedad (conf. Fumarola, Luis, “El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares”, cit. por Fillia, Laura E., “La responsabilidad civil derivada de la violencia doméstica ejercida contra la mujer”, Revista de Derecho de Daños, 2019-3, Rubinzal-Culzoni, pág. 102)”.

2.1.3. Análisis de la perspectiva de género del fallo.

El fallo en cuestión analizó el contexto y la situación de desigualdad estructural existente derivada de sexismos y estereotipos reconociendo la violencia económica como derivación de esa circunstancia.

Ante la existencia de una categoría sospechosa que violó el derecho a la igualdad y a la no discriminación, invirtió la carga de la prueba, poniendo en cabeza del demandado la nece-

sidad de probar lo contrario.

Valoró la prueba dentro del contexto de desigualdad, reconociendo el derecho internacional de los derechos humanos.

Visibilizó y analizó los estereotipos de género que subyacen la relación conyugal que derivó en violencia económica, con la sensibilidad requerida de conformidad con los estándares internacionales, aplicándolos al momento de sentenciar, condenando al demandado a una “justa indemnización”.

2.2. 103 23589/1. “INCIDENTE DE NULIDAD EN AUTOS CARATULADOS: “P. C. C/ C. L. O. S/ MEDIDA CAUTELAR”. Juzg. de Paso de los Libres

2.2.1. *Hechos y fundamentos*: En el marco de un proceso de divorcio cuyos bienes gananciales son objeto de controversia, la sociedad “L.A.S.” dedujo incidente de nulidad de una resolución judicial que dispuso una medida cautelar tendiente a que AFIP envíe informes patrimoniales de aquella persona jurídica, con el debido levantamiento del secreto fiscal, aduciendo que ha sido dictada en detrimento de una persona que no forma parte de la relación procesal. La promotora de la medida de prueba justifica su pedido en que la empresa L. A. S., cuyos administradores son S.C. y M. L. V. -quienes a su vez trabajaban en la empresa A. SRL perteneciente al patrimonio conyugal- es una sociedad creada para desviar fondos del patrimonio ganancial, mediante maniobras fraudulentas de vaciamiento de empresa. Y que ello configura violencia de género de tipo económica.

La Jueza resuelve el rechazo de la nulidad planteada.

Los fundamentos utilizados son los siguientes:

“Cuando se trata de juicios de familia o entre familiares, en los que se ventilan cuestiones patrimoniales que pueden requerir como prueba de las partes información económica y/o patrimonial, el secreto fiscal en principio no rige, por aplicación de la excepción y AFIP tiene la carga de suministrarla”.

“...si bien, la información solicitada lo es respecto de una persona jurídica, la Medida Cautelar solicitada es con propósito de que AFIP realice el informe para verificar si hay desvíos de fondos del patrimonio conyugal de la Sra. P. (socia del 50% de A. S.R.L., a quien se le dificulta ... acceder a la información de su empresa la que le es obstaculizada...) a la Empresa L. A. S., siendo una obligación de los jueces cumplir con la excepción contenida en el Art. 101 [de la Ley 11.683], cuya finalidad es que los juicios de familia estén exceptuados”.

“...debe tenerse en cuenta que el ‘secreto fiscal’ instituido por la ley 11.683 conjuga con principios de orden público, como lo es la Ley 26.485 dictada en cumplimiento de la República Argentina con la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, incorporada por nuestra CN, cuyo Art. 1 señala que sus normas son de orden público y aplicables a todo el Territorio Nacional y que en su Art. 5º, establece: ‘La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo’. Lo que obliga a quienes trabajamos en el ámbito del Derecho a no tener una visión sesgada de estas cuestiones, cuando la Sra. P., esposa, ama de casa, dueña del patrimonio, pero ajena

a la administración de sus bienes, denuncia en un Juzgado de Familia competente, posible fraude en cuanto a sus bienes gananciales el que se llevaría a cabo en la connivencia de su esposo, su yerno y su hija a través de creación de la Empresa L. A. S.”.

“No se podría –hoy en día- conjugar como prioritario y tampoco concluyo sea ese el espíritu de la legislación tributaria exceptuando cuestiones de familia, que llevar tranquilidad al ánimo de la Empresa Contribuyente implique menoscabar los derechos patrimoniales de una mujer -ajena al manejo de la empresa ganancial y en manos de su esposo- que denuncia ser víctima de fraude por su esposo, su hija y su yerno en cuanto a sus bienes ante una autoridad judicial. Este deber, obligación y mandato le corresponde a los tres poderes del Estado, eliminando la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres y así lo impone la ley 26.485 y los tratados internacionales que son su fuente, constituyendo en este caso una violencia indirecta el mantenimiento del Secreto Fiscal sin miramiento de género y entronizado en percepción de la renta pública, rigorismo que se contrapone no solo con la Ley 26.485 sino también con el espíritu de la propia ley tributaria”.

“Nulificar el levantamiento del Secreto Fiscal para que la persona jurídica que así lo solicita, tribute, coadyuvaría –en este caso- a mantener oculta la supuesta maniobra de fraude denunciada contra el patrimonio ganancial impidiendo la efectividad de los derechos patrimoniales de la cónyuge mujer por un lado; y por el otro imposibilitando a la Sra. P. acceder a la información que confirmaría lo que denuncia, haciendo ilusorios los derechos sobre su patrimonio. Aquí estamos sujetos a una legislación civil de orden público”.

“Fallar con perspectiva de género no significa darle la razón a la mujer, sino darle los espacios y las herramientas para que ejerza sus derechos en igualdad de condiciones que el resto”.

“...no hay nulidad en el sólo interés de la ley, el proceso no es una misa jurídica ajena a sus actuales necesidades; las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar perjuicios efectivos conforme doctrina y jurisprudencia”.

“Quién promueve la nulidad debe demostrar el perjuicio sufrido y el interés que procura subsanar con la declaración (...) mencionándose expresa y precisamente las defensas que se vio privado de oponer”.

2.2.2. Puntualización de la perspectiva de género en el fallo.

El fallo en cuestión frente a la existencia de una categoría sospechosa (una mujer, esposa, titular del 50% de un paquete accionario) decidió no hacer lugar a la nulidad de una medida cautelar dictada donde se procuraba que la AFIP informe datos de una sociedad ajena al juicio de divorcio en trámite pero donde presuntamente se estaba desviando el interés social en beneficio del ex cónyuge. Así se promovió una prueba dentro del contexto desigual a la que estaba expuesta la mujer que si bien era titular del 50% de las acciones, jamás había estado involucrada en la administración social.

Se hizo un estricto escrutinio legislativo para llegar a determinar que la ley fiscal y el secreto que impone debe ceder frente a las disposiciones de la Ley 26.485 y los tratados internacionales que son su fuente, en tanto resulta en el caso una violencia indirecta el mantenimiento del Secreto Fiscal sin miramiento de género. Adiciona para sopesar la norma aplicable que el espíritu de la legislación tributaria que busca llevar tranquilidad a la Empresa Contribuyente no puede menoscabar los derechos patrimoniales de una mujer -ajena al manejo de la empresa ganancial y en manos de su esposo- que denuncia ser víctima de fraude por su esposo, su hija y su yerno en cuanto a sus bienes ante una autoridad judicial.

3. Conclusiones

La perspectiva entendida como una categoría de análisis puede ser aplicada a una innumerable cantidad de casos donde se ventilan cuestiones societarias en las que participen categorías “sospechosas”. En los casos donde se ventilen por ej. impugnaciones de asamblea, remociones, inoponibilidad, resolución parcial, exclusión entre otros y a la hora de dictar medidas cautelares. En estos casos habiendo categorías sospechosas en juego, los jueces deberán utilizar el método del juzgamiento con perspectiva de género para modificar la forma de comprender la realidad, compensando las desigualdades y equilibrando lo derechos de las personas que se encuentren en una posición más vulnerable por cuestiones de género¹³, siempre —claro está— que estén acreditadas las condiciones de abuso, violencia en especial la violencia económica o patrimonial o de un uso desviado de la personalidad o que la misma haya sido constituida como recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar los derechos del/a cónyuge, conviviente o de cualquier sujeto que pueda estar alcanzado bajo este lente, por ejemplo, el/la heredero/a.

Al igual que la jurisprudencia reseñada, la realidad da cuenta de que la asignación de roles bajo el sistema sexo género que buscamos deconstruir, que la mujer ha tenido —y, en parte, sigue teniendo— por principal función la reproducción y la dedicación a las actividades domésticas y privadas, actividades minusvaloradas, en tanto carecían de función productiva. Como contrapartida, bajo este sistema el hombre desarrolla tareas extra domésticas que cuentan con un mayor valor social. En este esquema el trabajo doméstico no es considerado un trabajo, ya que se considera un atributo de la mujer que hace a su propia naturaleza e identidad, y es la razón y el origen de la no remuneración.

Por ello, a la hora ponderar los extremos para hacer lugar sentencias o a medidas cautelares la Judicatura tendrá que tener muy en cuenta el sistema en el que se ha desarrollado la relación y, en su caso, hacer lugar a la demanda o la medida cautelar cuando se encuentre acreditado que quien ejerce la función productiva haya utilizado el recurso técnico, es decir para escatimar o vulnerar los derechos de quienes ejercen las tareas reproductivas o de cuidado y, en ese caso, contribuir a compensar la discriminación estructural que existe. Dichas situaciones no se encuentran atravesadas solo por los estereotipos de un sistema patriarcal, sino también por otros factores de opresión, como etnias, orientaciones sexuales, contextos socioculturales¹⁴.

Vale aclarar que el tema del género ya no es exclusivo de mujeres, pues hace referencia a la forma en cómo se construyen y relacionan hombres y mujeres¹⁵, a la forma en cómo es organizado el mundo en un momento y en un lugar determinado. Por ello, la perspectiva de género no solo se relaciona con las mujeres, sino que comprende también a todos los medios destinados a combatir las situaciones asimétricas de poder, o bien, de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas.

4. Por lo dicho, sostenemos y fundamentamos que: Juzgar con perspectiva de género es una obligación de la judicatura y los/las jueces/comerciales no se encuentran eximidos/as de aplicar un método acorde con las obligaciones asumidas por nuestra república.

¹³ La obligación de fallar con perspectiva de género no solo es obligatoria para la magistratura en virtud de los tratados internacionales CEDAW y Belém do Pará), sino en función de la prescripción de los art. 2 y 3 del CCYC.

¹⁴ ALONSO, Ana, “Juzgar con Perspectiva de Género”, en Fernández Andreani- Boquin (Dir.), Igualdad real de las mujeres, Buenos Aires, Astrea, 2021, p. 176.

¹⁵ Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias del Poder Judicial de la República de Chile, p. 59.

LIBERTADES ECONÓMICAS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDAS, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LIBERTAD DE ELEGIR LA FORMA DEL EMPRENDIMIENTO

Daniel Fernando Alonso

SUMARIO

La organización constitucional argentina reaccionó contra restricciones a las libertades económicas provenientes de la época colonial. El reconocimiento de estas libertades derivó en un Código de Comercio imbuido con similar perspectiva y que, junto al Código Civil, reconocía el principio basilar de la autonomía de la voluntad y la facultad jurígena de las partes para regir sus relaciones. Pese a estar influenciada por estos principios, la regulación sobre personas jurídicas y sobre sociedades en particular, fue exhibiendo ciertas restricciones que a menudo implicaron críticas. La reforma constitucional de 1994, con la elevación a jerarquía constitucional de varios tratados y convenciones internacionales, implicó cierta alteración del paradigma clásico de las libertades económicas, proveyendo su conservación pero armonizadas con el reconocimiento de distintos derechos tributarios de la dignidad de todas las personas humanas. En este marco, debe analizarse la libertad de elegir el vehículo para canalizar un emprendimiento, alcanzando la forma y contenido del mismo.

PONENCIA

Atendiendo al marco constitucional y convencional constitucionalizado argentino, debe entenderse que las libertades económicas protegidas comprenden, como principio, la elección del vehículo para canalizar los negocios y emprendimientos –individuales o colectivos– y el contenido de los mismos, con la salvaguarda de, como excepción, el establecimiento de límites precisos provenientes de la protección a otros derechos también protegidos.

DESARROLLO

Desde el derecho colonial a la etapa constituyente

“El derecho colonial era exclusivo en materia de religión, como lo era en materia de comercio, población, industria, etc. El exclusivismo era su esencia en todo lo que estatuía, pues baste recordar que era un derecho colonial, de exclusión y monopolio”.¹ Ante eso, “[e]l libre comercio había sido uno de los reclamos más sentidos del criollismo insurgente en los albores de la revolución, así como la libre navegación”;² ello puede fácilmente ilustrarse con un segmento del art. 3 del *Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos* del 31 de mayo de 1852, que refiere a “los arbitrios que deben mejorar la condición del comercio interior y recíproco de las diversas provincias argentinas y habiéndose notado por una larga experiencia los

¹ Capítulo XVIII, párrafo seis, en: Juan Bautista Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Córdoba, Academia Nacional de Derecho Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, p. 83.

² Horacio Rossatti, *Tratado de derecho constitucional*, 2da ed., T. I. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, pp. 561/562.

funestos efectos que produce el sistema restrictivo seguido en alguna de ellas [...]”. Con ese telón de fondo, se sancionó la Constitución Nacional en Santa Fe, el 1 de mayo de 1853, que contó con una redacción que, en lo que aquí trataremos, no fue alterada por las reformas de los años 1860, 1866 y 1898.³

Las libertades económicas en la Constitución Nacional de 1853

La Constitución de 1853 consagró las denominadas “libertades económicas”, en un compendio que receptó los derechos subjetivos de una primera generación de derechos humanos fundamentales, inherentes a la persona humana en cuanto tal.⁴

Esta primera interpretación de las libertades de ejercer industria lícita, de comerciar, de entrar y salir del país, etc. y de disponer de la propia propiedad, de asociarse con fines útiles (art. 14 CN), en cierto modo demarca –y anticipa– una visión constitucional de lo que más adelante se trataría como la intervención del Estado en la economía. Las libertades mencionadas eran acompañadas por la consagración de la igualdad ante la ley (art. 16 CN) y la inviolabilidad de la propiedad (art. 17 CN). De esta perspectiva constitucional, extensiva a los extranjeros (art. 20 CN) y continuándose al presente, resulta clara la “conexión entre libertad económica y propiedad como derecho humano fundamental [que] opera en diferentes contextos constitucionales y planos jurídicos”.⁵

El Código de Comercio de 1862 y la autonomía de la voluntad contractual

En el período preconstitucional y revisando la práctica jurídica en materia comercial y societaria en particular, se aprecia como en otros aspectos del derecho patrimonial en general, que ocurrieron diferencias en cuanto a las normas positivas que se empleaban en las distintas provincias.

Si bien estos tiempos transcurrieron con posterioridad a la Revolución Francesa –que “produjo una radical transformación: el Derecho mercantil dejó de ser el Derecho de los comerciantes para convertirse en el Derecho de los actos de comercio, sin importar su sujeto, asumiendo así una impronta netamente objetiva”-⁶ y al *Code du Commerce de la République Française*⁷ –el que por otro lado sólo contaba con una regulación breve en materia societaria-⁸ las distintas vías por las que su influencia llegara a nuestras tierras, no habían fructificado aún ni en una legislación armónica ni en una detallada.

Tras la organización nacional, siguió la adopción del Código de Comercio. Quizás éste, emergente de la misma época que la Constitución Nacional, haya aportado el primer avance significativo de una legislación con una cosmovisión común, que procurase proteger la libertad de comercio, considerada como “una de las palancas [...] para poner en movi-

³ En el presente, no abordaremos en particular las reformas de 1949 y 1957, cuya incorporación del art. 14 bis merecería mayor comentario de no existir el constreñimiento espacial de esta ponencia. En cuanto a la reforma de 1994, volveremos infra.

⁴ Allí aparecen receptados y por ende susceptibles de ser regulados más o menos intensamente por el Estado, y ello permitido según se interpretase la “cláusula para el progreso” que entonces tenía el artículo 67 inciso 16 -hoy art. 75 inciso 18-. Vide, María Angélica CELLI, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 5ta ed., T I. Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 139 y ss. Hoy, ver también art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional conforme art. 75 inc. 22 CN.

⁵ Juan Carlos Cassagne, Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo), 2da ed. actualizada. Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2021, p. 403.

⁶ Francisco Ferrara -hijo-. Empresarios y sociedades, traducción por Francisco Javier Osset, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 5.

⁷ Promulgado el 15 de septiembre de 1807.

⁸ En palabras de Ripert, el Code contaba con “una reglamentación bastante breve de las sociedades (arts. 18-64), pero define sus diferentes tipos mucho mejor que el antiguo derecho” (Georges Ripert, Tratado elemental de Derecho Comercial, traducción de Felipe de Solá Cañizares, t II, Sociedades Buenos Aires, TEA, 1954 p. 4).

miento la economía nacional⁹. Ello se ve reflejado en dichos como los de Manuel Obarrio al afirmar que “[e]l desarrollo del comercio descansa sobre tres bases fundamentales [...] el crédito, la prontitud, la seguridad. [...] La legislación mercantil, en el desempeño de su alta misión, se ha encargado de crear, fomentar o reglar las múltiples instituciones que favorecen cada una de estas bases. Así, el crédito cuenta en su apoyo con [...] el contrato de sociedad, en sus diversas especies, que multiplica la responsabilidad personal y presenta garantía que la solvencia individual no puede ofrecer por sí sola”.¹⁰

Esta perspectiva histórica y “contractualista”¹¹ reposa en que el contrato es el modo de expresión típica del funcionamiento del mercado y la fuente normativa ordinaria de las relaciones comerciales. Surge así como principio dominante e indiscutido, la autonomía de la voluntad. Ella implica que la voluntad individual es fuente creadora del derecho, constituyendo la expresión contractual concreta, la ley para las partes,¹² en expresión que resalta la fuerza vinculante para las partes que resulta equiparable a la proveniente de la ley.¹³ En materia contractual –tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil-, la dinámica de la autonomía de la voluntad es tradicionalmente interpretada con tres exteriorizaciones típicas: la libertad de elegir el co-contratante, la libertad de celebrar el contrato y la libertad de determinar el contenido del contrato.

Las libertades económicas y la legislación societaria hasta 1994

El entorno, protegido constitucionalmente, de libertades económicas continuó inicialmente con cierta parquedad de detalle en la regulación de la persona jurídica y, en concreto, en la legislación societaria. Este comienzo fue sucedido por reglamentaciones que, orientadas a evitar abusos, reglaron a veces en controversia con los límites constitucionales.¹⁴

La legislación se orientó a buscar un equilibrio entre generar los incentivos adecuados para el desarrollo y luego la atracción de la inversión, y el aliento a emplear esas libertades y los mecanismos que estas permiten, de un modo responsable –libertad y responsabilidad-. Fueron, en lo que nos concierne, respuestas orientadas a brindar los medios técnicos a través de los cuales hacer posible la actuación colectiva, en lo societario, a través de una actividad económica.¹⁵

Sin pretender reseñar las sucesivas regulaciones de más de una centuria, puede resaltarse la recurrencia de críticas referidas a la rigidez de las mismas –en particular, en lo concer-

⁹ Horacio Rossatti, *op. cit.*, pp. 561/562.

¹⁰ Curso de Derecho Comercial. Nueva edición, T. I. Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez, 1899, pp. XII a XIV – reiterado textualmente veinticinco años después en: Manuel Obarrio, *Curso de Derecho Comercial*. Nueva edición adaptada al Código de Comercio Reformado, por los Dres. Adrián Becar Varela, Raimundo Wilmart y otros, T. I. Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Argentina Atanasio Martínez, 1924, pp. XII a XIV.

¹¹ Al respecto, repárese en la definición del art. 282 del Código de Comercio y su ubicación sistemática en el Libro II “De los contratos del comercio” -Título III “De las compañías o sociedades”-, definición cuyas falencias fueran observadas desde antaño (cfr., Raymundo L. Fernández, *Código de Comercio de la República Argentina Comentado*, T. I. Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1946, p. 392.

¹² El art. 1197 del Cód. Civ. era manifestación elocuente de este principio al establecer que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. La fórmula no ha sido textualmente repetida en el art. 957 del CCyCom-.

¹³ Ver, en este sentido y entre otros: Raymundo M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Fuente de las Obligaciones. 2a. ed., actualizada por Arturo Acuña Anzorena, Tomo I. Buenos Aires, TEA, 1954, pp. 169 y 170. Alberto G. SPOTA, *Instituciones del Derecho Civil*. Contratos, Vol. II. Buenos Aires, Depalma, 1975, p. 331.

¹⁴ En tal sentido, se sostuvo que “en el orden nacional, y los de las provincias en sus respectivas jurisdicciones se han dado a la tarca de decretar frondosas reglamentaciones al margen de la ley de fondo; reglamentaciones que a veces son útiles, otras perjudiciales, y en no pocos casos francamente inconstitucionales.” Francisco J. Caro, *Sociedades anónimas*, T. I. Buenos Aires, Ediar, p. 45.

¹⁵ Parafraseamos aquí la definición de sociedad dada por Isaac Halperin, *Sociedades comerciales*. Parte General. Buenos Aires, De Palma, 1964, p. 1.

niente a las últimas décadas, de lo relativo a la tipicidad, el *numerus clausus* de los tipos y el debate en torno a nulidades¹⁶, y con argumentos con basa en el “principio básico de la libertad de contratación”¹⁷ y la tutela del orden público.

Las libertades económicas en la Constitución Nacional de 1994

Puede decirse que la Constitución de 1994, a primera vista, no ha modificado sustancialmente ese cuadro. Empero, la continuación de las facultades delegadas al Congreso Federal a los efectos de regular la actividad económica (art. 75 inc. 18),¹⁸ no puede ahora interpretarse sin armonizarla con la recepción con rango de ley suprema (art. 31 CN)¹⁹ de lo que podemos denominar el “derecho convencional constitucionalizado”, a través de su art. 75 inc. 22.²⁰

De este modo, la reforma de 1994 irrumpió consagrando un rol más proactivo del poder público, no sólo para asegurar libertades y corregir iniquidades, sino también para generar condiciones de igualdad y solidaridad,²¹ imbricadas en la dignidad de la persona humana en cuanto tal. Estas facultades han sido delegadas por las Provincias, al Congreso Federal; su ejercicio puede en oportunidades implicar ciertas restricciones a la actividad y libertades económicas, por lo que deben ejercerse con la prudencia necesaria para arbitrar entre derechos constitucionalmente protegidos.

Este marco constitucional y convencional constitucionalizado permite interpretar que “el modelo que prevalece es el de un Estado regido conjuntamente por el principio de subsidiariedad y el de economía social de mercado”.²² Coexisten así normas de rango constitucional que estatuyen derechos individuales, con otras que reconocen derechos sociales. Veamos:

Desde la perspectiva de los derechos individuales, se identifican el derecho a la propiedad (art. 14 CN), reglado por los principios de legalidad (art. 19)²³ y razonabilidad que incluye “usar y disponer” de la misma (art. 14 CN²⁴, más *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* -art. 23-, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* -art. 17-, *Convención Americana de Derechos Humanos* -art. 21.1.-,²⁵ su “inviolabilidad” con imposibilidad de ser privada de la misma sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17 C.N.)²⁶ y el reconocimiento del derecho a “gozar de los beneficios del progreso científico

16 Para un detallado resumen v. Héctor Alegría, “Replanteo de la nulidad por atipicidad societaria” en del mismo autor, *Reglas y principios del Derecho Comercial*. Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 234 a 260, comunicación efectuada por Académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en sesión privada del 11 de noviembre de 2007.

17 Ver Exposición de Motivos de la ley 22.903.

18 Estas facultades –reitero, antes receptadas en el art. 67 inciso 16- refieren a “[p]roveer lo conducente a la prosperidad del país, el adelanto y bienestar de todas las provincias, [...] la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros [...] por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

19 Nos referimos al sistema normativo de la Constitución Nacional y de aquellos tratados y convenciones internacionales que se hayan y vayan incorporando a la jerarquía constitucional conforme art. 75 inc. 22 y que constituyen ley suprema de la Nación.

20 La afirmación no implica desconocer ni restar relevancia a la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. por ejemplo, el precedente conocido como “Ekmekdjian c/Sofovich”).

21 Rosatti, op. cit., t. I, p. 567.

22 Cassagne, op. cit., p. 405.

23 El derecho de propiedad alcanza a la propiedad intelectual. Véase el reconocimiento del derecho a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones” (art. 13 inc. b) y a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (inc. c) del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, ley suprema de la Nación (art. 31 CN), conforme el art. 75 inc. 22 CN.

24 Sobre el tema considerar el uso regular y Encíclica Fratelli Tutti (2020) sobre el derecho de propiedad como derecho natural secundario y el cuidado de la casa común.

25 Todas expresamente mencionadas en el art. 75 inc. 22 CN.

26 Derivando de allí, surge la protección de la competencia y de las relaciones de consumo (art. 42 y 43 C.N.), derechos que presuponen la propiedad privada de los medios de producción y comercialización.

y de sus aplicaciones” (art. 13 inc. b) y a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (inc. c) del *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*.²⁷ Paralelamente, se protege el derecho a asociarse y para promover legítimos intereses económicos o de otra índole: a través del art. 22 de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*,²⁸ del art. 20 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*,²⁹ del art. 16 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y³⁰ el art. 22 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.^{31,32} Todo esto conforma lo que puede describirse como “el sistema constitucional apoyado en el principio de inviolabilidad del derecho de propiedad que proclama la Constitución y de las libertades económicas que forman con él un todo inescindible”.³³

La vertiente de los derechos sociales importa una visión desde la promoción del desarrollo humano, el progreso económico con justicia social a través de la dignidad humana, la igualdad de oportunidades y el desarrollo tecnológico (en concordancia con los arts. 14 bis y 75 inc. 19 CN – art. 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), correspondiendo al Congreso Federal la legislación y promoción de medidas que garanticen la igualdad real (art. 75 inc. 23). Entonces, más allá de la apariencia de contraposición, el marco constitucional y convencional otorga protección a las libertades económicas -comercio, ejercicio de industria lícita-, en la inteligencia de que implican y presuponen la dignidad de la persona humana como ciudadana o extranjera, emprendedora, *entrepreneur*, empresaria, etc. En este sentido, cabe recurrir al *Preámbulo* de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* que reza: “[s]i los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”,³⁴ siempre con la hermenéutica propuesta, por ejemplo, en la norma de interpretación del art. 29 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en tanto expresa que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir [...] suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”. En el mismo sentido puede verse el art. 4 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

Estos derechos, reconocidos a todas las personas humanas, deben asegurarse en igualdad y eliminando toda formas de discriminación respecto de las personas con alguna discapacidad (art. 5.3 de la *Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad*³⁵, con capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás (art. 12. 2) y “[p]romover oportunidades

27 El Pacto es ley superior de la Nación (art. 31 CN), conforme el art. 72 inc. 22 CN.

28 El art. 22 de la Declaración protege el derecho a asociarse para “promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro”.

29 La declaración establece asimismo que “[e]n el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, [...] estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (art. 29 de la misma).

30 La Convención, en su art. 16 protege el derecho a asociarse libremente (inc. 1) y simultáneamente prescribe que “[e]l ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás” (inc. 2).

31 También ley suprema de la Nación (arts. 31 y 75 inc. 22 CN).

32 El derecho de libertad de asociación es expresamente reconocido a los niños, niñas y adolescentes, v. 15.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que también reviste el carácter de ley suprema.

33 Cassagne, op. cit., p. 405.

34 La Convención es ley superior de la Nación (art. 31 CN), conforme el art. 72 inc. 22 CN.

35 Convención aprobada en Nueva York el 13/12/2008-, ley suprema de la Nación mediante Ley 27.044, con norma particular para las mujeres y niñas con alguna discapacidad (v. art. 6.1 de la Convención).

empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias” (art. 27.1.f. de la misma Convención). En semejante sentido, debe citarse el art. 1 de la Parte I de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*,³⁶ y el art. 5.d.v. de la *Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*.³⁷

Si bien la historia argentina registra numerosos ejemplos como para reseñarlos en el ámbito de este trabajo, es notable como los momentos de grandes crisis han llevado a la adopción de mayores medidas de restricción, intentando a través de esa dinámica desde el poder, disponer de la autoridad concedida para evitar lo que se percibe, en un momento histórico concreto, como distorsiones en el mercado y afectaciones a derechos especialmente protegidos o personas vulnerables. Ahora bien, estas limitaciones y restricciones deben consagrarse por el Congreso Federal, ajustarse a la ley suprema de la Nación (art. 31 CN) y diseñarse conforme principios de razonabilidad y proporcionalidad que procuren ser lo menos lesivas e intrusivas de los derechos y garantías de jerarquía constitucional afectados por la misma limitación.³⁸

El Código Civil y Comercial y la autonomía de la voluntad

Naturalmente, el reformado diseño constitucional debe impulsar el análisis de su incidencia directa en la cuestión de la autonomía de la voluntad, sea en materia contractual, sea en -lo que aquí nos ocupa- la referida a ejercer por quien emprende, en cada emprendimiento, la elección de una forma jurídica y de dotar de contenido a los instrumentos respectivos. Es en ese ámbito donde se evidencia hoy un debate atractivo, orientado precisamente a calibrar una mayor o menor intervención.

El Código Civil y Comercial -en adelante, CCyCom- también se ha constituido en un cuerpo orgánico central del derecho privado patrimonial, con la pretensión de coordinación con los distintos microsistemas -como los de la LGS, ley de cooperativas, ley de SGR, ley de apoyo al capital emprendedor (SAS), entre otros-. Esta pretensión se ejerce desde una perspectiva armonizante (art. 2) pero expansiva de algunos principios y reglas consagradas hoy como basilares, a través de norma tuitivas: buena fe, fijación de estándares de conducta, lealtad, tutela de la confianza y de la apariencia, ejercicio regular de los derechos, prevención del abuso del derecho (y desvíos de fines permitidos por la ley) y fraude a la ley, deber de no dañar, etc.

En este marco, la entrada en vigencia del CCyCom, con reforma a la -ahora- *Ley General de Sociedades*³⁹ desempeñan un rol protagónico, habiendo ella implicado una primera -aunque no única- respuesta legislativa a la necesidad de revisitar la cuestión de la autonomía de la voluntad.⁴⁰

³⁶ La misma, que también reviste carácter de ley suprema- considera “discriminación contra la mujer” [...] “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio [...] sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

³⁷ La Convención es ley suprema de la Nación (art. 31 CN), conforme el art. 72 inc. 22 CN y proclama “El derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros”.

³⁸ Ver art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo art. 30 titulado “Alcance de las restricciones” establece que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidos”.

³⁹ Art. 2 y art. 2.1. del Anexo II de la Ley 26994 (B.O. 08.10.2014).

⁴⁰ Como así también de revisitar un tema antiguo pero muy interesante como es la diferenciación de los contratos asociativos con

Iluminado por esta perspectiva, la autonomía de la libertad continúa presente en el CCyCom. Y si se la interpreta algo más restringida es porque otorga a las y los magistrados –en su desempeño como Poder Judicial- la posibilidad de modificar el contenido del contrato de oficio cuando se afecta de modo manifiesto el orden público.⁴¹ En tal sentido, la teleología constitucional del CCyCom sostiene que los derechos emergentes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante, en cierta vinculación con el derecho adquirido. Desde esa perspectiva, el canon del art. 965 establece una regla que sólo debería ser empleada frente hipótesis de emergencia o razones de orden público legalmente consagradas que pusieran en tensión el interés particular con el interés general.⁴²

Como principio basilar, la autonomía de la voluntad sigue gozando de una fuerte implicancia protectoria de la autodeterminación privada, en la que pueden distinguirse dos aspectos. Por un lado, el de la autorregulación de los intereses por vía del ejercicio de sus derechos, deberes y facultades y a fin de configurar normas jurídicas que rijan su conducta y sus relaciones jurídicas con otros sujetos;⁴³ la libertad de crear relaciones jurídicas, contratos –en el marco contractual-, personas jurídicas, incluso aquellos no previstos, así como disponer, dentro de los límites legalmente impuestos, el contenido de los mismos –contrato o sujeto-. Por el otro, el que nadie puede ser privado de esta libertad, conexas con la propiedad, ni constreñido en contra de su voluntad.

La libertad de emprender y la libertad de elegir el vehículo para canalizar el emprendimiento

El dinamismo protegido por la ley suprema de la Nación, en lo relativo a la libertad de empresa, inherente a la persona humana y su dignidad, implica y se relaciona en cuanto al diseño al contenido a los alcances el vehículo jurídico para canalizar los negocios. En esta dinámica, la libertad parece ser el principio, un principio que solamente recepta como excepción la restricción a través del encausamiento por el Estado en modos predeterminados y subsidiarios a través de los cuales determina efectos concretos a determinadas elecciones. Estas restricciones deben rechazar la concepción cerrada en las formas jurídicas reconocidas por el Estado, en tanto éstas son proclives a conducir a cierta esclavitud de ellas.⁴⁴ Contrariamente, la libertad en la búsqueda del medio adecuado, conlleva esa disponibilidad de posibilidades de emprendimientos y negocios adaptables a cada necesidad histórica concreta. Así, la libertad de elegir formas societarias o no societarias y la libertad de elegir formas asociativas de naturaleza contractual implica que quien emprende pueda optar por soluciones diversas, todas protegidas por el ordenamiento jurídico en la medida en que no conculquen el orden público.

De ahí que el orden público se ubique como el valladar final, protectorio de los terceros –particularmente los más vulnerables- de aquella utilización de vehículos jurídicos simple-

aquellos contratos de organización que conocemos como societarios y que existan una persona jurídica privada a la que nuestro derecho le reconoce el carácter de sujeto.

⁴¹ Ver art. 960 CCyCom.

⁴² Rosatti, op. cit., t. I, p. 581.

⁴³ Claro está, la libertad aquí configurada tiene por contrapartida la responsabilidad por este ejercicio.

⁴⁴ Indudable sabiduría se encierra en la expresión de Rivarola, "La multiplicación de los fenómenos que se presenta a la atención del legislador, lleva insensiblemente a pasar de lo general a lo particular, de las reglas comprensivas a las de detalle. Cuanto más precisas son esas reglas, más se alejan del principio común, esencial a todas ellas, y en detrimento de aquél surgen las complicaciones de ejecución, sin alcanzarse el ideal jurídico deseado. Los ensayos de la ley tienden ante todo a impedir la realización del acto perjudicial; las trabas resultan entonces, para las personas de buena fe, verdadera imposibilidad de realizar el fin lícito que se proponen; y para las de mala fe, importan apenas una valla más que salvar para la obtención del beneficio ilícito perseguido". Mario A. Rivarola, *Sociedades anónimas*. 3ra edición, T. II. Buenos Aires, Librería y Editorial "La Facultad", 1935, pp. 12 y 13.

mente para eludir consecuencias que el ordenamiento desapruueba. Pero los vehículos y las sanciones predeterminadas por el Estado sólo tienen ese papel secundario o si se quiere subsidiario para los casos en que los particulares en sus previsiones no hayan refinado en detalle o no hayan podido regular singularizadamente cada una de las soluciones posibles. En otros términos, el Estado simplifica la labor de quien emprende, a través de brindarle alternativas, sin que ellas constituyan una carta limitada, un menú restringido, que sólo permita elegir aquello que ha sido prediseñado y predefinido por la legislación, ya que ello sería contrario a la libertad de emprendimiento a la libertad de ejercer industria lícita. Y ello permite eludir el riesgo de que si las formas jurídicas quedan atrapadas en un mundo “anárquico” -es decir, uno sin ninguna autoridad orientadora o central-, la búsqueda por todos de maximizar su seguridad podría dificultar la convergencia requerida por todo emprendimiento. En otros términos, ni proteger un mundo anárquico, ni regularlo todo de modo de matar la inventiva, la innovación, la creación, etc.

Finalmente y quizás el debate futuro deba incluir el reconocer y en su caso significar, la existencia de una racionalidad instrumental, en el marco del deber de no dañar; es decir, la ponderación de una suerte de preferencia por la elección del medio más adecuado para el fin perseguido, aunque esto exceda el marco de los meros límites de no perjudicar los derechos de terceros, la moral y buenas costumbres y el orden público.

LA CAUSA FIN EN LAS SOCIEDADES, SU EVOLUCIÓN Y TENDENCIA

Martín Arecha

SUMARIO

La causa fin, en el contrato de sociedad, ha mudado, de ser: el reparto y distribución de utilidades entre los socios – y soportar las pérdidas- a ser: la organización o estructural especial para producir beneficios, en sentido amplio – e incluso, se observa la tendencia a que tales beneficios, no sean exclusivamente para los socios -.

1. La sociedad ha tenido una evolución como todos los institutos jurídicos en general, e indudablemente dar un concepto de sociedad y de sus elementos – como su causa fin – no es posible sin admitir que no se trata de conceptos inmutables, sino que responden a cada época histórica. Esta línea es sostenida por Konder Comparato, (citado por Jaime L. Anaya en “Futuro del derecho societario” en “Derecho Comercial y de los Negocios” T. I p. 15) y precisamente lo que propongo, es analizar el tema de la causa fin en las sociedades en nuestro derecho, para considerar su evolución y estado actual.

2. Los códigos: el civil y el comercial regularon las sociedades durante una larga etapa, el último fue sustancialmente modificado con la 19.550 en 1972, luego se sucedieron adecuaciones a esa ley – la 22.903 – y otras que abordaron aspectos parciales, básicamente buscaron actualizar la ley de 1972, mientras tanto la sociedad civil permanecía inalterada, salvo pocas adecuaciones – ley 17.711-. Sin embargo, el impulso de las innovaciones en materia de negocios, la incorporación de tecnologías, las nuevas reglas de gobierno societaria y la globalización aceleraron la necesidad de introducir cambios legislativos a la par que se generaba un sostenido movimiento doctrinario. Esto provocó, nuevas concepciones y adecuaciones para ajustar el sistema societario a las nuevas necesidades.

En lo que hace a la causa fin, esas fuerzas han producido variaciones importantes, y hasta proyectos de reforma a la ley 19550 han formulado propuestas novedosas, que si bien, no han sido definitivamente sancionadas, de todos modos demuestran una importante tendencia que sin duda, deberá ser considerada en lo sucesivo.

3. La nota característica del contrato de sociedad es la participación en las ganancias y en las pérdidas, lo cual la distingue de otros negocios, es, al decir de Gervasio Colombes, la función práctico-social admitida por el derecho. (“Curso de derecho societario. Parte general”, p. 56). El código civil, en su art. 1648, la especificaba como la obtención de alguna “utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí”, y el código de comercio, en su art. 282 la concretaba en el “ánimo de partir el lucro”.

Utilidad en dinero o lucro, eran las concepciones de los primeros códigos, no ajenos a otras legislaciones de su época.

La ley 19550 de 1972 al establecer un nuevo régimen para las sociedades comerciales, la caracterizó como la participación en los beneficios y en las pérdidas, señalando en la Exposición de motivos, que si bien con ello se implica una actividad patrimonial, “...no significa

necesariamente la finalidad de lucro...” señalando que se admitía que la sociedad fuera constituida para administración o conservación de bienes o incluso para “...la investigación técnico-industrial.” Esto, importó una posición amplia, superadora de la prevista en el código de comercio, desde que admitía como posible el “beneficio” que no es solo utilidad o lucro, sino que comprende un resultado más abarcativo y amplio y no limitado solo al concepto restringido, a ganancia dineraria repartible.

Se registra en nuestra doctrina la posición solitaria de Rayumndo Fernández, que al comentar el 282 del cod. com. señalaba que debía interpretarse “ánimo de partir el lucro” en sentido comprensivo no solo del reparto de ganancias sino admitiendo la disminución de pérdidas o gastos (“Código de Comercio. Comentado.” T. I p. 392), pero quién clarificó el punto – a la luz de la 1950- fue Isaac Halperín, quien puntualizó que la participación en los beneficios no sólo importaba “...utilidad con el alcance de una ganancia traducida en un incremento patrimonial, sino cualquier ventaja económicamente (reducción de gastos por investigación en común, por disminución de gastos de comercialización, etc.” (Curso de Derecho Comercial, Halperín-Butti, p. 313). Cabe mencionar, que el régimen civil, seguía con su originaria concepción de “utilidad apreciable en dinero”.

En 2015 al sancionarse el CCC.-ley 26.994- se unifica la materia societaria – queda derogada la sociedad del código civil -, incorporando la LGS en el Anexo II, que en el art. 1, definió la sociedad siguiendo la línea fijada en la 1950. De esta manera, se ratificaba la línea que abandonaba el criterio del lucro y de las utilidades, para seguir en la de los beneficios, para todas las sociedades, que ahora eran una sola, al desaparecer la diferencia entre civiles y comerciales.

4. Así se observa que en, en nuestro derecho, se ha evolucionado, en esta materia de una causa fin, con contenido delimitado –a cosas partibles - a otro concepto más amplio y comprensivo de diversas ventajas, conveniencias, utilidades y ganancias para distribuir, y claro esta siempre con la obligación sujeta a condición de soportar las pérdidas.

El punto fue materia de consideración en la doctrina española por Aurelio Menéndez Menéndez en su trabajo “Sociedad Anónima y fin de lucro” dentro de “Estudios Jurídicos sobre la sociedad anónima” organizado por la fundación Profesor Manuel Broseta Pont, en el que el autor reseña que la tendencia latina es la de la finalidad de lucro, mientras la germánica, considera que la sociedad tiene un fin amplio y común y no necesariamente lucrativo. Esa corriente del derecho alemán, fue propuesta originariamente en España, por Girón Tena quien planteó la necesidad de prescindir del fin de lucro, y fue seguido –en algunos casos con matices- por importantes autores, sin embargo el tema no ha quedado dilucidado entre los autores españoles.

Lo cierto es que en la corriente germánica, se considera como necesario y característico de la sociedad su aspecto estructural para que los socios tengan una organización con un fin común, incluso sin lucro. De tal modo se da más relevancia a la organización misma que a la causa fin, es que la organización – la estructura – ocupa el papel determinante del negocio y no el resultado económico. Así resulta de la explicación que se da en el “Tratado de Derecho Civil”, de Ennecerus-Kipp y Wolf (Tomo II p. 674) donde se afirma que la sociedad puede tener fin de carácter científico, artístico o político, solo señalan que deben comprometerse prestaciones patrimoniales para que queden comprendidas en el derecho patrimonial. Específicamente el BGB en su art. 705 dice: “Contenido del contrato de sociedad. Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a procurar la consecución de un fin común de manera especificada mediante contrato, en particular a realizar las aportaciones acordadas.”

La existencia de esas dos corrientes, y en todo caso la prevalencia de una u otra, es precisamente el aspecto más relevante que merece destacarse, y en nuestro derecho de una posición francamente latina en nuestros ya antiguos códigos, se observa una evolución a la corriente germánica.

Y si bien nuestro sistema se presenta como amplio, no alcanza la extensión del derecho alemán, ya que si bien se determina el “beneficio” y éste es mucho más extenso que la utilidad y que el lucro, lo cierto es que, la ley positiva, no alcanza hasta el presente, un margen similar al del derecho alemán, aunque existen alguna corriente en proyectos de reforma, que si se orientan con firmeza en ese sentido.

5. Se trata del proyecto de reforma a la ley de sociedades de 2019, elaborado por una distinguida comisión de juristas, que introdujo novedades relevantes.

En el art. 1 se formula una definición general de sociedad, en la que se incluye como finalidad el correr un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas, pero, se agrega: las “sociedades con otra finalidad” como ser el de “cualquier destino para los beneficios”, el hasta el “no reparto de utilidades entre los socios”, claro que previniendo que la introducción de esas últimas pautas legales en los estatutos, requería del voto unánime de los socios.

Este proyecto, introduce entonces muy importantes novedades en punto a la causa fin, ya que al introducir el concepto de correr un riesgo común, además de la participación en los beneficios y de cargar con las pérdidas, ha ubicado en primer lugar ese riesgo común, que es propio de la organización, de la sociedad; y a continuación refiere a lo que puede ser el interés de los socios.

Es igualmente importante, lo que se agrega en el segundo párrafo – sociedades con otra finalidad, cualquier destino para los beneficios, y hasta el no reparto de utilidades entre socios-. Estas propuestas legales en conjunto permiten marcar una importante modificación respecto de los conceptos vigentes.

La Nota de elevación del proyecto, menciona como elemento causal a la “comunidad de riesgos”, que importa hacer prevalecer la organización jurídica – sociedad – la estructura jurídica en sentido funcional, esto es – en mi parecer- en línea con la posición germana reseñada, y por ello con una concepción más amplia y abarcativa de la prevista en la ley 19550. Sin embargo, se señala a continuación que la regla general es el reparto de utilidades, aunque se admite que pueda ser variado por decisión de los socios; punto en el que puede observarse que el requisito de “unanimidad” para disponerla se presenta como excesivo y hasta inconveniente, además de no ser el normal en materia societaria, en la que prevalece el principio mayoritario con muchas alternativas (como la mayoría calificada, o la asignación del derecho de receso). De alguna manera, se está creando un supuesto de veto, difícilmente concebible.

Si bien, un menor o mayor margen en punto a la causa fin concebida como la distribución de beneficios y padecimiento de las pérdidas, está en nuestra actual ley y no desaparece en el aludido proyecto, lo cierto es que debe destacarse que la evolución en la consideración de esa causa, no resta en modo alguno que existan sociedades que persigan lícitamente obtención de ganancias en dinero en exclusivo, pero sin descartar que otras puedan perseguir otros fines distintos.

Lo sustancial, es que la sociedad exhiba sus características de organización patrimonial, es decir de instituto del derecho patrimonial privado, apto para generar utilidad u otros beneficios. Tales notas surgen claras de la ley 19550(arts. 11 inc.4, 37 a 43, 51 y 94 inc. 5 y 6). La amplitud del proyecto, además puede ser entendida como la puerta de ingreso de las so-

ciedades que entonces –año 2019- estaban proyectadas, las sociedades BIC o “sociedades de beneficio e interés colectivo”, (con trámite parlamentario: expediente 2498-D-2018), con las que se perseguía la obtención de valor económico a largo plazo y al mismo tiempo valor social y ambiental; así se preveía como objetivo esa doble finalidad, incluso dando especial importancia a los aspectos de beneficio general sobre la inmediatez del lucro.

También, en esa línea general amplia, puede observarse que existe algún acercamiento de la sociedad a la asociación, en tanto se apunta a dar relevancia de la organización y estructura jurídica, y no exclusivamente al lucro económico individual del socio, mientras que en la asociación conforme al art. 168, se determina que no puede buscar el lucro como finalidad principal, ni para sus miembros o terceros, sin que se le niegue a la propia asociación para su sostenimiento. Se agrega a lo expuesto que el art.186 del mismo código establece la aplicación supletoria de las normas sobre sociedades a las asociaciones “en lo pertinente”. De tal modo, y sumado a lo expuesto tal tendencia implica un apoyo a la posición del art. 3 de la ley 19550 (las asociaciones bajo forma de sociedad).

6. En, definitiva, las modificaciones y propuestas de reformas a la ley de sociedades, en materia de la causa fin, importan una sustancial variación respecto de los conceptos de los primeros códigos, y ya desde la 19550, se observa una clara tendencia a la amplitud, que si bien en la ley positiva está referida a los beneficios y pérdidas,- lo cual supera lo estrecho de la utilidad o lucro -, las nuevas corrientes apuntan más a la prioridad de la estructura u organización común como nota determinante de la sociedad.

EL NUEVO PARADIGMA SOCIETARIO Y SU INFLUENCIA SOBRE EL VIEJO

Marcelo Barreiro

SUMARIO

La impronta derivada de la reforma de la ley 19550 a partir del Código Civil y Comercial y de la ley 27.349 ha generado un nuevo paradigma en el derecho societario patrio que derrama sobre aquella obligando a una reinterpretación de sus principios y normas.

PONENCIA

En nuestro criterio, inexorablemente aquellas normas rígidas e imperativas que definieron el paradigma original de la ley 19.550 deben ser objeto de una relectura y de una reinterpretación flexibilizatoria a partir de los principios y normas del nuevo paradigma contractualista.

“Las herejías que debemos temer son las que pueden confundirse con la ortodoxia”.

“LOS TEÓLOGOS”, EL ALEPH, JORGE LUIS BORGES

I.- Introducción

El derecho societario no había tenido novedades significativas en la regulación de las sociedades cerradas hasta casi el final del siglo XX. El último tercio del siglo XX centró el interés de la materia básicamente en la sociedad abierta (desarrollo del *corporate governance* con la Business judgement rule). En nuestro país casi que el último avance fue la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada (SRL).

La Pyme que es el emprendimiento económico central en la economía nacional (en la mayoría de los países en realidad) generalmente toma la forma de esa sociedad cerrada (casi siempre se trata de sociedades familiares). En nuestro criterio y en el de numerosa doctrina hace tiempo que las sociedades típicas no resultan las herramientas jurídicas adecuadas (bajo el régimen legal de la 19.550) para atender la dinámica de los negocios que exige la actualidad. La regulación tradicional se ve, muchas veces, impotente para dotar de la suficiente flexibilidad a dichos instrumentos jurídicos para constituirse en el adecuado vehículo de la voluntad de los constituyentes del negocio para llevarlo a cabo. La rigidez de la normativa –formal y sustancial- de aquella norma que ha cumplido 50 años, y de la regulación de sus estructuras societarias se transformó en un problema y no en una solución para atender la realización de emprendimientos empresarios.

Si bien se entendía que la sociedad era un contrato¹ su regulación en la ley 19.550 se alejaba de las pautas generales de los mismos. Ello, porque nuestra norma general adhería al “institucionalismo”² u “organicismo” que importaba poner límites claro y rígidos a la autonomía de la voluntad generándose así un paradigma poco flexible que dominaba la estructura societaria que se caracterizaba por:

¹ Un contrato de organización -para diferenciarlo de los de cambio-, ya no plurilateral (Zaldivar, Enrique, Ragazzi, Rafael, Ragazzi, Guillermo, Rovira, Alfredo en “Cuadernos de “Derecho Societario” Abeledo Perrot, 1980, vol. I, p. 35).

² Favier Dubois, Eduardo M., “El derecho societario frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna”, DECONOMI, AÑO IV – NÚMERO 12.

- La sanción de irregularidad
- El establecimiento de la tipicidad rígida que importaba la indisponibilidad de los constituyentes al configurar el instrumento jurídico de ciertas normas imperativas, lo que de suceder imponía sanciones (p. e. nulidad por atipicidad art. 17 LS) que nos son previstas para los contratos bilaterales.
- Una aplicación relativa del principio de la autonomía de la voluntad (al viejo 1197 C.C.), con una clara limitación al mismo establecida por el corset de la regularidad y tipicidad referidas. Ello, atento que dicho paradigma apuntaba mucho más a la búsqueda de certeza para los socios y terceros (seguridad jurídica) en punto a la estructura, la organización, la imputabilidad y el sistema de responsabilidad por sobre las preferencias de los constituyentes del negocio.

En este paradigma objeto, capital, tipo, pluralidad de socios, comunidad de riesgos y estipulaciones nulas³ entre otros eran un elenco esencial que no podía faltar para que la ligazón pactada por los constituyentes del negocio pudiera tener validez.

Así, y como sostuvimos: “El derecho societario de la segunda mitad del siglo XX se caracterizó en nuestro país por su rigidez, a la que le dio marco y, en buena medida contenido, la aplicación estricta del principio de tipicidad. Resultaba claro que la actividad empresarial personificada solo podía ejercerse a través de la persona física comerciante o de una sociedad típica. Solo podía desarrollarse actividad mediante uno de los tipos específicamente regulados, por lo que la organización económica (fenómeno sociológico) solo adquiriría validez si se realizaba a través de un tipo societario (fenómeno normológico)”.⁴

II. La crisis del antiguo paradigma

La modalidad regulatoria del instrumento sociedad está directamente relacionado con el momento histórico en el que el mismo se inserta.⁵ Nacida la sociedad bajo el criterio de autonomía pura como elemento regulador de las relaciones internas pasa constituirse en una concesión estatal en el estado liberal burgués (nacido de la revolución francesa⁶) pero manteniendo una amplia disponibilidad para la regulación interna de modo autónomo.

Es en el Estado social de derecho (al calor de la República de Weimar) siguiendo las teorías de Hauriou donde se recorta dicho marco autonómico casi de contrato puro, para establecer el rígido corset de la tipicidad y la regularidad para permitir la personificación, teoría orgánica mediante.

La tipicidad (fenómeno que alumbró al derecho societario en el siglo XIX) resultó de modo indudable un límite a la autonomía de la voluntad que, igualmente, no logró la finalidad buscada. Durante la vigencia de la ley 19.550 el régimen de atipicidad y el disvalor con el que las sociedades irregulares y de hecho eran vistas, no impidió que las mismas siguieran siendo los sujetos de derecho societarios más conformados en la realidad mercantil de nuestro país, ni que se intentará atender la voluntad real de los constituyentes del negocio mediante contratos parasocietarios o normas *intra* estatutarias.

³ Favier Dubois, Eduardo M., “El derecho societario frente a la posmodernidad. Nuevos paradigmas y modelos en pugna”, DECONOMI, AÑO IV – NÚMERO 12.

⁴ Barreiro, Marcelo “El nuevo paradigma del derecho societario (otra vez “del traje de confección al traje de medida” en “Crowdfunding y Sociedades por acciones simplificadas”, publicación anual del Instituto Argentino de Derecho Comercial, año 2018, p. 105, Ediciones Didot.

⁵ Ver DUPRAT, “Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, LL 2017-B, 979.

⁶ El código napoleónico, de hecho, dotaba de una muy amplia autonomía de la voluntad a favor de los constituyentes del negocio jurídico la que fue recortada posteriormente con la incorporación de las normas imperativas y el orden público derivados del Institucionalismo.

Es en este estado actual de las cosas con el Estado social de mercado que rige en las últimas décadas en occidente que se retorna (en un nuevo *corsi y recorsi* de la historia) al principio de la autonomía de la voluntad como esencia del negocio societario.

Y, en ese marco, fue recurrente el reclamo de la doctrina nacional⁷ e internacional⁸ en pos de requerir la morigeración, o directamente, la desaparición, del régimen de atipicidad y el giro hacia una nueva reconfiguración del esquema de la sociedad cerrada mediante un tipo o modelo que reporte de modo claro al principio de la autonomía de la voluntad.

La mejor síntesis sobre el punto nos parece esta⁹: “el control que el legislador quiere reservarse de los tipos societarios; el monopolio que en realidad los organismos administrativos ejercen sobre la redacción de los específicos contratos o estatutos sociales; la sobrevaloración de la inscripción registral para determinar las relaciones entre las partes y la de éstas con terceros; el requerimiento de información nunca procesada que es inútil para la administración e inútil para los demás; la amenaza de prohibiciones, sanciones y anatemas por razones de principio; el sujetar la actividad económica a la obtención de sellos y aprobaciones irrelevantes; el querer encerrar al mundo en expedientes polvorientos es, según por lo menos se creía en la época de la Revolución de Mayo, propio de la Casa de Contrataciones, pero no del mundo industrial”.

Ese reclamo empezó a tener cumplimiento con la aparición legislativa desde fines de los años 90 de las sociedades simplificadas (entre ellas las S.A.S.) que constituyen hoy una larga lista en la legislación internacional.¹⁰ La idea es que la ley debe permitir, alentar y proteger los **pactos de las partes** habilitando la posibilidad de resolver cuestiones *ex ante* y no *ex post*.¹¹ En tal sentido se postula que debe prevalecer la libertad de las partes como factor esencial de comprensión y aplicación de la norma jurídica para lograr una mejor eficiencia económica. La lógica debe ser hacer normas útiles para el empresario y el desarrollo económico saliendo de la presunción paternalista que importa entender que el legislador es mejor que los emprendedores o hacedores de los negocios para conocer las reglas a fijar. Como sostiene Paz Ares¹²: “tiende a pensarse que el legislador y la doctrina que lo prolonga están en mejores condiciones que los operadores para dotar a las sociedades de reglas eficientes o adecuadas”, para agregar que “la inercia a canonizar como reglas imperativas, como si fuesen los planos y un ingeniero, ciertos aspectos [...] se considera que las partes típicas son personas inexpertas y con facultades de juicios simples y, a partir de esta premisa, tiende a

⁷ Araya, Miguel, “Las transformaciones en el derecho societario”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2002, “El reclamo de desregulación es muy claro: reducción del ámbito del derecho imperativo y por consiguiente aumento del protagonismo de la autonomía de la voluntad, para adecuar los estatutos societarios a las particularidades de cada empresa”, Gagliardo, Mariano, “La autonomía privada y el régimen jurídico de sociedad anónima” (La Ley 2006-E, p. 1018), ha sostenido que “Un análisis de los preceptos jurídicos que conforman el tipo legal de la sociedad anónima nos permite concluir en que la autonomía de la voluntad ocupa un lugar de preeminencia. La estructura societaria considerada, denota la coexistencia de una imperatividad de mínimos con una flexibilidad que los particulares pueden utilizar acorde sus intereses y necesidades”.

⁸ Embid Irujo, José Miguel, “Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital”, RDCO, 1999, año 32, pp. 205/230, refiere una “...tendencia favorable al ejercicio amplio de la autonomía de la voluntad...”, Bianca, Mirzia, “La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales”, La Ley, 2005-D, 1174/1200, Didier, Paul, “La théorie contractualiste de la société”, Prof. Em. Univ. París, Revue des Sociétés, janvier-mars 2000, “...todos estos hechos son signos de que la concepción institucional de la sociedad no responde más a las necesidades de nuestro tiempo y que, en la legislación de las sociedades, las disposiciones supletorias deben tomar el lugar de las imperativas”, Paillusseau, Jean, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales”, La Ley, 1997-E, 1408/30 en elogio del Informe Marini y la tendencia a una sociedad más flexible y más contractual.

⁹ Sergio LE PERA, Joint Venture y Sociedad, Astrea, 1984, p. 203

¹⁰ Societe par actions simplifiée (Francia), SRL simplificada (Italia), SAS (Chile), LLC (EEUU), GMBH and Co (Alemania), SAS Colombia, Sección IV y SAS (Argentina), SAS México, SAS URUGUAY, S.A.S. ECUADOR, S.A.S. PARAGUAY, UNLO (UNCITRAL), ley OEA.

¹¹ “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en PAZ-ARES, Cándido (coord.), Tratado de la Sociedad Limitada, Madrid, Fundación Cultural del Notariado.

¹² Obra citada, p. 173.

sustraerse de su ámbito de gobierno las cuestiones que requieren mayor pericia, necesitan mayor cálculo o presentan mayor relieve dentro de la estructura de la organización”.

En definitiva la visión de estructurar la norma rígida con condicionamientos y corsets para la autonomía de la voluntad obliga a solucionar *ex post* (al decir de Paz Ares) los conflictos que la aplicación de aquel paradigma rígido e imperativo generan. Así, parece que la experiencia jurisdiccional nos dicta que:

- Las normas imperativas previstas para el conflicto aumentan los conflictos
- El sistema judicial atiende los conflictos y no está preparado para promover el orden económico y amparar el desarrollo de los negocios. No existe un modelo judicial de superación de los mismos.¹³
- Los operadores jurídicos nos formamos mucho más para el conflicto que para la conciliación de intereses y el asesoramiento en la creación de riqueza
- La carga de imperatividad y de orden público (si este existiera en la ley 19.550) conspira contra la creatividad y el emprendedurismo.

En definitiva, y como síntesis de la crisis de aquel paradigma, el siglo XXI nos da cuenta de la regulación de un instrumento jurídico **flexible y elástico** que permite y facilita los negocios para la PYME en el formato de la sociedad cerrada. La necesidad de alcanzar mejores y más eficaces soluciones jurídicas para ellas vino de la mano de la ampliación de los mercados, de la apertura de las fronteras comerciales y del avance del emprendedurismo. Desde allí el derecho societario para la sociedad cerrada paso de la tipicidad a la **tipología**¹⁴, dando preeminencia a la voluntad de los constituyentes –que son quienes mejor conocen la realidad empresarial en la que se van a desenvolver– por sobre los terceros. Hay, en definitiva, una suerte de retorno al contractualismo como eje esencial del nuevo paradigma societario. Hay en el mundo jurídico actual una clara tendencia a consagrar –en las sociedades cerradas¹⁵– formas societarias flexibles, dinámicas y simplificadas en sus recaudos de registración y en la mecánica de funcionamiento reduciendo los obstáculos jurídicos. Esto es lo que debate actualmente el Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁶.

III.- El nuevo paradigma en la Argentina

Nuestro país no resultó ajeno al debate sobre la crisis de aquel paradigma histórico conforme las referencias doctrinarias apuntadas en el capítulo anterior. Y ese reclamo de la doctrina ¿tuvo algún correlato normativo? Si, claro y contundente.

El Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 trajo aparejadas múltiples modificaciones en nuestro derecho privado patrimonial, dentro del marco de una concepción tiene una impronta ideológica que determina la intención de: **“Proteger la libertad de forma y la autonomía de la voluntad al contratar y al regular las relaciones patrimoniales”**. Esto es casi una declaración de principios de los autores que se vio reflejada en una multiplicidad de normas específicas de la reforma, también en el derecho societario.

¹³ Frente a cada conflicto societario formal (impugnación de decisión asamblearia, pedido de remoción de administrador, etc.) subyace otro (la salida de una de las partes en conflicto del negocio) que no encuentra ni en la ley societaria ni en la procesal un modelo real de solución.

¹⁴ Ver la obra colectiva *La tipología de las sociedades mercantiles*, dirigida por José Miguel Embid Irujo, Linda Navarro Matamoros y Jorge Oviedo Albán, editorial Ibáñez, Bogotá, 2017

¹⁵ Bachman, G., Eidenmuller, H., Engert, A., Fleischer, H., Schon, W., *Regulating the closed corporation*, Ed. Walter de Gruyter, Berlin-Boston, 2014.

¹⁶ Ver prólogo de Francisco Reyes Villamizar a la obra colectiva *La tipología de las sociedades mercantiles*, dirigida por José Miguel Embid Irujo, Linda Navarro Matamoros y Jorge Oviedo Albán, editorial Ibáñez, Bogotá, 2017, p. 22.

Haciéndose eco de esa realidad, la reforma de la ley general de sociedades (a partir de allí así denominada) dio cuenta de dicho fenómeno al priorizar la voluntad de las personas en los negocios contractuales, incluso los societarios. Así, se procedió a la fallida introducción de la **S.A.U.** (Sociedad anónima unipersonal) **dejando de lado el histórico principio de la pluralidad subjetiva** como elemento esencial del contrato de sociedad, se reguló de modo mucho más extenso **el principio de conservación societaria** (nuevo régimen sección IV, subsanación art. 25 LGS, conservación societaria – art. 100 LGS-, etc.), se dio una clara **reconfiguración y flexibilización del régimen de tipicidad** (derogando la nulidad por atipicidad del viejo art. 17 LS), se estableció una clara **diferenciación con los contratos asociativos que se incorporan al C.C.C.**, quitándolos de la ley 19.550 y, sobre todo, con la creación de un nuevo sujeto societario en el que confluyen diversos supuestos fácticos, en **la sección IV** de la LGS, al que hemos denominado (**Sociedad básica**).¹⁷

Hubo allí un primer gran paso para poner en crisis el paradigma tradicional y algunos de sus elementos fundantes e iniciar el camino del paso de la tipicidad a la tipología¹⁸, sobre todo con la consagración de una sociedad plena, favorecida, con limitada responsabilidad, amplia posibilidad de configuración y organización sin necesidad de ser registrada (la sección IV).

A lo expuesto, en idéntica sintonía y profundizando aún el paradigma, llegó la sanción de la Ley 27.349 regulando la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.), un tipo abierto¹⁹ que se opone a la tipicidad rígida del paradigma societario del 72'. Es claro que el eje esencial de este sistema es la autonomía de la voluntad.²⁰ Y en este sistema creado por la Ley 23749 las Direcciones de Personas Jurídicas y registros locales (sea cual fuera quien los tenga a cargo) sólo fungen como registrador sin funciones de control.

Este tipo posee como características:

- Una amplia libertad para regular órganos (¿pueden disponerse libremente las atribuciones de cada órgano?)
- La duración mandato administradores no caduca (puede ser plazo indeterminado)
- Regula el administrador de hecho
- Establece la posibilidad de regular prohibición transferencia acciones (en el marco de lo que conocemos como planificación familiar)/o de exigir la autorización de la reunión socios.
- Objeto plural amplio
- Capital mínimo
- Constitución por medios digitales
- Libros y registros digitales
- Celeridad en la inscripción
-

Claramente y como venimos sosteniendo²¹ hace un tiempo se ha consagrado un nuevo pa-

¹⁷ Arecha, Martín y Barreiro, Marcelo: "Apuntes sobre tipicidad en la renovada LGS", en "Las sociedades de la sección IV en la ley general de sociedades 19.550", publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, año 2017, p. 225, Editorial D&D.

¹⁸ Una de las críticas a hacer a este fenómeno es que, en más de una oportunidad se trata de una pura intención y génesis legislativa sin atender las reales necesidades de la actividad económica. Claro ejemplo de lo cual resulta la regulación de la S.A.U.

¹⁹ Diego Duprat, "Sociedades por acciones simplificada", publicada en La Ley 2017-B-1.

²⁰ Balbín, Sebastián, "Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario", publicado en la Revista de Derecho comercial y de las Obligaciones, ENERO-FEBRERO 2020. ABELEDO PERROT; Pérez Hualde, F., "La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas", LL, 03/11/2017, 03/11/2017, 1; AR/DOC/2334/2017, Diego Duprat, "Sociedades por acciones simplificada", publicada en La Ley 2017-B-1

²¹ Barreiro, Marcelo "El nuevo paradigma del derecho societario (otra vez "del traje de confección al traje de medida" en "Crowdfunding y Sociedades por acciones simplificadas", publicación anual del Instituto Argentino de Derecho Comercial, año 2018, p. 105, Ediciones Didot.

radigma societario para las sociedades cerradas que reporta a las siguientes características:

- Autonomía de la voluntad
- Libertad (auto regulación)
- Regularidad atenuada (Sección IV)
- Principio general: **responsabilidad limitada**
- Limitación del elenco de normas imperativas o de orden público = (cuasi desaparición en la SAS-en las que en mi criterio no aplicarían buena parte de las estipulaciones nulas del art. 13 ley 19.550)

En ese camino de la tipicidad a la tipología que viene desde las reformas de 2015 se ha generado un marco de un nuevo régimen societario que importa un cambio claro de paradigma entre el esquema rígido y estructurado (sancionatorio) de la ley 19.550 a uno que resulta flexible y simple en el que se consagra el principio de la autonomía de la voluntad en plenitud, con una evidente simplificación de formas y de organización. Con un claro límite en las normas de orden público del Código Civil y Comercial de la Nación que castigan el Abuso, el Fraude y la Mala fe.

IV.- La convivencia de ambos paradigmas. Resultan compatibles²²

La aparición de este nuevo paradigma fungió como un revulsivo en el derecho societario local. Sobre todo la S.A.S. y el art. 33 de la 27.349 que estableció la **aplicación supletoria** de la 19.550 a este tipo y **“solo”** en lo que se **concilie** con aquella norma dio pasto para que se generen innumerables textos y debates sobre el alcance de esta remisión. Hasta dónde y cuánto podemos aplicar las 19.550 a la S.A.S.

Pero, nos interesa en esta ponencia y como cierre marcar el camino inverso. ¿Hasta dónde y cuánto la aparición del nuevo paradigma no genera la necesidad y obliga a realizar una reinterpretación de las normas de la 19.550 y del paradigma histórico? ¿No hay lugar para volver a considerar conceptos estáticos y transitados y ponerlos en crisis? Y, en tal sentido:

¿Sigue siendo la sociedad lo que entendíamos como tal en la ley 19.550?

¿Sigue siendo la tipicidad característica esencial del sistema?²³ Sergio Suárez lo pone en duda (propone quitarlo del art. 1 LGS²⁴). O, en realidad, existe una nueva tipicidad (la tipología);

Unipersonalidad: ya definido por la reforma del 2015.

Objeto (conforme S.A.S.: cualquier actividad lícita)²⁵ En las típicas?

¿Comunidad de riesgos? ¿Puede modificarse? ¿En la S.A.S.? ²⁶

¿Causa fin? Cualquier beneficio, no solo lucro o fines científicos o culturales.

²² Sobre el tema de compatibilidad de paradigmas societarios ver el profundo trabajo de Eduardo Favir Dubois, “EL RÉGIMEN SOCIETARIO ARGENTINO: DIVERSIDAD DE PARADIGMAS Y UN MODELO PARA ARMAR”, Publicado en J.A. 1-7-22, 2022-II, fac.13, p. 1, en el que no solo desarrolla el nuevo paradigma “contractual” sino otros diversos que hacen aún más compleja la construcción del modelo.

²³ Ver Arecha, Martín y Barreiro, Marcelo, “Apuntes sobre tipicidad en la renovada LGS”, en Las sociedades de la sección IV en la ley general de sociedades 19.550, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial, editorial D&D, 2017, p. 225.

²⁴ “El concepto de sociedad en la ley general de sociedades y la inexplicable inclusión de la tipicidad en el art. 1º de la ley”, en Evento: XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa Mendoza, 2016).

²⁵ En las ponencias que junto al Dr. Sebastián Balbín presentamos en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario – X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - “Hacia el nuevo derecho societario”, “El objeto social como elemento facultativo del contrato social en la sociedad cerrada”, postulamos que esa posibilidad existe ya en la S.A.S.

²⁶ Ver Hadad, Lisandro en “La comunidad de riesgo en el derecho de sociedades”, L. L. ejemplar del 21 de junio de 2022, p. 1.

¿Pueden delegarse funciones en órganos diversos a los tradicionales?

Quizás podamos entender qué está pasando con la ley 19.550 lo que acaeció en su momento con el Código Civil alemán (BGB). Hacia fines de los años noventa el Código Civil Alemán seguía siendo el mismo, con buena parte de sus normas sin modificar. En la edición española de 1998, prologada por Heinz Kotz²⁷, este sostenía en la introducción: “En resumen, mis razonamientos han demostrado –según espero– que el BGB conserva aún hoy en gran parte de su contenido la misma redacción que hace cien años. No obstante, si se considera la forma actual de entender y aplicar el Código, aparece un panorama bien distinto. Las leyes tienen una historia, están inmersas en el flujo del desarrollismo y **modifican su contenido a tenor del cambio de las relaciones sociales y económicas**, aunque su literalidad permanezca intacta. Esto, en gran parte, obra de la jurisprudencia. En efecto, en la actualidad varias partes del BGB han sido revestidas por la jurisprudencia hasta tal punto que incluso el jurista mismo no es capaz de deducir el Derecho vigente con la simple lectura del texto legal”.

En conclusión, en nuestro criterio, inexorablemente aquellas normas rígidas e imperativas que definieron el paradigma original de la ley 19.550 deben ser objeto de una relectura y de una reinterpretación a partir de los principios y normas del nuevo paradigma derivado de la nueva realidad de la economía y la forma de hacer negocios, comprendiendo que las sociedades son un instrumento para ello.

²⁷ Agradezco al Dr. Martín Arecha la aportación de esta obra.

DERECHOS HUMANOS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO EMPRESARIAL

María Cristina De Césarís y María Eugenia Basualdo

SUMARIO

Respetar los derechos humanos no es optativo para las empresas. El respeto de los derechos humanos es un imperativo constitucional: es responsabilidad de la empresa bajo un determinado marco normativo internacional complementado por el derecho doméstico. En la República Argentina la normativa es clara y robusta en cuanto a la protección de los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales, en la Constitución Nacional, en Convenios OIT y en normas legales infraconstitucionales.

Para alcanzar la paridad de género, el Estado Nacional y los Estados provinciales deben establecer un marco regulatorio y garantizar la coherencia en materia de políticas públicas, y las empresas deben convertir las buenas intenciones en prácticas reales. Ambos actores, estatales o privados, deben garantizar el acceso a una reparación efectiva cuando se vulneran derechos.

Principios Rectores de las Naciones Unidas (PRNU) sobre las Empresas y los Derechos Humanos (DDHH)

Los PRNU constituyen la principal herramienta disponible para prevenir, mitigar y reparar las vulneraciones a los derechos humanos producidas en el marco de la actividad empresarial¹. Cabe aclarar desde ya que los PRNU no son un tratado y no crean obligaciones formales para las empresas, sin embargo son el standard de mayor autoridad en la materia de empresas y derechos humanos y han recibido un amplio apoyo de gobiernos, empresas y organizaciones de la sociedad civil², como lo demuestra la **Guía práctica de la IBA sobre empresas y derechos humanos para Abogados mercantiles, adoptada por una resolución del consejo de la Internacional Bar Association el 22 de mayo de 2016**³. Siempre es oportuno subrayar, que los tratados internacionales de derechos humanos poseen carácter vinculante para los Estados que son parte integrante y que nuestro país ha conferido rango constitucional a la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y “Declaración Universal de Derechos Humanos”, ambas de 1948; a la Convención Americana sobre Derecho Humanos, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, y a la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), entre otros (art. 75 inc. 22 CN). Pero además encontramos referencias en materia de género –que es nuestro tema específico– en la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra**

¹ ONU (2011), “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, disponible: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

² CUFRE, Denisse “Las empresas y los derechos humanos. Un cambio de paradigmas” LA LEY del 2-3-2022. <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=5a4a1c22-f0c2-45ba-8e9d-85a646acc302>

³ 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>

la Mujer conocida también como la **Convención Belém do Pará**, ratificada por ley 24632 (B.O. 9/4/1996) y en el Convenio 190 OIT, ratificado por ley 27580 (B.O. 15/12(2020).

¿Qué son los Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (PRNU)? También conocidos como “Principios de Ruggie”, son un instrumento internacional consistente en 31 principios para implementar el marco “Proteger, Respetar y Remediar” establecido por las Naciones Unidas para atender la cuestión de los estándares de la responsabilidad de las empresas multinacionales y la rendición de cuentas con relación a los derechos humanos. Los Principios fueron desarrollados por el Representante Especial del Secretario General de la ONU John Ruggie y constituyen la primera normativa global para prevenir y reparar la violación de derechos humanos relacionada con la actividad empresarial, luego de la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social aprobada por la Organización Internacional del Trabajo en 1977. El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 16 de junio de 2011 aprobó por unanimidad los Principios Rectores elaborados por Ruggie, dio por terminado su mandato y formó un Grupo de Trabajo para difundir e implementar los Principios. Dispuso también que el Grupo estuviera formado por cinco expertos independientes, con un mandato de tres años. Los Principios Rectores están organizados en tres capítulos, cada uno de ellos correspondiente a un pilar:

1. Proteger los derechos humanos, como obligación de los Estados;
2. Respetar los derechos humanos, como responsabilidad de las empresas;
3. Remediar los daños causados por las violaciones a los derechos humanos, mediante mecanismos eficaces y accesibles, implementados por los Estados y las empresas.

Este Grupo de Trabajo que depende del CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS y por ende directamente de la ASAMBLEA GENERAL, publicó en junio/julio de 2019 un informe temático sobre las **DIMENSIONES DE GÉNERO DE LOS PRINCIPIOS RECTORES sobre LAS EMPRESAS y DERECHOS HUMANOS**⁴. El grupo de trabajo expresó allí que el “objetivo principal” del informe es proporcionar “directrices” a los Estados y a las Empresas sobre la forma de incorporar una perspectiva de género al aplicar los 31 principios rectores (PRNU). Algunas de esas directrices: los Estados deben alentar a las empresas a que incluyan en su consejo de administración un determinado porcentaje de mujeres, y en relación a las empresas de su propiedad o bajo su control, exigir que incluyan en su consejo de administración a un determinado porcentaje de mujeres y que divulguen datos sobre los avances que hayan logrado hasta alcanzar la paridad entre hombres y mujeres en su plantilla. Por su parte, las empresas deben adoptar medidas de acción afirmativa para garantizar la representación equitativa en todos los niveles, incluidos los consejos de administración, e integrar la igualdad de género como cuestión transversal en todas las políticas, procesos y estrategias de todos sus departamentos y no meramente como una cuestión de diversidad o inclusión que ataña exclusivamente el departamento de recursos humanos.

El contexto general del INFORME se basa en tres aspectos o “factores principales”: A) en primer lugar, el Grupo de trabajo señaló que las titulares de derechos no son un grupo homogéneo. Las mujeres sufren las consecuencias adversas de las actividades empresariales de modo diferente por las formas cruzadas y múltiples de discriminación: edad, color, casta, clase, etnia,

⁴ OHCHR (2019) Informe Grupo de Trabajo Perspectiva de género de los principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, disponible: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/Gender/GenderUNGP_SP.pdf

estado civil, discapacidad, situación migratoria, etc.; B) en segundo lugar el grupo de trabajo también ha señalado que muchas empresas se ocupan de las cuestiones de género como un mero “ejercicio formal” o “adhesión simbólica” sin apuntar a las causas estructurales de desigualdad, y advierte que ni los Estados ni las empresas han prestado suficiente atención a la igualdad de género al cumplir sus respectivas obligaciones y responsabilidades dimanantes de los Principios Rectores; y C) en tercer lugar afirmó que el proyecto sobre la perspectiva de género que puso en marcha el Grupo de trabajo tiene por objeto incorporar la perspectiva de género como cuestión transversal en el ámbito de la empresa y los derechos humanos. En el informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo indicó que las normas seleccionadas para elaborar las directrices son (en ese orden):

- la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, año 1979).
- Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995).
- Principios para el empoderamiento de la Mujer (año 2010)⁵.
- la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (aprobada en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas) que plantea 17 objetivos que abarcan las esferas económica, social y ambiental.
- Guía de la OCDE (Organización de cooperación y desarrollo económico) de debida diligencia para una conducta empresarial responsable (Argentina no la integra. Son solo 36 países).
- Normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁶.

Pues bien: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), que tiene rango constitucional, define en su art. 1 la expresión “discriminación contra la mujer”, expresa en su art. 3 que los Estados partes tomarán en todas las esferas (política, social, económica y cultural), todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, y en el art. 5 reitera que los Estados deberán tomar todas las medidas apropiadas para “modificar los patrones socioculturales de hombres y mujeres con miras a eliminar los prejuicios y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Nos referimos expresamente a esta Convención pues, como ya lo adelantáramos, si bien los *principios rectores no tienen por sí mismos un carácter jurídicamente vinculante, en ellos se analizan las repercusiones que las normas y las prácticas actuales tienen para los Estados y las empresas, y se incluyen aspectos que se contemplan de diversas formas en la legislación nacional e internacional*. Pero, además, como también ya lo señaláramos, “son considerados como la norma con autoridad mundial sobre empresas y derechos humanos” (ver Introducción a la Guía Práctica para abogados mercantiles adoptada por el Consejo de la Internacional Bar Association el 28 de mayo de 2016). La responsabilidad de las empresas

⁵ Véase www.empowerwomen.org/en/weeps/companies.

⁶ Recordamos que en nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 1994, los tratados concluidos con las organizaciones internacionales tienen jerarquía suprallegal (art. 75. inc. 22, CN) y, consecuentemente, los convenios de la OIT ratificados por la Argentina tienen dicho carácter, con la salvedad del Convenio 87 sobre Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948, que tiene jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 8.3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el art. 22.3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22).

de respetar derechos humanos (Principios Rectores 11 a 17 inclusive), como se consigna en el principio 14, se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietarios y estructura. En la Guía Práctica de ISA se insiste en que el cumplimiento de la legislación nacional es un requisito fundamental de los PRNU, "...sin embargo cuando la legislación nacional no protege de forma adecuada los derechos humanos, o no se aplica o está en conflicto con los derechos humanos internacionalmente reconocidos", los principios Rectores son relevantes para muchas áreas de la práctica jurídica. A pesar de que no tienen por objeto imponer responsabilidades legales sobre las empresas, el contenido de los mismos se refleja cada vez más en la legislación, en la normativa, en las transacciones y los acuerdos económicos y financieros⁷.

La Organización Empresarial

La empresa es una unidad económica, social y técnica, a diferencia del establecimiento, registrando tantas nociones como autores se ocupan del tema. Compartimos la opinión de Richard que se inclina por una noción funcional y organizativa: la actividad. Dice Efraín Hugo Richard que la idea de intercambio —que calificaba la actividad de empresa— es hoy superada por la de planificación u organización. La empresa planifica o programa sus relaciones en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización, y específicamente en torno a los riesgos a asumir. Una empresa que no está planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa, generando responsabilidad a los administradores.⁸

Cuando la titularidad y desarrollo de la empresa es pluripersonal, la organización de la empresa se formaliza normalmente a través de la sociedad-sujeto de derecho como medio técnico de simplificación de las relaciones internas y externas⁹. De allí que la responsabilidad de la empresa, tiene puntos de contacto con la responsabilidad de los administradores societarios. Así, la empresa contempla dimensiones interna y externa vinculadas con el impacto que ocasiona su gestión. Dentro de la dimensión interna se encuentra la ética empresarial, las prácticas de buen gobierno, el ambiente laboral o clima organizacional, y la dimensión externa se conforma con la comercialización responsable, el cuidado del medio ambiente y el desarrollo comunitario.

La elección del modelo de organización y de gestión implica una toma de posición respecto de los valores que la empresa reconoce, sostiene o promueve; "se espera entonces que las decisiones de una organización se orienten por la valoración del respeto por el ser humano y que tenga en cuenta el contexto social, el cuidado del medio ambiente y el consumo racional de los recursos. Estos factores determinan el nivel de compromiso político que asume una organización"¹⁰ Por ello, 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.

⁷ Se mencionan como ejemplos de esta aceptación las revisiones de 2013 de la ley de sociedades del Reino Unido que exige a las sociedades que cotizan en Bolsa que informen sobre las cuestiones de derechos humanos y la Directiva 2014 del Parlamento Europeo que exige a 6000 empresas públicas que informen sobre su desempeño en derechos humanos.

⁸ RICHARD, Efraín Hugo Las Relaciones de Organización. El Sistema Jurídico en el Derecho Privado. Editorial Advocatus. Córdoba 2002, p. 14

⁹ RICHARD, Efraín Hugo Las Relaciones de Organización: Adquisición de la personalidad jurídica, la sociedad unipersonal y la no personalidad de los contratos asociativos". Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 01/10/2012, 126, Cita: TR LALEY AR/DOC/5128/2012.

¹⁰ STOLAR Ezequiel J y STOLAR Daniel M. "Responsabilidad Social Empresaria", Valleta Ediciones 2009 , p. 107

Entendemos que la empresa debe: a) Acordar medidas para garantizar la representación equitativa de las mujeres en la fuerza de trabajo a todos los niveles, incluido los órganos de administración; b) Incentivar a sus socios a promover medidas que refuercen la equidad de género; c) 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; d) Capacitar su personal, socios, administradores y síndicos con respecto a los derechos humanos de las mujeres y a la igualdad de género; e) Adoptar políticas de acción afirmativa para superar la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos directivos y en los órganos de administración.

¿Qué es la Conducta Empresarial Responsable (CER)?

En primera instancia debemos aclarar que los términos Responsabilidad Social Empresaria (RSE) y Conducta Empresarial Responsable (CER) suenan parecidos pero conceptualmente son diferentes. La RSE es una conducta que adoptan voluntariamente las empresas frente a sus stakeholders, que no implica – de ninguna manera- responsabilidad en términos de imputación causal por sus actos. Podemos decir que consiste en un mecanismo de autorregulación¹¹ asumida por la gestión de la empresa. En cambio, la CER conlleva el respeto a los derechos humanos, lo que es responsabilidad de la empresa impuesta por un marco normativo internacional/nacional bajo el principio “pro persona”, que es obligación garantizar por el Estado.

Los instrumentos base de la CER son: las Líneas directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (1976-2011)¹², Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable (2018)¹³, la Declaración tripartita OIT (1977-2017)¹⁴, los Principios rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011)¹⁵ y la Guía para la interpretación de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos de Naciones Unidas (2012)¹⁶.

Para cumplir con la responsabilidad de respetar los DDHH las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) compromiso político de respetar los DDHH, b) un proceso de debida diligencia 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 DDHH que hayan provocado o contribuido a provocar.¹⁷

Conclusiones

El Estado al abandonar la actividad de mercado, dejándola al sector privado, tiene la función esencial de asegurar la solidaridad en el mismo, que no debe ser sólo de vigilancia, sino específicamente normativa¹⁸. La vigencia efectiva de los derechos humanos que integran la

¹¹ CUFRE Denisse “Las empresas y los derechos humanos. Un cambio de paradigma” TR LALEY AR/DOC/749/2022

¹² OCDE (2011) <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPAÑOL.pdf>

¹³ OCDE (2018) <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

¹⁴ OIT (1977/ 2017) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf

¹⁵ ONU (2011), https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

¹⁶ ONU (2012) https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf

¹⁷ ONU (2011), https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf

¹⁸ RICHARD, Efraín Hugo “Las Relaciones de Organización: Adquisición de la personalidad jurídica, la sociedad unipersonal y la no personalidad de los contratos asociativos”. Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 01/10/2012, 126. Cita: TR LALEY AR/DOC/5128/2012

normativa constitucional y legal, o sea la tarea de “vigilancia”, le incumbe a todos los poderes del Estado y por ende el Poder Judicial también debe asegurar el cumplimiento de todo el DERECHO (Capítulo I del Título Preliminar del Nuevo Código Civil y Comercial), y el cumplimiento del deber de reparar cuando se violan los derechos humanos (arts. 1708, 1716 y concordantes del CCyC). Por su parte, las empresas deben respetar los derechos humanos internacional y nacionalmente reconocidos. Algunos de los elementos de los PRNU están ya recogidos en el derecho interno que regula las actividades empresariales. Gran parte del contenido de los PRNU era exigido por la ley antes de 2011 y como ya se señalara, el contenido de los mismos está reflejado de hecho cada vez más en la legislación y en los acuerdos empresariales.

Repensar el derecho empresarial desde la conciencia de géneros conlleva una profunda revisión crítica que, tarde o temprano, se deberá llevar adelante mediante el impulso de diferentes acciones positivas. Reiteramos (ver PRNU 14) y debe quedar en claro que referirse al derecho empresarial no involucra solo a las personas jurídicas con fuerte poderío económico —tanto a nivel nacional como transnacional— sino también a todas las diversas formas asociativas, vg. a las medianas y pequeñas pymes y a las cámaras empresariales. Distintos órganos de instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Comité CEDAW, así como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconocen que existen roles sociales y estereotipos de género que generan obstáculos para el igual cumplimiento de derechos de hombres y mujeres. Estos indican también la necesidad de eliminar todos los tipos de discriminación (por acción o directa, por omisión o indirecta, y por resultados) y reconocen que, en ciertos contextos, pueden requerirse medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (que pueden incluir cuotas o medidas de paridad). Por último, señalan que los actores no estatales (p. ej., las empresas), también tienen responsabilidades bajo el derecho internacional de los derechos humanos de respetar e incluso facilitar la implementación y garantía de derechos humanos.

No tenemos dudas respecto a que el Estado argentino puede regular a las empresas y exigirles un comportamiento que respete la igualdad de género. Existen múltiples antecedentes jurisprudenciales en los que el Estado ha exigido a las empresas (particulares) el respeto de los derechos humanos. Ya en 1958 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo “Samuel Kot SRL” reconocía que “nada hay, ni en la letra, ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad” (Fallos Corte 241:291). Luego, el 7/12/2010 en “Álvarez M. c/ Cencosud S.A.” (Fallos Corte 333:2306) y el 20/5/2014 en “Sisnero, Mirtha c/ Tadelva SRL” (Fallos Corte 337:611), la Corte Suprema reiteró que las empresas deben respetar los derechos humanos de los/as individuos, y en este mismo último fallo obligó también a la empresa a no discriminar en razón de la condición de mujer a la hora de contratar. Allí el Máximo Tribunal afirmó que existe la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación, la que recae sobre todos los poderes del Estado, pero también sobre los particulares. Esta obligación – afirma la sentencia del Máximo Tribunal Federal – se extiende tanto respecto aquellos casos en que la situación discriminatoria es el resultado de acciones y omisiones de los poderes públicos como cuando es el resultado del comportamiento de los particulares. En definitiva, consideramos que “La responsabilidad de respetar los derechos humanos es lo mínimo que se espera de todas las empresas” y así debe enfatizarse en la Academia y

abogarse en el ejercicio profesional.

Bibliografía

- * IGUALDAD REAL DE LAS MUJERES, obra colectiva dirigida por FERNANDEZ ANDREANI, Patricia y BOQUIN, Gabriela Fernanda, Ed. Astrea. Colección Acciones Positivas, Bs As. 2021.
- * TRATADO DE GÉNERO, DERECHOS Y JUSTICIA-DERECHO DEL TRABAJO, obra colectiva dirigida por HERRERA, Marisa; FERNANDEZ, Silvia E. y DE LA TORRE, Natalia y coordinada por VIDETTA Carolina. Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2021.
- * PÉREZ, Agustina; Cufre, Denisse y Wegher Osci, Florencia S. "Estrategias para el Fortalecimiento de la Agenda de Género, Empresas y Derechos Humanos" TR LALEY AR/DOC/1318/2021.
- * RICHARD, Efraín Hugo Las Relaciones de Organización. El Sistema Jurídico en el Derecho Privado. Editorial Advocatus. Córdoba 2002, p. 14.
- * RICHARD, Efraín Hugo Las Relaciones de Organización: Adquisición de la personalidad jurídica, la sociedad unipersonal y la no personalidad de los contratos asociativos", Publicado en: DCCyE 2012 (octubre), 01/10/2012, 126, Cita: TR LALEY AR/DOC/5128/2012.
- * STOLAR, Ezequiel J. y STOLAR, Daniel M. "Responsabilidad Social Empresaria", Valleta Ediciones 2009, p. 107.

AUTODETERMINACIÓN DE LOS CRITERIOS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES

Victoria Bengochea, Karina G. Damiano y Lucas R. Tomkinson

SUMARIO

En la dinámica societaria, la distribución de utilidades es un momento clave e implica la consecución de uno de los fines primordiales que mantienen los socios y/o accionistas al momento de conformar una sociedad; esto es, la obtención de beneficios. En la Ley General de Sociedades existe un principio rector e indisponible consistente en que todos los accionistas participen de las ganancias si han realizado aportes económicos; no dando margen a la autonomía de la voluntad. Creemos que la LGS debería permitir la auto-determinación de criterios para la distribución de utilidades.

I. La Ley General de Sociedades en materia de distribución de utilidades

En función de las disposiciones del artículo 1° de la Ley General de Sociedades (“LGS”), hay sociedad cuando –entre otros– una o más personas se unen para realizar aportes, aplicarlos a la producción o al intercambio de bienes o servicios, participar de los beneficios y soportar las pérdidas. En consecuencia, en la dinámica societaria, la distribución de utilidades es un momento clave e implica la consecución de uno de los fines primordiales que –por definición– mantienen los socios y/o accionistas al momento de conformar una sociedad. Con respecto a la distribución de dividendos, históricamente la LGS mantuvo un sistema rígido de acuerdo con el cual –frente a la existencia de ganancias realizadas y líquidas– si los accionistas acuerdan repartir las utilidades, las mismas pueden abonarse (i) en función de los criterios establecidos en el estatuto social; ello así, en los términos establecidos el inciso 7 del artículo 11 de la LGS; o bien (ii) en caso de inexistencia de reglas específicas, en proporción a los aportes económicos realizados.

Sin embargo, la libertad y/o flexibilidad para fijar los criterios de distribución de los beneficios sociales que plantea el inciso 7 del artículo 11 de la LGS es más aparente que real a la luz del inciso 1° del artículo 13 de la LGS que establece la nulidad de toda estipulación estatutaria que establezca “*que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos*”. En otras palabras, existe un principio rector e indisponible consistente en que todos los accionistas participen de las ganancias si han realizado aportes económicos; no dando margen para que la autonomía de la voluntad fije criterios de distribución que no estén anclados en los aportes económicos y puedan premiar otro tipo de aportes (ejemplo, red de contactos, generación de oportunidades de negocio, etc)¹.

Antes de continuar, corresponde hacer referencia a las disposiciones del artículo 217 de la LGS que –bajo ciertas condiciones– admite la posibilidad de la emisión de acciones preferidas; esto es, acciones que en los términos y condiciones de su emisión prevean algún tipo de preferencia económica ya sea al momento de la distribución de dividendos, restitución de capital y/o la liquidación. Las disposiciones señaladas no implican una ruptura con el sistema

¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, “Derecho societario, parte general – Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades”, 1ª ed., Heliasta, Bs. As., 1997, p. 87.

rígido en materia de distribución de utilidades, que está delimitado por el reseñado artículo 13 de la LGS que acota la autonomía de la voluntad en dicha materia.

Así, y en función del sistema descrito, no sería posible establecer de manera totalmente libre los criterios para la distribución de dividendos. En otras palabras, no podrían fijarse reglas que indiquen que algunos socios y/o accionistas recibirán dividendos y otros no, o que alguno o todos lo haga ocasionalmente, o que aquellos que durante el período bajo consideración no hayan contribuido a generar ganancias no participen de las mismas, entre otras posibilidades.

Nuestro objetivo con la presente ponencia no es otro que reflexionar sobre variantes que permitan repensar en este aspecto el sistema rígido dispuesto por la LGS y abrir este punto al campo de la autonomía de la voluntad. Como se verá, creemos que esto último podría proporcionar un área fértil para la creación de estructuras de incentivos que fomenten el desarrollo de negocios clave para la sociedad.

II. La distribución de dividendos en el proyecto de reforma de la LGS de junio de 2019, y en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor

La posibilidad de distribuir utilidades conforme criterios que no impliquen la proporcionalidad en la participación del capital, o que respondan a acciones con derechos económicos preferenciales bajo ciertas condiciones, no es algo nuevo. En efecto se ha explorado en proyectos que propusieron reformas a la LGS y en cuerpos normativos más modernos que prevén tipos societarios específicos no regulados en la LGS, como es el caso de la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor (“LACE”) que dio a luz a la sociedad por acciones simplificada (“SAS”).

En dicha línea, el proyecto de reforma a la LGS presentado ante el Senado de la Nación el 5 de junio de 2019 por el ex senador Federico Pinedo –presidente provisional del Senado de la Nación a dicha fecha– (el “**Proyecto**”), proponía interesantes reformas en materia de distribución de utilidades que otorgaban mayor flexibilidad –como se verá, en términos relativos con el sistema actual– y apuntaba a gratificar la performance de ciertos sectores. El proyecto incluyó la introducción de una nueva norma en el cuerpo de la LGS, el artículo 216 bis, que contempló las llamadas “*acciones sectoriales*”.

En los términos del Proyecto se preveía la posibilidad de que el estatuto social estipule la emisión de *acciones sectoriales*, las cuales darían a sus tenedores el derecho a recibir dividendos resultantes de las utilidades realizadas y líquidas producidas por uno o más sectores de la actividad y/o proyectos específicos. Además, el Proyecto describía pormenorizadamente los aspectos que debían contemplarse al momento de emitir acciones sectoriales y establecía la emisión de estados contables especiales segmentados por sector (en adición a los estados contables generales de ejercicio), de los que resultarían los rubros del activo y pasivo afectados a cada clase. Por último, el Proyecto destacaba que no podrían distribuirse dividendos a las acciones sectoriales si la sociedad no reportaba utilidades realizadas y líquidas.

Con respecto a las restricciones del artículo 13 de la LGS, el Proyecto las mantenía intactas. En otras palabras, la emisión de acciones sectoriales no implicaba la posibilidad de que –en los términos y condiciones de su emisión– se estipulara la posibilidad de que se distribuyeran dividendos exclusivamente para las acciones sectoriales sujeto a aprobación asamblearia en ese sentido.

En nuestra opinión, esto último hace que las acciones sectoriales no se separen radicalmente de las acciones preferidas. Es decir, podría pensarse a las acciones sectoriales como una especie de

acciones preferidas que mantienen especificaciones legales en las condiciones de su emisión, pero no se visualiza una ruptura con el sistema rígido o restrictivo existente en la LGS actual que se viene describiendo.

Distinto es el caso de la LACE que, a nuestro criterio, **si** contiene diferencias radicales en términos relativos con el régimen prescripto por la LGS, lo cual abre un camino de posibilidades amplias para los accionistas de una SAS en materia de auto-determinación de criterios para la distribución de utilidades.

En este sentido el artículo 36 de la LACE, que describe el contenido mínimo que debe tener el instrumento constitutivo, señala en su inciso 8 que deben preverse las “*reglas para distribuir utilidades y soportar las pérdidas*”. En virtud de dicha disposición, son los mismos socios los que establecen en el instrumento constitutivo los criterios sobre los cuales se reparten las ganancias, lo cuales pueden no estar sujetos a criterios rígidos como el de proporcionalidad. Ahora bien, a diferencia de la LGS, la LACE no contiene las restricciones del artículo 13 lo que expande las posibilidades en materia de autonomía de la voluntad.

En nuestra opinión, la disposición transcrita resulta tan innovadora como atractiva, dando la posibilidad a los socios de auto-regular la distribución de las utilidades lo que resulta funcional para numerosos negocios a los que las sociedades dan marco. Especialmente a todos aquellos negocios avocados a la presentación de servicios y en los que el capital económico y/o aporte que realizan los fundadores no es tan significativo como otros activos que impulsan el crecimiento (por ejemplo, la red de contactos, el aporte de conocimientos específicos, el tiempo dedicado, la concreción de negocios acercados, etc.). Permite además jugar con la posibilidad de construir una estructura de incentivos para premiar el desarrollo de áreas claves del negocio.

En esta línea y especialmente por lo manifestado en el párrafo anterior, creemos que la LGS debería permitir la auto-determinación de criterios para la distribución de utilidades manteniendo la pauta de la proporcionalidad en subsidio frente a la falta de previsión de reglas específicas; ello así, sin limitar la autonomía de la voluntad en la materia.

III. Consideraciones finales

Creemos que, como ya se dijo, vale la pena repensar este asunto en profundidad; especialmente contemplando que cada sociedad es singular, toma las características del proyecto que enmarca, y que no todos los aportes de valor son los de carácter económico.

Sería bueno poder establecer mecanismos que permitan a los socios regular cómo se distribuirán las utilidades, dejando que la regla de la proporcionalidad actúe en subsidio (frente a la inexistencia de otras reglas) y sin acotarla con disposiciones como la prevista en el artículo 13 de la LGS. Somos de la idea que disposiciones del estilo pueden resultar funcionales y potenciadoras, y que no todos los aportes de valor son los económicos.

Sobre la experiencia en la aplicación de la LACE en esta materia, aún no se difundieron mayores repercusiones, pero estamos a la expectativa. Creemos que la LACE plantea criterios y herramientas innovadoras que podrían aportar valor a la LGS y que deben explotarse más. Si bien su aplicación se vio limitada en algunas jurisdicciones en la que los reguladores interpretaron que sus disposiciones tenían potencial para ocasionar consecuencias disvaliosas, queda camino para recorrer y precedentes por sentar sobre las posibilidades que brinda.

CUOTA DE GÉNERO EN LOS DIRECTORIOS

Gabriela Fernanda Boquin y María Cristina De Césaris

SUMARIO

Las autoras proponen una reforma legislativa para integrar con paridad de género los directorios de las empresas del Estado, recomendando se tomen las mismas medidas en las sociedades que cotizan en bolsa o prestan un servicio público.

I. Introducción

El último censo poblacional ha demostrado que las mujeres son más de la mitad de la población. La realidad de nuestras aulas demuestra que son mayoría en el colectivo estudiantil y entre las y los profesionales que se reciben año tras año. Lamentablemente estos hechos no se traducen en la misma proporción respecto a la ocupación de cargos en los directorios de las sociedades.

La problemática no es exclusiva de la República Argentina, ni siquiera de América Latina. Las mujeres ocupan algo más del 17 % de los cargos en los directorios en todo el mundo y en América Latina cerca del 8%. Seis países cuentan con 30% o más, es el caso de Noruega, Francia, Suecia, Finlandia, Nueva Zelanda y Bélgica. Algunos de ellos han encontrado una solución a esta desigualdad (consecuencia de un legado cultural) a través de normas regulatorias. Tal es el caso de Noruega, Francia y Bélgica que han establecido cuotas de género obligatorias con tiempos para su implementación y sanciones en caso de incumplimiento. Otros lo han hecho a través de la autorregulación o recomendaciones de buen gobierno corporativo. En el año 2003 Noruega se convirtió en el primer país del mundo en imponer un cupo de género al requerirle a cerca de 500 empresas, incluyendo las 175 listadas en la Bolsa de Oslo, que eleve la proporción de mujeres en su directorio al 40 por ciento. Más recientemente, el Fondo Soberano de Noruega –que es el fondo de inversión más grande del mundo- estableció metas de, al menos 30% de diversidad de género en las compañías en las que inyecta fondos. Según información publicada en febrero del año 2021¹, el Fondo que es uno de los grandes inversores del planeta pues tiene participaciones en cerca de 9200 empresas en todo el mundo y es dueño del 1,5% de todas las compañías listadas en las principales Bolsas, quiere que las empresas en las cuales invierte eleven la cantidad de mujeres en los directorios. En palabras de altos funcionarios y funcionarias del Fondo “la diversidad es buena para un directorio porque trae mejores perspectivas, es mejor para la toma de decisiones y es crecientemente importante para la legitimidad de la empresa”; “la falta de representación femenina también podría ser una bandera roja de que una empresa no hace un buen proceso para reclutar al mejor director”; “realmente pensamos que la diversidad crea mejores razonamientos, soluciones más creativas y mejores negocios”. El Fondo comenzará su iniciativa votando en contra de las designaciones a los comités de nombramiento de empresas que no tengan, al menos, dos mujeres en el directorio. El foco de la política del Fondo es el diálogo con las empresas y el voto en las asambleas generales de accionistas, más que desinvertir en las empresas que no cumplan con sus objetivos de

¹ Fuente: <https://cronista.com/apertura-negocio/empresas/el-fondo-soberano-de-noruega-presionara-por-mas-mujeres-en-los-directorios/>

representación femenina, si bien no se descarta la desinversión como sanción².

Hoy, la Unión Europea cuenta con la propuesta directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas que cotizan en bolsa siendo sus objetivos de que al menos exista el 40% de representación de cada género en administradores no ejecutivos, la adopción e implementación de criterios establecidos inequívocos y neutralmente formulados con respecto al proceso de selección la asignación de prioridad de género subrepresentado cuando los candidatos se consideren iguales en términos de calificaciones y méritos, además de la adopción de sanciones adecuadas por parte de los Estados miembros para las empresas que no cumplan³.

En América latina la Argentina tiene valores bajos de representación en los cargos de directorio- cerca del 5%, mientras que en Panamá en el año 2017 la ley 56 estableció la participación de mujeres en las juntas directivas estatales y se encuentra reglamentada por el decreto 241 del 2018 estableciendo una cuota del 30% de mujeres en las juntas directivas de las instituciones del Gobierno central instituciones estatales descentralizadas empresas públicas intermediarios financieros y aquellos regulados por estos como por ejemplo bancos o instituciones financieras se estableció que esta cuota se implementaría en forma gradual debiendo las empresas sujetas al régimen presentar un cuestionario anual ante el regulador respectivo y publicar esta información.

En Chile, el 24 de junio de 2021, se promulgó la ley 21356 (publicada el 3 de julio de 2021), que establece cuotas de representación de género en los directorios de las empresas públicas y sociedades del Estado que indica. En su "Artículo único" dispone que " Las personas de un mismo género no podrán exceder el sesenta por ciento del total de los miembros de los directorios de las siguientes entidades: a) Empresas públicas creadas por ley, cuyos directores son designados por acuerdo del Consejo de la Corporación de Fomento de la Producción o de alguno de aquellos Comités a que se refiere el artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 211, de 1960, del Ministerio de Hacienda, al que dicho Consejo delegue expresamente esta función; y b) Sociedades en que el Estado tenga una participación superior al cincuenta por ciento del capital a través de la Corporación de Fomento de la Producción, y cuyos directores son designados por esta última a través del Comité Sistema de Empresas Públicas SEP, al que el Consejo de la Corporación delega expresamente esa función. En el caso de directorios compuestos por 3 integrantes, las personas del mismo género no podrán exceder de 2."

En nuestro país, la Provincia de Entre Ríos en el artículo 17 de su Constitución establece una norma que garantiza la igualdad real de oportunidades de trato para mujeres, promoviendo el acceso efectivo de la mujer a todos los niveles de participación, representación y decisión y conducción de las organizaciones de la sociedad civil. Además la ley 10.884 regula el principio de paridad de género estableciendo el principio de paridad en la conformación e integración de las organizaciones de la sociedad civil promoviendo la incorporación del principio de paridad de género a sus estatutos actas fundacionales reglamentos estructuras

² El Fondo Soberano Noruego tiene en cuenta en sus inversiones las variables no financieras, como son las medioambientales, sociales y del gobierno corporativo. Es por ello por lo que se considera que su filosofía de inversión es una Inversión Socialmente Responsable (ISR). Ver <https://www.rankia.com/blog/fondos-inversion/4255671-fondo-soberano>.

³ El 7 de junio del 2022 el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo político para promover una representación de género más paritaria en los consejos de administración de las empresas cotizadas estableciendo que de aquí al 2026 tendrán que procurar que al menos el 40% de los puestos de administrador no Ejecutivo o al menos el 33 del total de puestos de administrador Ejecutivo o no Ejecutivo lo ocupen personas del sexo infrarrepresentado.

orgánicas formales e informales de manera progresiva a fin de garantizar la inclusión (art. 2), estableciendo (art. 5 inc.2) que dentro de los ámbitos de aplicación del principio de paridad de género a las personas jurídicas privadas cooperativas y mutuales, por último el artículo 21 determinan que la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas y el Instituto Provincial de cooperativismo y mutualidades deberán incorporar de manera progresiva el principio de paridad de género en la conformación de los órganos de administración de fiscalización respecto de las asociaciones civiles fundaciones sociedades comerciales en general y empresas del Estado y en la Constitución de cooperativas y mutuales.

En la Provincia de Santa Fe, la **Ley 14.002 (B.O. 30/12/2020)**, establece el principio de paridad de género en la composición e integración del Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, partidos políticos, entes públicos o con participación estatal y asociaciones, consejos y colegios profesionales. Entiende por paridad de género la representación igualitaria de varones y mujeres en un 50% para cada género, en la conformación de listas electorales y en la composición de estructuras orgánicas o de cargos y ternas o nóminas de designación (art. 2). Específicamente, el art. 3 establece que la paridad de género se aplica en “d) Integración de cargos según leyes orgánicas o estatutos para el sector público provincial no financiero, para empresas, sociedades y otros entes públicos, bajo la forma de empresas públicas, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades del Estado, entes interestatales e interjurisdiccionales u otros entes estatales”.

II. Principios rectores sobre empresas y los derechos humanos y la perspectiva de género (CERALC)

Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos (PRNU) fueron aprobados unánimemente por el Consejo de Derechos Humanos en junio del 2011 y son los estándares mundiales autorizados para prevenir, mitigar y remediar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos relacionados con las empresas

El grupo de trabajo conformado por expertos sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas tiene el mandato de promover la divulgación y aplicación efectiva y global de los principios rectores debiendo integrar una perspectiva de género en toda su labor. En el año 2017 lanzó un proyecto de enfoque de género en los principios rectores teniendo por objetivo sensibilizar a todas las partes interesadas acerca de la necesidad de adoptar una perspectiva de género en la aplicación de los principios rectores y brindar directrices prácticas tanto para los estados como para las empresas.

El informe de junio 2019 ofreció un breve panorama general de las experiencias de discriminación y de los efectos diferenciados sufridos por las mujeres en el contexto de las actividades empresariales analizando determinadas normas de igualdad de género proporcionando directrices específicas para cada 1 de los 31 principios rectores. Ello con la colaboración de la OCDE y de la OIT⁴.

Vale destacar los siguientes principios rectores, sus directrices de género y las medidas ilustrativas:

A. Principio rector 2⁵, la directriz de género establece que los Estados no solo deben pro-

⁴ La OIT ha elaborado varias normas sobre igualdad de género tales como Conv. 100 Principio de igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y mano de obra femenina, Convenio 111 Prohibición de discriminación por motivos de sexo, Convenio 156 sobre la igualdad de oportunidades de trato entre los trabajadores con responsabilidades familiares, Convenio 103 Disposición de apoyo a los derechos reproductivos, Conv. 183 sobre la protección de la maternidad.

⁵ Establece que los estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y jurisdicción

porcionar orientación sino también crear incentivos y factores disuasorios para alentar a todas las empresas domiciliadas en su territorio o jurisdicción a respetar los derechos humanos de las mujeres en todas sus actividades incluidas las cadenas de suministro. Entre las medidas ilustrativas expuestas respecto de este principio rector se establece que los Estados deben alentar a las empresas a que incluyan en su Consejo de administración a un determinado porcentaje de mujeres y a que informen sobre las diferencias salariales entre hombres y mujeres en todas sus actividades.

B. Principio rector 4⁶, la directriz de género establece que los Estados deben velar porque las empresas de su propiedad o bajo su control y los organismos públicos no solo den ejemplo en cuanto al objetivo de lograr una verdadera igualdad de género sino que también utilicen su influencia para exigir a sus socios comerciales que lo hagan. Entre las medidas ilustrativas establece que el Estado debe exigir a todas las empresas de su propiedad o bajo su control que Incluyan en su Consejo de administración a un determinado porcentaje de mujeres y que divulguen anualmente datos sobre los avances que hayan realizado para alcanzar la paridad entre hombres y mujeres en su plantilla.

C. Principio rector 5⁷, la directriz de género sobre este principio establece que los Estados deben velar porque sus contratos con empresas incluidos los relacionados con la privatización de los servicios públicos y las alianzas público-privadas incorporen una perspectiva de género. Entre las medidas ilustrativas establece que cuando adjudiquen contratos de servicios públicos los Estados deben dar prioridad a las empresas que hayan demostrado haber adoptado medidas para lograr una verdadera igualdad de género en todas sus actividades.

D. Principio rector 10⁸, la directriz de género sobre este principio establece que los Estados deben alentar a las instituciones multilaterales a que adopten una perspectiva de género al cumplir sus respectivos mandatos los estados también deben velar por que los acuerdos y marcos normativos negociados multilateralmente promuevan la igualdad de género real y no agraven la discriminación que sufren las mujeres y entre las medidas ilustrativas se establece que los estados deben poner fin a la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos directivos de las instituciones multilaterales.

E. Principio rector 11⁹, la directriz de género establece que las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de las mujeres y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación. Para cumplir esa responsabilidad las empresas deben contribuir a lograr una verdadera igualdad de género y no exacerbar o reproducir la discriminación existente contra las mujeres en todas sus

que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.

⁶ Establece que los estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de Derechos Humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de inversiones exigiendo en su caso la debida diligencia en materia de Derechos Humanos.

⁷ Establece que los estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de Derechos Humanos cuando contraten los servicios de empresas o promulgan leyes a tal fin que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

⁸ Establece que los estados cuando actúen en calidad de miembros de instituciones multilaterales que tratan cuestiones relacionadas con las empresas deberán a. tratar de asegurar que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir con su deber de protección y pongan trabas a la observancia de los derechos humanos por las empresas b. Alentar a esas instituciones en el marco de sus respectivos mandatos y capacidades a promover el respeto de los derechos humanos entre las empresas y ayudar a los estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas en particular mediante iniciativas de asistencia técnica fomento de la capacidad y sensibilización c. inspirarse en estos principios rectores para promover el mutuo entendimiento y la Cooperación Internacional en la gestión de problemas relacionados con las empresas y los derechos humanos.

⁹ Las empresas deben respetar los derechos humanos, eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en los que tengan alguna participación.

actividades. La medida ilustrativa considera que las empresas deben adoptar una serie de medidas, por ejemplo de acción afirmativa y de apoyo al desarrollo profesional, para garantizar la representación equitativa de las mujeres en la fuerza de trabajo a todos los niveles incluidos los consejos de administración debiendo alentar a sus socios comerciales a que hagan lo mismo e incentivarlos en ese sentido.

F. Principio rector 19¹⁰, la directriz establece que las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en todos los procesos pertinentes y adoptar una serie de medidas transformadoras de género para prevenir y mitigar las consecuencias negativas de conformidad con los principios rectores siendo una medida ilustrativa adoptar políticas de acción afirmativa para superar la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos directivos y en los consejos de administración.

Estos principios rectores (PRNU), sus directrices y las medidas ilustrativas nos demuestran que es una preocupación mundial la infrarrepresentación de las mujeres en los cargos de los directorios y que se busca el compromiso de los estados para solucionarlo.

III. Propuesta legislativa para la República Argentina

Es claro que cualquier cambio cultural precisa de educación pero sin el ejemplo del Estado, en cuanto el respeto del derecho a la paridad efectiva de las mujeres en puestos de dirección, de nada serviría ya que este debe actuar como modelo, siendo necesaria una legislación adecuada de carácter temporal (ya que toda medida de discriminación positiva debe ser analizada a lo largo del tiempo para conocer si fue efectiva) que imponga a las empresas públicas la cuota de paridad y le recomiende a las empresas cotizantes y las que presten servicios públicos cumplir con la misma, generando metas e imponiendo plazos progresivos para su cumplimiento, considerando y regulando los métodos de elección de las candidatas y reconociéndose que ante igual puntaje en el concurso que se estipule para acceder a esos cargos será la mujer como género menos representado quien acceda al mismo.

La selección deberá hacerse por concurso de antecedentes. La sanción en caso de incumplimiento es declarar la nulidad del nombramiento en contradicción con la norma, en un sistema semejante al que rige en Francia desde la Ley de Igualdad del 2014 y el Código de Comercio del 2011.

IV. Conclusiones

El Estado es quien tiene el primer compromiso con la deuda de igualdad respecto de las mujeres atento a la suscripción de tratados internacionales como la CEDAW.

En la Argentina, como en todos los países de Latinoamérica y el resto del mundo, la desigualdad de género es un problema estructural: las mujeres tienen una menor participación en el mercado laboral, registran mayores niveles de informalidad y desempleo y perciben menores ingresos. Resulta indispensable, por ende, aplicar políticas públicas dedicadas a achicar brechas de género destinadas a corregir ese desequilibrio estructural, que es histórico y político, y tiene profundo arraigo en la gobernanza corporativa.

Las medidas de acción positiva o discriminación a la inversa en favor de las mujeres se encuentran incluidas en nuestra Constitución Nacional art. 75 inc. 23. Sólo falta que los legisladores despierten...

¹⁰ Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos las empresas deben integrar las conclusiones de sus evaluaciones de impacto en el marco de las funciones y procesos internos pertinentes y tomar las medidas oportunas para que esa integración sea eficaz.

ORDEN PÚBLICO E IMPERATIVIDAD EN LA SAS

Diego Coste

SUMARIO

El orden público es una construcción dogmática que esconde una cosmovisión parcial y el ejercicio momentáneo de un poder por parte de quienes lo invocan. El ejercicio del poder no es reprochable en sí mismo. Lo que se cuestiona es la intención -consciente o inconsciente- de disfrazarlo bajo la exhortación de principios elevados sobre los cuales no existe adecuado consenso. Se sostiene, en consecuencia, que no corresponde invocar el concepto de orden público para limitar la autonomía de la voluntad en materia societaria. En el caso específico de la SAS, siguiendo el mismo criterio y con apoyo en lo dispuesto por el artículo 33 de la ley 27.349, tampoco resulta procedente la aplicación de las normas imperativas de la ley 19.550, pues consisten en la expresión legislativa de ese orden público cuya existencia negamos.

El orden público es un concepto sin correlato en la realidad y que esconde, por quien lo invoca, la voluntad de imponer a otros un conjunto de valores acordes con su visión personal acerca de cómo queremos vivir en sociedad.¹

Es cierto que existe consenso acerca de algunos valores universales, al menos en occidente, que fueron objetivados en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Pero aun así, cuando se producen conflictos entre derechos del mismo rango, la lectura contemporánea de esos textos exhibe resultados radicalmente opuestos según cada intérprete.

Algo similar podemos decir de nuestra Constitución Nacional. En el pasado, sociedades menos complejas y numerosas permitían creer razonablemente en la existencia de ciertos valores compartidos por una mayoría. Pero la actualidad nos encuentra nuevamente en medio de pugnas ideológicas donde distintos sectores tienen posturas incompatibles entre sí, impidiendo afirmar con seriedad la existencia de consensos suficientes sobre los principios rectores de la vida en común.

Para alcanzar una noción digerible de orden público habría que asegurar, primero, un acabado conocimiento acerca de cuáles son los principios religiosos, morales, políticos, económicos y sociales en los que se apoya la digna subsistencia de la organización social establecida en un momento dado. Pero ¿cómo se alcanza ese conocimiento? ¿Estamos en condiciones de sostener que alguien puede captar esos principios, en qué orden jerárquico deben ser ubicados y si ello responde al sentimiento mayoritario de los habitantes de nuestro país? Aun alcanzando tal grado de conocimiento, lo cual es imposible al día de la fecha, se nos

¹ La multiplicidad de definiciones y su resultado infructuoso pueden leerse en incontables trabajos, entre los cuales citamos: Esparza, Gustavo – Figuerola, Melchor – Montenegro, Gustavo: "El orden público en el derecho privado", Ed. Astrea, Bs. As., 2021; Orgaz, Alfredo: "Los límites de la autonomía de la voluntad", LL 64, 233; BORDA, Guillermo A.: "Tratado de derecho civil. Parte general", Tomo I, página 67, Ed. Abeledo Perrot, 12ª ed., Bs. As., 2004; Llambías, Jorge J.: "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tomo I, página 158, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2013; Aráuz Castex, Manuel: "La ley de orden público", Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1945; Bakmas, Iván. "Sociedades Anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas", LL 2001-F, 1448 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 95; Sodero, Eduardo – Vigo, Rodolfo L.: "Orden público y orden público jurídico", LL 2015-F, 1077; Martorell, Ernesto E.: "Ley de sociedades, orden público y defensa de valores comunitarios globales", LL 2017-E, 787; Manili, Pablo L.: "El orden público y el derecho constitucional", TR LALEY AR/DOC/2753/2020; Cracogna, Dante: "Libertad de asociación, derechos humanos y judicialización", TR LALEY AR/DOC/1267/2020; Barra, Rodolfo C.: "Orden público en el derecho administrativo", TR LALEY AR/DOC/4221/2015; Gordillo, Agustín: "Orden público como principio no general del derecho argentino", LL 2015-F, 1041; Caivano, Roque J.: "El orden público como límite a la arbitralidad", RDCO 285, 11.08.2017, 1190; Balbín, Sebastián: "Nulidad en materia societaria", LL 2016-C, 737; Luqui, Roberto Enrique: "Reflexiones sobre el concepto de orden público", LL 2016-C, 660; Trigo Represas, Félix A.: "Orden público en el derecho de las obligaciones", LL 2015-F, 1029; Ossola, Federico Alejandro – Pizzaro, Ramón D.: "Orden público en la responsabilidad civil", LL 2015-F, 1001; Heredia, Pablo D.: "En el derecho concursal", LL 2015-F, 960; etc.

presentaría un segundo problema: ¿Los principios y valores enunciados por un concepto de orden público cualquiera, deben ser los de la mayoría? ¿Quién define mayoría en cada caso posible de conflicto? ¿Los principios y valores, en cambio, deberían provenir de una minoría ilustrada? En todos los casos, ¿cuál sería el método de ética debería aplicarse para ponderar los distintos intereses en juego?

Y, por último, nos enfrentamos al test de racionalidad.² ¿Quién puede asegurar que los valores y principios que se imponen lograrán los fines perseguidos? O a la inversa, ¿quién puede asegurar que los principios excluidos de esa noción de orden público no llevarían al mismo resultado o a uno mejor?

En resumen, ¿cómo se puede invocar con seriedad un criterio racional de orden público que asegure la coherencia y superioridad moral e instrumental entre medios y fines?

Insistir en la aplicación del orden público como límite a la autonomía de la voluntad sólo puede responder al intento de ocultar el ejercicio de un poder circunstancial bajo el ropaje de elevados -y sesgados- principios, o bien, a un trastorno narcisista de quién lo invoca.

Nada de lo expuesto debería sorprender porque se trata del ejercicio del poder en el mundo real a través de la sanción de normas imperativas o de la interpretación que realizan los jueces en el caso concreto, tal como lo sostuvieron Mourlon, Arauz Castex, Sentís Melendo y Boutin, entre muchos otros.³ Es por ello que se reconoce y acepta la dinámica del juego de poder: existe, se ejerce y alguien tiene que resolver conflictos en el caso concreto o dictar leyes para la generalidad de las personas. No hay discusión al respecto, al menos por nuestra parte.

Pero no debemos confundir el ejercicio del poder con el eufemismo de exhortar principios superiores sobre los que no existe consenso suficiente. El concepto de orden público no tiene un sustrato en la realidad que sea coherente con sus premisas. Debemos evitar confusiones y dejar en evidencia que detrás de una sentencia, de una resolución administrativa o de una norma que invoca el orden público, sólo podemos encontrar a una persona o grupo de personas que imponen al resto de la sociedad su propia cosmovisión del mundo, con sus valores o intereses parciales.

La noción de orden público se ha convertido, además, en algo peligroso: es la herramienta predilecta de la doctrina de la emergencia (permanente) y se lo utiliza para desplazar derechos constitucionales.⁴

En la vereda opuesta se encuentran los ciudadanos, que tienen sus propias ideas acerca de cómo regular sus actividades y resolver sus problemas al margen de las decisiones de burócratas cuya responsabilidad está cada vez más lejos de las decisiones que toman.

Taleb sostiene que los grandes cambios de la historia son cisnes negros, eventos que no pudieron ser anticipados gracias a la miopía de quienes tienen a su cargo la regulación, el control estatal y la

² Los términos racional y razonable son utilizados como sinónimos en este artículo, con fundamento en Bunge, Mario A., "Diccionario de filosofía", p. 179, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

³ ESPARZA, Gustavo - FIGUERLOLA, Melchor - MONTENEGRO, Gustavo, "El orden público en el derecho privado", Ed. Martín, 2018, p. 20.

⁴ Manili, Pablo L.: "El orden público y el derecho constitucional", TR LA LEY AR/DOC/2753/2020. El autor citó fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde el máximo tribunal abusó de la noción de orden público para quitarle algo a muchos y dárselo al Estado ("Peralta c. Estado Nacional", Fallos 313:1513; y "Radiodifusora Buenos Aires", Fallos 317:739). También indicó que tanto se ha abusado de la figura de orden público que no sólo las leyes de emergencia se transformaron en la regla en vez de la excepción, sino que incluso se dictan Decretos con ese carácter, mencionando como ejemplo el DNU 576/2020 que dispuso la prórroga del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio derivado del COVID-19. Quizás el caso más elocuente es el de "Aerolíneas Argentinas", donde la Corte concedió carácter de orden público a un DNU que ni siquiera contenía una norma en ese sentido (Fallos 332:170). En un sentido similar, aunque con un enfoque estrictamente societario, se dijo: "Una corriente jurisprudencial que pretenda extender el campo de vigencia del orden público en detrimento de la autonomía de la voluntad, sin contar con muy sólidas razones para avalar esa restricción de la libertad, atenta contra el crecimiento económico y contra los principios constitucionales, o sea contra los intereses de la Nación. El abuso del principio de orden público constituye así una gravísima violación del orden público" (Bakmas, Iván. "Sociedades Anónimas y orden público", LL 2001-F, 1397 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 59).

enseñanza académica, porque, simplemente, no se juegan la piel. Según este autor, si las personas que deciden por otros sufrieran en carne propia y directa los resultados de esas decisiones, las leyes estarían mucho más cercanas a la realidad y, por ende, serían más eficaces para mejorarla.⁵ Toda esa tensión entre el poder ejercido por personas que ocupan momentáneamente un cargo en el Estado y la libertad de los ciudadanos, resulta más fácil de resolver en el ámbito societario porque la invocación de principios superiores sobre los cuales se asienta la convivencia digna del país no tiene ningún punto de contacto con la autonomía de la voluntad en la materia.

Es preciso en este punto delimitar el objeto de análisis: cuando hablamos de orden público societario en esta ponencia, sólo nos estamos refiriendo a la dinámica interna de las sociedades, es decir, a las relaciones entre socios, funcionarios y sociedades, sin tomar en consideración los intereses de terceros que son protegidos por otros subsistemas jurídicos como por ejemplo el derecho de consumo, laboral, tributario, sucesorio y de familia, entre otros, que tienen su propio debate sobre orden público.

Dentro de ese límite conceptual, el orden público societario tendría injerencia en dos aspectos: la autonomía de la voluntad de los socios para redactar los estatutos y las nulidades.⁶ Solo nos interesa a los efectos de este trabajo la potencial restricción a la autonomía de la voluntad en la SAS.

En un profundo artículo, Bakmas indicó cuál fue el origen del error en la creación de la doctrina de orden público societario: pensar nuestra realidad partiendo de la base de las grandes sociedades anónimas. Con cita de importantes autores, recordó que la sociedad anónima cotizante era el referente de la doctrina nacional y, por ende, permitía enlazar el orden público con la protección de los inversores que vuelcan sus ahorros a la bolsa de valores.⁷ Nada de ello tiene sentido cuando se trata de sociedades cerradas, que son más del 99% de las sociedades argentinas.⁸

Quienes sostienen la existencia de un orden público societario, como se dijo, introducen su propia cosmovisión del mundo o sus intereses -de manera consciente o inconsciente- asumiendo un mesiánico paternalismo en protección de terceros, normalmente los socios minoritarios.⁹ Por todos esos motivos considero improcedente la invocación del orden público como límite a la autonomía de la voluntad en cualquier tipo societario. Me refiero aquí al orden público en abstracto y no a las normas imperativas dictadas, supuestamente, sobre la base de ese orden público. Las normas imperativas deben ser respetadas, no por consagrar un orden público sin correlato en la realidad sino por haber sido dictadas con ese efecto concreto -la imperatividad- a través de un ejercicio momentáneo del poder por parte de algunas personas que así lo decidieron en función de sus propias creencias e intereses. Esa perspectiva no quita obligatoriedad a las normas inderogables, pero permite cuestionarlas con mayor facilidad que si estuviesen recubiertas bajo un halo de superioridad moral de la cual carecen.

Todo ello es aplicable, por supuesto, a la SAS. Pero en este último caso se debe agregar el espinoso asunto de la vigencia de las normas imperativas de la ley 19.550 a su respecto. En un trabajo previo sostuvimos junto a José D. Botteri, citando numerosos estudios de

⁵ Taleb, Nassim N., "¿Existe la suerte? Las trampas del azar", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2011; "El cisne negro", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2011; "Antifrágil", Ed. Paidós, Buenos Aires, 2013; y "Jugarse la piel", Ed. Paidós, Bs. As., 2019.

⁶ Bakmas, Iván. "Sociedades Anónimas y orden público. La normativa constitucional. Las sociedades cerradas", LA LEY 2001-F, 1448 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 95.

⁷ Bakmas, Iván. "Sociedades Anónimas y orden público", LL 2001-F, 1397 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 59. La cita que se comenta corresponde a Zaldivar-Manóvil-Rovira-San Millán: "Cuadernos de derecho societario", tomo II, segunda parte, páginas 13 y 41, puntos 34.4 y 35.5.3.5, respectivamente.

⁸ Coste, Diego: "Covid-19: Crisis, Pymes y Cooperativas", TR LALEY AR/DOC/2651/2020.

⁹ Es menester recordar aquí que la ponencia se circunscribe a la dinámica interna societaria y no trata acerca de la protección de acreedores, consumidores, empleados, cónyuges y/o cualquier tercero que pudiera verse perjudicado por decisiones sociales. Para esos casos existen otras normas protectoras cuya redacción actual también debe ser objeto de hondo debate.

economía conductista, que la racionalidad de los seres humanos es limitada y que no resulta posible argumentar que los socios conocen perfectamente lo que quieren al momento de redactar los estatutos o de ingresar a una sociedad.¹⁰

Argumentamos allí también que el problema de la racionalidad limitada de los socios es un *mal menor* frente al problema de la racionalidad limitada de los legisladores y de integrantes de órganos estatales quienes, además, no sufren en carne propia las consecuencias de las decisiones que toman respecto de terceros.

Sobre esas bases, concluimos que resultaba conveniente aplicar las normas imperativas de la ley 19.550 a las SAS porque, de lo contrario, los conflictos que podrían provocarse por las consecuencias indeseadas de esa racionalidad limitada serían resueltos mediante la aplicación de conceptos laxos como orden público, buena fe y abuso del derecho, con el riesgo de resultar más restrictivos a la autonomía de la voluntad que las propias normas imperativas que se pretendían desplazar.

Las experiencias intervencionistas de los últimos años, sobre todo las provenientes de la Inspección General de Justicia, confirmaron esos riesgos y nos obligan a modificar parcialmente o, mejor dicho, profundizar, aquellas conclusiones.

Tal como se sostuvo a lo largo de esta ponencia, nadie puede afirmar conocer con certeza lo que es el orden público. Y si bien los socios, en tanto seres humanos, pueden tener sesgos cognitivos en cuanto a sus intereses reales, tienen un mayor grado de certeza que los terceros acerca de cuáles son esos intereses.¹¹

Es por ello que considero prudente, como hipótesis, dejar la autonomía de la voluntad de la SAS en su máxima expresión y al margen de admoniciones de orden público y normas imperativas que no fueron dictadas para ese nuevo tipo societario. Desde el punto de vista legal no vemos obstáculo en virtud de la supletoriedad dispuesta por el artículo 33 de la ley 27.349. La ley 19.550 ofrece numerosos tipos societarios a los cuales proporciona normas imperativas protectoras de los socios y ello debería ser suficiente para quienes quieran recurrir a un mayor paternalismo estatal.

Todos sabemos que está mal violentar los derechos de terceros. Pero no podemos ponernos de acuerdo en el mejor modo de evitarlo.¹²

Si se pretende algún tipo de conocimiento científico sobre la realidad societaria, es preciso contrastar empíricamente las diversas hipótesis formuladas en doctrina y aguardar los resultados en el tiempo. Recién allí estarán, tal vez, dadas las condiciones para trabajar con seriedad en algún tipo de solución a los conflictos de intereses entre individuos y sociedad.

¹⁰ Coste, Diego – Botteri, José David: “Los límites de la autonomía de la voluntad en la sociedad por acciones simplificada”, LA LEY2019-A, 969 - Enfoques 2019 (abril), 23/04/2019, 82, TR LALEY AR/DOC/401/2019.

¹¹ Alguien podría referir el caso de los herederos de los socios que no participaron en la redacción de los estatutos. Sin embargo, los bienes integrantes del acervo ya tenían esas características al momento del fallecimiento del causante y como consecuencia de su propia actuación. Así como no se podría cuestionar el buen gusto o la ubicación de un inmueble bajo el pretexto de no ser convenientes a futuros heredero, no pareciera justificarse el mismo argumento respecto de la autonomía de la voluntad a la hora de redactar estatutos societarios.

¹² Chesterton, con su extraordinaria ironía escribió sobre el problema recurrente de las disciplinas sociales: “... aunque pueda haber dudas acerca del modo en que el cuerpo se descompone, no hay duda alguna respecto del modo de recomponerlo. Ningún médico propone crear un nuevo tipo de hombre, con una nueva colocación de los ojos y de los miembros. El hospital, si no le queda otro remedio, puede enviar a un hombre a su casa con una pierna menos, pero no le mandará en un ataque de creatividad con una pierna de más. La ciencia médica se contenta con el cuerpo humano normal y sólo trata de restaurarlo. Pero la ciencia social no está satisfecha en absoluto con el alma humana normal; tiene toda clase de almas de fantasía a la venta. El hombre, en cuanto idealista social dirá: “estoy harto de ser puritano, quiero ser pagano” o “más allá de este oscuro período de prueba del individualismo veo el brillante paraíso del colectivismo”. Pero en las enfermedades del cuerpo no hay ninguna de estas discrepancias sobre el ideal definitivo. El paciente puede querer quinina o no, pero sin duda quiere sanar. Nadie dice “estoy harto de este dolor de cabeza, ahora me apetece un dolor de muelas” o “lo único bueno para mejorar esta gripe rusa es un poco de sarampión alemán” o “a través de este oscuro período de catarro veo el brillante futuro del reumatismo”. Pero, precisamente, la gran dificultad en nuestros problemas públicos es que algunos hombres pretenden imponer remedios que otros hombres contemplarían como la peor de las enfermedades; ofrecen como estados de salud unas condiciones definitivas que otros llamarían de buena gana estados de enfermedad”. Chesterton, G. K., “Lo que está mal en el mundo”, p. 14, Ed. Acanalado, Barcelona, 2008.

GÉNERO Y ÓRGANOS SOCIETARIOS. HACIA UN CAMINO A LA IGUALDAD REAL

Norma A. Cristobal¹

SUMARIO

Contar o no con mecanismos obligatorios a efectos de conciliar la paridad dentro de los órganos societarios, esa es la cuestión. Están los que continúan debatiendo acerca de la pretensión de la autonomía de la voluntad propia de las organizaciones. Estamos los que consideramos la defensa de los preceptos constitucionales y convencionales, que motivan acciones para darles cumplimiento.

Teniendo en cuenta las bases de nuestro nuevo Código podemos inferir que siendo los tratados internacionales firmados por nuestro país piedras axiológicas, no hace falta que expresamente en cada punto del articulado, se haga referencia a los principios de equidad e igualdad y paridad de género, sino que ellos están omnicomprendidos dentro del mismo, y que, la reglamentación debiera seguir el mismo recorrido.

En esta línea la Comisión Nacional de Valores, en adelante CNV y la Inspección General de Justicia, en adelante IGJ, han dictado reglamentaciones sobre los sujetos jurídicos bajo su control, a los efectos de hacer cumplir las estipulaciones sobre igualdad de oportunidades y participación de las mujeres, en estos casos, en los distintos órganos sociales plurales.

Nada indica (la prueba es la realidad misma) que de no existir leyes y reglamentaciones se posibilitarían estructuras más o menos integrativas de los cambios en cualquier medio. Los procesos de cambio se incoan por la obligatoriedad.

1. Introducción

Desde la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, los Convenios Internacionales suscritos por nuestro país tienen el mismo rango constitucional.

Así, y sin querer profundizar, pero sí hacer un análisis de los derechos que hemos adquirido y su estatus haré un pequeño resumen.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 que establece la obligación de los estados a reconocer derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, garantías judiciales y a la prohibición de la esclavitud y servidumbres, sin discriminación por raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o extranjero, posición económica y condición social.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos firmados el 19 de diciembre de 1966 en relación principalmente a que “Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente pacto”.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la

¹ Master en Derecho de Integración Económica-USAL, Contadora Pública FCE-UBA, Profesora Asociada Actuación Profesional Judicial y en las Organizaciones y en Prevención del Lavado de Activos FCE UBA. Consejera Titular Consejo Profesional de Cs. Económicas CABA.

Mujer , conocido mundialmente por sus siglas en ingles CEDAW.

- Nuestra Constitución, además de lo ya indicado respecto de las convenciones, en el inciso 23 del art. 75 a cargo deja a cargo del Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos que hemos detallado ut supra.
- Además, en el año 1991, por Ley 24012 modifica el Código Nacional Electoral y se otorgó un piso obligatorio de cobertura de cargos electivos del 30% para las mujeres, que se elevó al 50% por la ley 27412 de 2017.
- La ley 26485 de Protección integral a las mujeres y la denominada “Ley Micaela” (Ley N° 27.499), de capacitación en género y violencia contra las mujeres completan este detalle.

Es decir, nuestra Constitución a través de su propia letra y a través de las Convenciones con rango constitucional otorga la base fértil a los distintos estratos de los Poderes y sus organismos de control para legislar y/o reglamentar sobre el particular dando cumplimiento al mandato supremo.

2. Disposiciones legales y reglamentarias

En comentario de los artículos 1 y 2 del CCyCN han dicho Marisa Herrera y Gustavo Caramelo: *“...el CCyC, que no solo ha tenido en cuenta a la Carta Magna y a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), sino también a un corpus iuris más extenso, al que se conoce bajo el nombre de “bloque de la constitucionalidad federal”, que es la principal fuente o “fuente de fuentes” del CCyC”...y la...”base o pilares constitucionales-convencionales..... constituyen instrumentos básicos para su interpretación desde una obligada perspectiva integral y armónica (art. 2° CCyC).”*²

Teniendo en cuenta las bases de nuestro nuevo Código podemos inferir que siendo los tratados internacionales firmados por nuestro país piedras axiológicas, no hace falta que expresamente en cada punto del articulado, se haga referencia a los principios de equidad e igualdad y paridad de género, sino que ellos están omnicomprendidos dentro del mismo, y que, la reglamentación debiera seguir el mismo recorrido.

En esta línea la Comisión Nacional de Valores, en adelante CNV y la Inspección General de Justicia, en adelante IGJ, han dictado reglamentaciones sobre los sujetos jurídicos bajo su control, a los efectos de hacer cumplir las estipulaciones sobre igualdad de oportunidades y participación de las mujeres, en estos casos, en los distintos órganos sociales plurales.

La CNV por caso dentro del Código de Gobierno Societario establece en las Orientaciones de la Práctica 13:

“El Directorio deberá activamente propiciar la conformación de un Directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional. La diversidad revela particularidades críticas que muchas veces faltan en grupos homogéneos donde generalmente existe el “pensamiento de grupo”, por ejemplo, la habilidad de liderar cambios, de utilizar diferentes inteligencias emocionales, o la voluntad de aprender sobre nuevas tendencias. En cuanto a diversidad de género, resulta de especial relevancia que la Compañía no solo considere la composición del Directorio sino la equidad en la remuneración de sus miembros y también la posibilidad de

² Código Civil y Comercial Comentado. Marisa Herrera -Gustavo Caramelo -Sebastián Picasso. Directores. Infojus. 2015.

que mujeres tengan acceso a puestos de liderazgo en el Directorio, tales como la Presidencia del órgano o algunos de sus comités. La transparencia y divulgación en materia de diversidad en el Directorio es un elemento importante para los inversores y muestra la profesionalización del órgano (Práctica 25). La diversidad de género en el Directorio expande la base de talentos disponibles para poder mantener actualizado y profesionalizado su funcionamiento”

En relación a las Orientaciones a la Práctica 15 sobre remuneraciones avanza en la siguiente línea: *“El Directorio deberá garantizar que las decisiones en materia de remuneraciones sean tomadas de forma objetiva, independiente y considerando la equidad de género.”*

Además de propiciar la divulgación e información a elevar a la CNV acerca del cumplimiento de tales recomendaciones y establecer los desvíos de las mismas debidamente fundados. Es decir, trata de romper el denominado “techo de cristal” con el que se encuentran las mujeres dentro de las grandes corporaciones y que no tiene nada que ver con su capacidad. Y en relación a las remuneraciones u honorarios intenta remediar la diferencia que aún se observa dentro del mercado laboral al momento de cotizar dichas retribuciones de igual cargo en relación al género: la ejecutiva mujer cobra en promedio un 30% menos.

Así en el año 2020 la IGJ a través de las Resoluciones Generales 34 y 35, y su ratificatoria 12/2021 vienen a completar esta perspectiva en los entes que no se encuentran bajo la tutela de la CNV.

Lo establecido por las Resoluciones de marras se resume en lo siguiente

“...las asociaciones civiles en proceso de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario; las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley N° 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705) deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos...”

Es decir: no se incorporan todos los entes en las resoluciones, sino aquellos especialmente previstos en tanto cuenten con órganos de conformación plural.

Luego existen aclaraciones y especificaciones sobre solicitudes de excepciones, soluciones previstas en la conformación de los órganos en número impar y otras formalidades que no disminuyen el poder de la pretensión. Ejemplo de ello es la Resolución 42/2020 que lleva adelante aclaraciones acerca de la aplicación de la temática género para aquellas entidades inscriptas ante el Registro Nacional de Cultos o ante el Registro de Institutos de Vida Consagrada.

La IGJ ha otorgado excepciones a la regla, luego de su análisis y en situaciones especialmente fundadas por el requirente.

En lo personal celebramos la llegada de este tipo de resoluciones dado que de no contar con regulaciones no se ha visto voluntad generalizada de cumplir perspectivas de género y diversidad en los puestos de gestión de los entes, si no es mediante la aplicación de regímenes de cierta obligatoriedad.

En nuestra jurisdicción el tema fue objeto de innumerables debates y algunas empresas obtuvieron medidas judiciales para no aplicar dichas resoluciones. Esto no hace más que ratificar que los cambios que se vienen logrando en las leyes y convenciones, aún encuentran en la práctica, escollos para lograr calar profundo en la sociedad como un derecho adquirido.

3. Información real: los números hablan por sí solos

Desde hace unos años la CNV³ viene llevando adelante informes anuales sobre la participación de las mujeres en el mercado de capitales.

En el del año 2022⁴ referido a guarismos del año 2021 surgen los siguientes datos a tener en cuenta:

- Las mujeres ocuparon un 14.3% de cargos en los Directorios de las empresas que cotizan en Bolsa (nominalmente: 273 sobre 1.915 cargos ejecutivos)
- El 68.8% de las empresas no tiene ni un cargo ocupado por mujeres en su Directorio.
- En los cargos más altos existen sólo 6 Presidentas y 12 Vicepresidentas mujeres.

Estos son sólo algunas de las estadísticas que exterioriza el informe, que es extenso y muy detallado con información comparativa entre países. Y si bien vemos una leve tendencia positiva desde que comenzaron a relevarse estos datos, estamos muy lejos de la paridad.

En relación a otras empresas y organizaciones podemos dar algunos datos concretos:

CÁMARA ARGENTINA DE COMERCIO Y SERVICIOS -CAC⁵: que se encuentra integrada por diversas organizaciones comerciales y de servicios muy reconocidos, consta de 13 cargos directivos titulares de los cuales solo 1 es ocupado por una mujer (protesorera) y dentro de sus muchas comisiones no existe ningún área dedicada a Género según consta en su Memoria anual 2021⁶ de la que también pudimos observar alguna actividad conmemorativa por el Mes de la Mujer⁷ pero que no conlleva acciones directas hacia una mejora en la representatividad o desempeño de las mujeres o discusiones sobre el particular dentro del seno de la Cámara.

La ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES EMPRESARIAS AIME es miembro de la CAC, y en la referida memoria ésta expresa que *“es la rama femenina de la CAC”*⁸. Sin embargo AIME es un ente autónomo, propicia acciones separadamente de aquella y que según expresan en su presentación⁹: *“...”Nuestro foco está puesto en la mujer empresaria PYME y la emprendedora que reclama un ámbito dentro del cual pueda potenciar desde su propia identidad sus capacidades en lo laboral, sin por ello descuidar lo familiar.*¹⁰ CAMARA DE SOCIEDADES (en CABA): Sobre 8 cargos directivos titulares, sólo 1 es ocupado por una mujer (Prosecretaria) y del Consejo de Representantes (de las entidades socias) de 35 cargos sólo 7 corresponden al género femenino.

Podemos continuar citando más estadísticas, cuadros y comparaciones, pero nos vamos a detener aquí en razón del cumplimiento de la extensión que se han determinado para los trabajos. Creemos que lo expuesto es bastante representativo de lo que queremos expresar.

³ Se recomienda visitar la página con información de CNV: <https://www.argentina.gob.ar/cnv/finanzas-sostenibles/gobierno-corporativo-cnv>

⁴ Informe completo en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sobre_composicion_de_directorios_2022_sw.pdf

⁵ Fuente: https://cac.com.ar/institucional/Consejo_Directivo_2022_39

⁶ https://cac.com.ar/noticia/Memoria_CAC_2021_12977/Doc:MEMORIA_AÑO_2021/20220503_182707_188dd3.pdf

⁷ En la Videoconferencia sobre el particular el Sr. Presidente Natalio Mario Grinman sostuvo: “Deberían ser cada vez más las mujeres que lleven adelante empresas porque tienen una enorme capacidad. El camino es el mérito y lo voy a nombrar todas las veces que sea necesarias”. Nuevamente el mérito como significación vacía de contenido.

⁸ Dejo a criterio de lectores y lectoras esta frase.

⁹ <https://aime.org.ar/nosotras/>

¹⁰ Mi crítica a esta afirmación es que no deberían decir sobre las mujeres... “sin descuidar lo familiar”, pues estaría infiriendo a un pedido de permiso o alguna suerte de “perdón” por dedicarse a ello y sinceramente no hemos visto ninguna otra agrupación de cualquier índole que aclare tal cosa.

4. Conclusiones

Contar o no con mecanismos obligatorios a efectos de conciliar la paridad dentro de los órganos societarios, esa es la cuestión. Están los que continúan debatiendo acerca de la pretensión de la autonomía de la voluntad propia de las organizaciones. Estamos los que consideramos la defensa de los preceptos constitucionales y convencionales, que motivan acciones para darles cumplimiento.

En un ensayo llevado adelante por la experta Patricia Aragon Sanchez¹¹ una de sus conclusiones fue que las organizaciones que presentan mejores resultados son aquellas que están obligadas por la legislación a cumplir con ciertos requisitos que colocan la cuestión de género dentro de las prioridades en la gestión de personas.

Nada indica (la prueba es la realidad misma) que de no existir leyes y reglamentaciones se posibilitarían estructuras más o menos integrativas de los cambios en cualquier medio. Los procesos de cambio se incoan por la obligatoriedad.

Por eso venimos hoy ante este foro a efectos de poner en primer plano, que más allá de los mecanismos de “biblioteca”, nos debemos doctrina que propicie el cambio real hacia la igualdad de derechos de las mujeres (entre otras mal denominadas minorías). En lugar de poner la mirada en el disenso con las medidas que se puedan diseñar en uno u otro organismo, debemos propiciar modificaciones positivas, aunando criterios a fin de mejorarlas a través de los debates y discusiones.

Un paso más federal, sería que, jurisdiccionalmente, se propendiera a ello a través de regulaciones locales en el mismo sentido que se lo ha mencionado con CNV o IGJ.

“La cuestión no es que las mujeres simplemente tomen el poder de las manos de los hombres, ya que eso no cambiaría nada sobre el mundo. Se trata precisamente de destruir esa noción de poder”.

Simone de Beauvoir

¹¹ Aragon Sanchez, Patricia, Consultora y formadora RSC, Igualdad y Gestión Diversidad. “La Perspectiva de Género en la Responsabilidad Social Corporativa”, Agora, 2016.

METODOLOGÍA DEL DERECHO (SOCIETARIO)

Rodrigo Cuervo

SUMARIO:

El paradigma institucional es uno de los tantos síntomas de un problema mucho más profundo que afecta la praxis de nuestro derecho societario, el reduccionismo positivista, posición epistemológica y jurídica que ya no puede ser sostenida.

“Como la materia de las diversas ciencias no son un diverso mundo, sino un diverso aspecto del único mundo al cual debemos limitar nuestro trabajo, porque somos pequeños, y el mundo es inmenso, así los resultados de ese trabajo no son diversos sino porque son las diversas caras de un prisma único”.

Metodología del Derecho, Francesco Carnelutti

1. El “paradigma institucional” como parte del reduccionismo epistemológico

El título de este congreso, “Hacia un nuevo derecho societario: libertad bajo responsabilidad”, expone el foco del debate de los últimos años en nuestra materia, relativo al lugar de la autonomía de la voluntad en el derecho de sociedades, reconfigurado a partir de las leyes 26.996 y 27.349.

Aunque acertado, entiendo que el ámbito de este debate se nos queda corto y que no podremos abordar acabadamente la cuestión planteada –ni obtener los frutos esperados– sin comprender que el problema de los alcances de la libertad en nuestro derecho societario es solo un síntoma de un profundo problema iusfilosófico a cuyas implicancias he referido en otras oportunidades¹, y que aflora en este y en otros tantos escollos prácticos de nuestra materia. Efectivamente, el “paradigma institucional” del derecho de sociedades y su “modelo de imperatividad de fondo” que tan bien describió Paz-Ares, responde –en palabras del propio autor– a un “problema epistemológico más que filológico”: una mirada racionalista, simplificada, fragmentada y mecánica del cosmos, reflejada en nuestra materia en las famosas consideraciones de Ripert sobre la sociedad anónima, como una “maravillosa máquina jurídica” creada por el legislador y los científicos, cuyos planos han concedido graciosamente al pueblo para satisfacer sus intereses en la era industrial, planos que no pueden ser alterados por las partes ni por el juez².

Este problema, a cuyas algunas de sus aristas refirió el maestro español en su trabajo, es el reduccionismo epistemológico del positivismo jurídico³, el cual reinó desde mediados

¹ CUERVO, Rodrigo, “¿Es trivial el derecho societario? Razones para la disolución por voluntad de una minoría”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 290, Abeledo Perrot, 2018 (en relación al problema de la autonomía de la voluntad); “Del dogma al principio en la responsabilidad de los administradores societarios: el caso de la responsabilidad objetiva por las obligaciones fiscales”, Revista de Derecho de Daños, 2017 (2), (en relación al problema de la responsabilidad de los administradores); “El ‘efecto SAS’ como el ACV de las máquinas jurídicas: ¿triunfará la IGJ y su Matrix recargado?”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 305, Noviembre y Diciembre 2020 (en relación al problema de coherencia en el sistema societario).

² PAZ-ARES, Cándido, ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL), op. cit., pp. 161 a 205.

³ El reduccionismo, en realidad, es algo propio de toda forma de positivismo científico, en tanto intentar consiste en un abordaje epistemológico que explica los fenómenos de determinadas esferas del saber científico a través de los parámetros y formulaciones de otras ciencias de niveles más sencillos de complejidad.

del siglo XIX⁴, hizo cumbre con Kelsen y Hart, y comenzó a declinar con Dworkin y sus múltiples líneas de seguidores. Bajo esta perspectiva, el derecho queda *reducido* a (“no es más que”) normas y, sobre todo, aquellas normas del ordenamiento jurídico que regulan el ámbito de la realidad en el cual cae el caso que tiene el abogado o el juez bajo su análisis: “derecho societario”, “derecho de daños”, “derecho de los contratos”, etc.

En resumidísimas cuentas, el positivismo normativista parte de entender que la premisa mayor del silogismo del juez –la premisa normativa- es de sencilla determinación: es la norma jurídica que previó el legislador (o la dogmática, etc., según la escuela) para el género de casos que debe resolverse. El trabajo del magistrado queda así limitado a la aplicación de dicha norma mediante un sencillo mecanismo deductivo, como quien ejercita una operación matemática.

La visión del ordenamiento que se construye a partir de dicho reduccionismo normativista, es la resultante jurídica de la geometría deductiva de Euclides⁵: una perfecta pirámide de normas (Kelsen) y/o conceptos dogmáticos (Puchta) que se deducen vertical y “genealógicamente” unos de otros, desde la cima –en la que se encuentra la constitución o los conceptos axiomáticos- hasta su base, recorriendo lateralmente familias de perfectos conjuntos normativos dedicados a cada materia, *fragmentados* como pirámides menores encapsuladas en la pirámide mayor. En su versión más pura, de la que aún no nos hemos terminado de liberar, este perfecto ordenamiento normativo goza de plena completitud (carece de lagunas), coherencia (sus soluciones no son contradictorias), independencia (no tiene redundancias), precisión (carece de vaguedades semánticas), y justicia (es acorde a los valores fundamentales de la sociedad, si es que ello en algún punto preocupa al positivista).

Lógicamente, esta visión se replica en nuestro derecho de sociedades, una perfecta pirámide más de la cual inconscientemente predicamos –en mayor o menor medida- todos los atributos de este ordenamiento normativo iluminista. Consiguientemente, la premisa mayor de todo problema *conceptualizado* como de derecho societario⁶, estará claramente fijada por el ordenamiento societario y debe ser aplicada deductivamente por el juez, por ejemplo:

- *Premisa mayor*: la publicación edictal de la convocatoria es necesaria y *suficiente* para dar a conocer válidamente la asamblea a los accionistas (art. 237, LGS).
- *Premisa menor*: asamblea de sociedad de dos socios que son hermanos y trabajan juntos todos los días, el hermano director convoca únicamente mediante publicación edictal.
- *Conclusión*: asamblea válida (rechazo de la acción de nulidad).

Como se ve, la habitual reducción del derecho aplicable al derecho de la materia regulada, es una mera consecuencia lógica de las propiedades del sistema general: si las normas de derecho son completas y coherentes para resolver un problema de derecho, pues las normas del derecho *societario* –que prevén soluciones a los problemas *societarios*- gozan

⁴ El tipo de reduccionismo epistemológico al que refiero en esta ponencia es el propio de las corrientes normativistas del positivismo (desde la exégesis, la pandectística alemana, la teoría pura del derecho, etc.), en tanto es el tipo de reduccionismo del que padecemos en nuestro sistema de derecho romanista. Ello no implica que otras corrientes que son a veces consideradas positivistas no tengan un corte reduccionista, como es el caso del realismo jurídico, que muchas veces considera que el derecho “no es más que” lo que dicen los jueces; no las consideramos aquí puesto que dicho reduccionismo es más propio de los sistemas del common law. Cfr. BOTERO-BERNAL, Andrés, “El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX”, en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 1, p. 105, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>.

⁵ Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Sistemas Normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas”, Astrea, Buenos Aires, 2017, 2ª Edición Revisada, 2ª Reimpresión, pp. 70 y ss.

⁶ En este punto, desde una visión no positivista, son interesantes algunas reflexiones sobre el papel de los conceptos jurídicos y las ramas del derechos, en LARIGUET, Guillermo, “Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas”, Anuario de filosofía del derecho, N° 23, 2006, pp. 383-404, disponible en Dialnet.

de dichas características, y son autosuficientes. La pretendida “autonomía del derecho comercial” (o autonomía de cualquier tipo de sistema, incluido el derecho como sistema de solución de conflictos), se basa en este reduccionismo.

Pues bien, ha sido justamente esta epistemología reduccionista la que permitió la creación del “paradigma institucional” en nuestra materia, ya que una vez que las conocidas razones históricas infectaron el derecho de sociedades con los principios publicistas de la sociedad anónima decimonónica, el hermetismo positivista los encapsuló en los impenetrables muros del sistema. La infección sencillamente no hubiera prosperado si el sistema societario se hubiera oxigenado en el entendimiento de que las normas societarias nunca fueron ni completas ni -mucho menos- coherentes con los principios de la autonomía de la voluntad, buena fe, etc., que inspiran el sistema de los contratos, las obligaciones y al resto del sistema de derecho privado. Esto fue algo que los italianos pudieron advertir de forma más temprana gracias a la sencilla herramienta técnica (y editorial) de la incorporación del derecho de sociedades al *Codice Civile*⁷.

En nuestro país, este problema fue siempre advertido por Sergio Le Pera, quien con motivo de los proyectos de unificación explicó que, “separado del sistema de Derecho Privado y encerrado en una cápsula propia, el derecho de sociedades corre el riesgo de ser lentamente penetrado por el Derecho Público y convertirse en derecho administrativo, en una colección de reglas sobre el ejercicio del poder de policía, y en derecho fundamentalmente represivo. La reinscripción le ayudará a mantener o recuperar las notas de libertad y creación”⁸.

2. Evolución, complejidad, fractalidad e integridad

En 1202 Leonardo de Pisa (más conocido como Fibonacci), publicó su *Liber Abaci*, una obra por la cual introduciría a Europa el sistema alfanumérico aprendido por el matemático en los pueblos arábigos del norte de África⁹. En esta obra, el autor describe un curioso problema matemático del que ya se habían ocupado las civilizaciones orientales un milenio antes: partiendo de una pareja de conejos, ¿cuántas parejas de conejos obtendremos luego de 12 meses, sabiendo que cada pareja al mes tiene una nueva pareja de bebés, la cual no tendrá conejos hasta transcurridos dos meses de nacer?

Fibonacci mostró que el primer tendremos 1 pareja (la original), el segundo mes tendremos también 1 pareja (puesto que todavía no han dado a luz), el tercer mes 2 parejas (los padres y sus primer par de hijos), el cuarto 3 (un segundo par de hermanos, puesto que los primeros hijos no pueden todavía procrear), el quinto 5 parejas (porque procrean tanto los padres como el primer par de hijos), el sexto 8, el séptimo 13, el octavo 21, hasta llegar a 144 parejas de conejos a los 12 meses.

La secuencia resultante de la procreación de los conejos, conocida como “sucesión de Fibonacci”, es 1, 1, 2, 3, 5, 8, 13, 21, 34, 55, 89, 144, 233, 377... Lo que descubrieron los matemáticos y naturalistas posteriores, fue que esta evolución geométrica de números esconde varios secretos.

⁷ Cfr. GALGANO, Francesco, “El concepto de persona jurídica”, en Revista de Derecho del Estado, N° 16, Junio 2004, Trad. Paola Spada, pp. 23 y ss.; cfr. ASCARELLI, Tulio, “Naturaleza y posición del derecho comercial”, La Ley 52, 928 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo I, DCCyE 2013 (abril), TR La Ley AR/DOC/2692/2009, pp. 8 a 11.

⁸ LE PERA, Sergio, “Estatuto del comerciante, persona jurídica y sociedad en la Ley de Unificación”, La Ley 0021/000410, p. 8).

⁹ Curiosamente, su fama no llegaría hasta nuestros días por aquella importante tarea, ya que la gente siguió utilizando los números romanos para las matemáticas diarias hasta entrado el siglo XVI, ya que los intelectuales de la época creyeron que con ellos las personas estarían más expuestas al fraude (cualquier semejanza con la IGJ es pura coincidencia).

Primero, que la suma de cada número, es la resultante de la suma de los dos números anteriores: $1=0+1$, $2=1+1$, $3=1+2$, $5=2+3$, $8=3+5$, etc. La segunda, es que la sucesión formada por los cocientes (resultados de la división) de dos números de Fibonacci consecutivos converge rápidamente hacia 1,618033, un número “infinito e irrepetible” bautizado por Euclides como (Fi) o razón áurea –de oro- el cual fanatizó siempre a los griegos y renacentistas por su perfección, pues se encontraba presente en las obras más bellas del hombre y la naturaleza, como parte de una “geometría divina”.

Efectivamente, sabemos hoy que la sucesión de Fibonacci y la razón áurea se encuentran presentes en los espirales que conforman las galaxias, en la distancia promedio entre los planetas de nuestro sistema solar, en la estructura de los huracanes, en el patrón de desarrollo de los rayos y de los árboles, la curva del diente de un elefante, de la caparazón de los moluscos cefalópodos o el centro de un girasol. De hecho, las flores normalmente tienen 3 pétalos, 5, 8, 13, 21, 34, 55 u 89^{10} , y rara vez tienen un número de pétalos fuera de la sucesión de Fibonacci¹¹. La razón áurea está presente en nuestro sistema nervioso, en la estructura de nuestros pulmones (idénticas a un árbol), en las proporciones de los huesos de nuestras manos, la altura de nuestro cuerpo con centro en el ombligo, o en la estructura de nuestras redes neuronales (abrumadoramente similares a las galaxias).

Son principios matemáticos de los cuales los seres humanos no somos ajenos, ni individual ni colectivamente en nuestras más diversas formas de cultura: ellos se encuentran presentes en el Partenón, en las pirámides, en las obras de Da Vinci y en la Quinta Sinfonía de Beethoven. Tampoco sorprenderá que la sucesión de Fibonacci se utilice en la computación, en la agricultura de precisión, o que sea uno de las principales herramientas matemáticas del análisis técnico bursátil para predecir el avance y retroceso de precios de los mercados (o “tirar un Fibo”, como refieren los *traders*).

El propio desarrollo de la vida y de la especie humana responde al mismo patrón, el gran “Árbol de la Vida” al que refirió Charles Darwin¹², en el cual las formas básicas de vida del tronco evolucionan ramificadamente en géneros que vuelven a ramificarse sucesivamente bajo el mismo patrón. Lejos de cuanto se piensa, Darwin vino a demostrar que, sobre el final de la creación, el hombre cobró vida –literalmente- con un soplo sobre el “polvo del suelo” (Génesis, 2, 7)¹³.

Lo que sucede en definitiva es que, al igual que muchas otras, la sucesión de Fibonacci y la razón áurea reflejan un patrón de crecimiento y evolución literalmente *universal*, un hermoso principio de orden en un caos aparente. Efectivamente, lo que los científicos de las más diversas disciplinas descubrieron en el siglo XX, es que esta “Geometría Divina” de la realidad es, a diferencia de la geometría de Euclides, una geometría “fractal”¹⁴: patrones cuya estructura básica, aparentemente irregular, se repiten en diferentes escalas hasta el infinito¹⁵, conforman-

¹⁰ Los girasoles tienen 34, 55 u 89 pétalos, y sus espirales internas tienen igual cantidad de números crecientes en cada sentido, hasta llegar a 144. Idénticos números tienen los espirales de las piñas, entre otras tantas formas de la naturaleza.

¹¹ Por eso es tan difícil encontrar un trébol de 4 hojas.

¹² “Las afinidades de todos los seres de la misma clase a veces han sido representadas por un gran árbol. Creo que este símil dice en gran medida la verdad” dirá Darwin en “El Origen de las Especies”.

¹³ Pese al agnosticismo posterior, al escribir su obra maestra Darwin –que estudió Teología en Cambridge- creía en Dios.

¹⁴ El concepto de geometría fractal surge de la obra “Geometría Fractal de la Naturaleza” publicada por el matemático Benoit Mandelbrot en 1982, quien descubrió el patrón en las interferencias que sufrirán las computadoras de IBM, empresa para la cual trabajaba (curiosamente, el Conjunto de Mandelbrot también refleja la sucesión de Fibonacci).

¹⁵ En su famoso artículo “¿Cuánto mide la costa de Gran Bretaña?” Mandelbrot explicó por primera vez la fractalidad en base a esta característica de fraccionamiento hasta el infinito: medida desde un bote, dará una determinada longitud; sin embargo, la longitud será mayor si usamos una regla de 1 metro, pero como hay recovecos inferiores al metro, dicho resultado será una mera aproximación. Si la

do conjuntos auto similares¹⁶ extremadamente complejos y superficialmente caóticos, pero inervados por principios que se encuentran en todo el conjunto¹⁷ y que lo dotan de integridad, orden y previsibilidad, tal y como ocurre con el número ¹⁸.

3. Una mirada del derecho (también societario) desde la complejidad

Pareciera que el ordenamiento jurídico, como manifestación cultural, se ha desarrollado y evolucionado sobre los mismos principios de complejidad fractal, a imagen y semejanza de la evolución del ser humano: como un árbol que afloró en formas normativas primitivas, destinadas a regular las básicas necesidades de las sociedades primigenias y que, en sus sucesivas mutaciones, se especializaron y ramificaron para apuntalar los diversos desarrollos de la humanidad, sobreviviendo generación tras generación (por sección natural) las normas que más favorecieron la supervivencia del hombre en su complejidad axiológica, social, política, económica, científica y cultural¹⁹.

Esto es pura especulación, pero intuía que el matemático y politólogo Robert Axelrod puede haber estado muy cerca de descubrir cómo podría haber lucido la primera norma de la humanidad, algo así como: “trata a los demás como te gustaría que te traten, pero si traiciona tu confianza, castígalo una sola vez”²⁰. Esta parece haber sido una conducta social evolutivamente estable, es decir, que sirvió a la supervivencia del ser humano y que se generalizó, transformada prontamente en costumbre obligatoria que se incluyó en todas

regla fuera de un centímetro, la longitud resultaría infinitamente superior a la anterior, pero sería aún mayor si la regla fuera aún más chica. En teoría, siempre existiría una unidad de medida tan pequeña como queramos, y si la escala que escogemos es infinitesimal, la longitud de la costa de Bretaña será, matemáticamente, “infinita”.

¹⁶ Cada parte es una réplica más o menos similar de la parte en la cual se encuentra comprendida, copias de sí mismo dentro de sí mismo. Tal y como se ha referido, ello ocurre en todo el cuerpo humano, en las nubes, los rayos, los copos de nieve, los árboles y en la bolsa de valores: el patrón de precio que se presenta en los gráficos de temporalidad de 4 horas, se replica en temporalidad diaria, en temporalidad semanal, mensual, etc., lo cual sirve para predecir tendencias de precios (indicador fractal de Bill Williams, entre otros). El principio es, verdaderamente, universal: la tierra rota sobre su eje a 1.666 km/h, la luna orbita la tierra a unos 3.600 km/h, la tierra orbita el sol a unos 110.000 km/h, el sol orbita el centro de la Vía Láctea a unos 800.000 km/h, la Vía Láctea y el resto de las que están el supercúmulo Laniakea corren a través del espacio a unos 2.000.000 km/h (y eso solo de lo que conocemos hoy).

¹⁷ Una de las primeras cosas que llamó a la atención de Darwin, es que las ballenas, los topos, los caballos, los murciélagos y los humanos, entre otras especies, presentaban el mismo patrón óseo en sus manos, aletas o alas, lo que le sugirió la teoría del ancestro común. Erasmo Darwin, el abuelo de Charles y médico pionero en evolucionismo, ya había observado que los fetos de pocas semanas de especies sumamente diversas eran prácticamente indistinguibles.

¹⁸ La sucesión de Fibonacci es fractal y auto similar, ya que cada número se compone de la suma de los dos anteriores.

¹⁹ Pareciera que la “jurisprudencia de intereses” fundada por Ihering en reacción al racionalismo pandectista, fue claramente influenciada por Darwin y, de hecho, “El Origen de las especies” fue publicado en Inglaterra -¿casualmente?- dos años antes de que el gigante alemán publicara la primera de sus “cartas confidenciales” en las que dará paso a su visión sociológica y evolutiva del derecho. De hecho, partiendo desde la metafísica de la causa fin, en la tercer página de “El fin en el Derecho”, Ihering ya refiere a la ley de la finalidad en los animales, su papel en la evolución y la supervivencia, y de cómo la ley de la finalidad (el interés) se presenta en el hombre, y el modo en el que ese interés individual y egoísta sirve a la evolución del conjunto social, por lo que debe ser protegido; cfr. VON IHERING, Rudolph, “El fin en el Derecho (Zweck in Recht)”, traducido por Leonardo Rodríguez, B. Rodríguez Serra Editor, Madrid, 1911, pp. 22 y ss. Para Ihering toda norma no es más que el medio (elemento formal, instrumental) necesario para la consecución del fin perseguido (elemento sustancial); cfr. VON IHERING, Rudolph, “La lucha por el Derecho”, traducido por Adolfo Posada, Biblioteca Virtual Universal, nota al pie N° 4.

²⁰ Mediante experimentos de simulaciones computacionales de teoría de juegos iterados, este matemático estudió en profundidad las estrategias colaborativas mediante la aplicación del concepto de “Estrategia Evolutivamente Estable” (EEE) del neodarwinista John Maynard Smith, en campos tan diversos como la genética, la economía y el derecho. El concepto elemental de Smith parte de que cada individuo intenta obtener su mayor beneficio, pero su estrategia de conducta depende de las estrategias de los demás (hasta aquí, teoría de juegos); una EEE es aquella estrategia de conducta que da resultados eficientes inclusive al competir contra sí misma, por lo que en las sucesivas “jugadas” se va haciendo más numerosa en el acervo de estrategias (por imitación, o porque las estrategias contrarias perecen) y que una vez adoptada por la mayoría de la población, ella es “estable” porque no puede ser mejorada (justamente porque tiene buenos resultados contra sí misma). En sucesivos experimentos Robert Axelrod verificó que la mejor estrategia (la EEE) en el desenvolvimiento genético o social, es la llamada “toma y daca”, que consiste en iniciar colaborando (cumpliendo, haciendo algo por el bien del otro), y luego copiar lo que el otro haga: si colabora yo colaboro, si no colabora yo no colaboro (castigo por única vez), cfr. AXELROD, Robert, “The evolution of cooperation”, Edición Revisada, Basic Books, Cambridge, 2006. El autor luego desarrolló experimentalmente una verdadera “aproximación evolucionista de las normas”; cfr. AXELROD, Robert, “La complejidad de la cooperación” (Traducción de Ariel Dylon), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003, particularmente pp. 63 y ss.

las religiones antiguas, y que inclusive permaneció inalterada en fragmentos de los ordenamientos arcaicos (como la ley del talión).

Podría ser que esta norma básica se fuera luego especializando en normas generales un poco más precisas, y quizás una muestra de aquellas primeras ramificaciones subsistiera en la famosa tríada de *principios* del derecho romano: “vivir honestamente”, “dar a cada uno lo suyo”, “no dañar a otro”. Los ordenamientos jurídicos más antiguos conocidos, como el Código de Ur-Nammu y de Hammurabi (siglo XXI a. C., últimos capítulos de la humanidad en términos evolutivos), presentan ramificaciones importantes con normas sobre los aspectos ya desarrollados en las sociedades de la época: religión, familia y sucesiones, estructura social, derecho penal, derecho agrario y procesal.

En el siglo V a. C., las XII Tablas todavía mostraban esta estructura elemental aunque con mayor especialización, sobre todo en el derecho económico. Sin embargo, es sabido que los romanos ni siquiera zanjaron diferencias entre los derechos reales y personales (la cual es delgadísima²¹) y por ello tampoco diferenciaron en mucho al contrato de *societas* del condominio, tanto que aplicaban al segundo las reglas del primero, sin que ello les complicara su evolución económica o normativa.

En otra oportunidad he referido con detalle a las mutaciones sucesivamente operadas en una confluencia de lo que luego llamaríamos derechos personales y reales, y de la cual surgió el derecho societario actual junto a otros sistemas de patrimonios comunes, como una gran *rama* del derecho desarrollada en el centro de las dos ramas mayores e insuflada por su misma sabia²². En mi segunda ponencia expongo cómo, a mi entender, evolucionó a la par el concepto de sociedad.

Este derecho evolutivo desarrollado en acompañamiento de las diversas culturas, derivó en cuatro o cinco grandes géneros de sistemas jurídicos (romano germánico, *common law*, islámico, nórdico, etc.) cuyos ejemplares las naciones han sembrado, cultivado y podado adaptándose a las necesidades propias de su ambiente axiológico, social, político, económico, etc. Desde esta mirada, el ordenamiento en nada parece a aquella pirámide reduccionista. Cada ordenamiento luce más bien como un árbol complejísimo y único de normas cuyo tronco constitucional emerge del “polvo del suelo”²³, y que se desarrolla por, para y a través de su ambiente social y cultural, del cual forma parte y gracias al cual subsiste. Este desarrollo es fractal, aparentemente desordenado y caótico, y responde a una lógica reproductiva de auto similaridad en la que cada *rama* se replica parcialmente en sus ramas internas (y estas en las suyas) en base a una estructura recursiva de principios/reglas generales/especiales; es un todo incompleto y redundante que se desarrolla vitalmente, en el que normas antiguas conviven con nuevas nacidas a la luz del presente²⁴, en una sucesión que –como dijo Carnelutti– “se multiplica y ramifica hasta el infinito”²⁵.

Pese a esta infinita y caótica multiplicidad, la fractalidad del ordenamiento lo dota a su vez

²¹ PERALTA MARISCAL, Leopoldo L., “Sistema de derechos reales: Numerus apertus y numerus clausus”, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 73 y ss.

²² He planteado en detalle una versión histórica del derecho societario desde esta perspectiva evolucionista en CUERVO, Rodrigo, “El ‘efecto SAS’...”, op. cit. Un tipo de normas que jamás han sobrevivido el filo de la selección natural en una economía de mercado son, por ejemplo, las de control de precios; algo similar podría predicarse de las normas de robustecimiento en el control societario: no sobreviven, simplemente, porque no cumplen ninguna función útil.

²³ En esta imagen, lejos de trazar vectores que delimitan con claridad los límites del ordenamiento, las Constituciones son una suerte de reconfiguración permanente de aquellas normas primigenias que informan con gran generalidad los patrones y criterios de reproducción y supervivencia del árbol jurídico, en base al pulso de las exigencias del ambiente social.

²⁴ Esta idea la desarrolla magistralmente ASCARELLI, Tulio, op. cit.

²⁵ CARNELUTTI, “Metodología del Derecho”, traducción de S. Sentís Melendo, Ed. El Foro, Bs. As, 2006, p. 125.

de integridad, coherencia, orden y suficiente previsibilidad, en razón de los principios que inervan todo el conjunto y que, inevitablemente, conectan al árbol del derecho con todo el universo (cultural y físico) del cual es solo una fracción más. Nada puede ser entendido desconectado del conjunto.

4. Metodología del Derecho (también societario)

Pues bien, independientemente de que esta visión fractal del derecho sea compartida o no, lo cierto es que desde la mitad del siglo XX, la metodología del derecho ha virado sustancialmente a una mirada amplia desde la complejidad. Abandonado el positivismo, el derecho es concebido como un todo integral, conectado inevitablemente a la moral, la sociología, la economía, etc.

A esta concepción responde, por ejemplo, el “derecho como integridad” de Dworkin, en la cual juez brinda solo una “prioridad local” a las normas de la materia que prevé la regla en la que encuadra el caso (vgr., derecho de sociedades), debiendo contrastar la coherencia de la misma con los principios cada vez más generales que comprenden a dicha materia, “en una serie de círculos concéntricos” que, en casos difíciles, inevitablemente culminan en el ámbito de los principios morales²⁶.

Esta es, justamente, la metodología que impone positivamente al juez la tríada inicial del CCCN, en cuanto le impone resolver los casos mediante la articulación razonable (art. 3, CCCN) de las reglas, los principios y los valores de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 1 y 2, CCCN). El método jurídico de solución de casos se vuelve así mucho más honesto y transparente²⁷: es sencillo ahora entender por qué el método exige *reconstruir*²⁸ la premisa mayor del silogismo judicial para el caso concreto, cuando la solución dada *a priori* es incoherente o injusta:

- *Premisa mayor*: la publicación edictal *no es suficiente* para dar a conocer válidamente la asamblea a los accionistas cuando ellos son hermanos que trabajan juntos diariamente, puesto que el art. 237 de la LGS tiene una excepción implícita o una propiedad relevante que el legislador debió considerar según los principios del sistema (Alchourrón y Bulygin, Atienza, etc.) de que los socios sean pocos y tengan relación cercana, lo cual es coherente con el régimen de notificación de la asamblea pensada en una sociedad de hasta 50 socios del art. 159 de la LGS (primer “círculo concéntrico”), y coherente con el principio deliberativo orgánico (segundo círculo), la buena fe contractual, de los actos jurídicos y de los principios generales del derecho (tercero, cuarto y quinto círculo, respectivamente), etc.
- *Premisa menor*: asamblea de sociedad de dos socios que son hermanos y trabajan juntos todos los días, el hermano director convoca únicamente mediante publicación edictal.
- *Conclusión*: asamblea nula (procedencia de la acción de nulidad)

El ejercicio del derecho nos demandará una visión *integral* del Derecho en sí mismo, y tam-

²⁶ DWORKIN, Ronald, “El imperio de la Justicia”, Gedisa, 2da Edición, Barcelona, 1992, pp. 180 y ss.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”, Información Legal, Cita Online: 0003/015274.

²⁸ Inclusive desde una perspectiva más positivista, cfr. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, op. cit., p. 106.

bién de las inescindibles relaciones que han existido siempre entre el Derecho, la moral, la sociología, la economía, la biología y de toda otra ciencia que hace a la completitud del hombre, y de las cuales debe necesariamente nutrirse el juez para la solución de los casos. Creo que esto es algo que la ciencia pre-positivista tuvo siempre presente, tanto que el sistema heliocéntrico moderno renacentista fue creado por un abogado (además de jurista, Nicolás Copérnico fue también médico, clérigo, matemático, físico y astrónomo).

En definitiva, como dijo Carnelutti, “una primera verdad que puede brotar de estas reflexiones, es aquella que puede llamarse *Unidad de la Ciencia* o también, en otros términos, de la *Interdependencia de las ciencias*. Como la materia de las diversas ciencias no son un diverso mundo, sino un diverso aspecto del único mundo al cual debemos limitar nuestro trabajo, porque somos pequeños, y el mundo es inmenso, así los resultados de ese trabajo no son diversos sino porque son las diversas caras de un prisma único. No hace falta hablar de la unidad del Derecho y por ello de la ciencia del Derecho como de la única realidad y de la única ciencia. La división entre la ciencia del Derecho civil y la del Derecho penal no es más arbitraria que la existente entre la ciencia del Derecho y las demás ramas de la sociología, o entre la sociología y la psicología, o entre ésta y la biología, y así por el estilo”²⁹. Por ello el maestro italiano nos exhortaba a hacer “siempre menos derecho, si se quisiera penetrar en el fondo de las cosas”³⁰.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco, op. cit. 121. Dirá también que “la unidad de la ciencia del Derecho como la de todas las ciencias, se quiebra, necesariamente, en la pluralidad de los científicos (...) El peligro de todo esto está en que a la ciencia del Derecho la sustituyan las ciencias del Derecho” (Ibíd., p. 146).

³⁰ Ibíd., p. 137.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN MATERIA SOCIETARIA: REGULACIÓN ACTUAL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Gustavo Alejandro Roque Cultraro

SUMARIO

A partir de la sanción de la Ley 27349 se introduce en el Derecho Argentino la sociedad por acciones simplificada (SAS) como un tipo societario que prioriza la autonomía normativa en manos de los socios; se contrapone así al eje rector de la Ley 19550 (LGS) que, dictada en épocas en las cuales el afán regulatorio del Estado era más fuerte, creó un sistema sustentado en tipos cerrados que operan como una plataforma normativa predeterminada y rígida. El enfoque que nos trae la Ley 27349 para la SAS implica una nueva forma de concebir a un tipo de “sociedad” y por tanto constituye un cambio de paradigma dado que modela una figura societaria a partir de la autonomía de la voluntad de los socios que se aleja de los principios rectores de la ley general de sociedades, al punto tal de expresar que estos son de aplicación supletoria y, por ende, disponibles para las partes. Ahora bien, antes de plantear interrogantes respecto del rol que juega la autonomía de la voluntad en el nuevo tipo societario, a mi juicio corresponde analizar cómo se relacionan las Leyes 27349 y 19550 entre sí ¿Cada una de esas normas crea un microsistema normativo autosuficiente y, por tanto, separado y autónomo uno del otro o el tipo societario creado por la nueva ley se subordina de alguna forma a la ley general? De la respuesta que demos dependerá concluir si el legislador del 2017 admitió o no la aplicación de las normas imperativas de la ley general como límite de la declamada autonomía de la voluntad en la SAS. Sólo después de despejado dicho interrogante, se podrá debatir si está bien o mal legislar un tipo societario priorizando la autonomía de la voluntad y si existen normas imperativas que operen como límites a dicha libertad. Las respuestas no son sencillas pues conllevan en su sustrato una cuestión (si se quiere) mucho más filosófica o ideológica que podría expresarse en otro interrogante: **¿Cuánta libertad estamos dispuestos a tolerar en materia societaria?** Desde ya que el umbral de tolerancia estará determinado por la posición metaética que adopte quien responda esa pregunta.

PONENCIA

“La autonomía de la voluntad en materia societaria: regulación actual en la sociedad por acciones simplificada”

1. *¿Cuánta libertad estamos dispuestos a tolerar en materia societaria?* Quizás sea la pregunta que mejor interpela a quienes protagonizan acalorados debates sobre la sociedad por acciones simplificada (SAS). La respuesta dependerá de la posición metaética de quien deba responder dicho interrogante respecto de la libertad de autorregulación contractual que tiene o debe reconocérsele a la persona humana.

Suele atribuirse a un importante líder político argentino la frase “ *Los hombres son todos*

buenos, pero si se los vigila son mejores”¹. Superadas las adhesiones o rechazos que se generen por las pasiones políticas, a mi juicio en esa frase se omite considerar que, por ahora y siguiendo tal línea de razonamiento limitante y casi tautológica, quienes tengan el rol de vigilar serán también hombres o mujeres cuya bondad a su vez dependerá de que también sean vigilados. Ya en un ámbito más académico, pero no por ello menos apasionado, se advirtió que una de las grandes cuestiones de la Filosofía es saber si la persona humana nace buena y luego se hace mala o algo de maldad ya conlleva desde su nacimiento. Hay diversas posturas, un tanto enfrentadas, pero que de forma previa exigen preguntarse *qué es eso de la naturaleza humana* para inmediatamente advertir lo poco que se sabe sobre ella y que no es posible encontrar a un ser humano en estado de naturaleza pura y presocial pues, precisamente, es un ser social².

Por tanto, no sería de buena técnica legislativa regular la autonomía de la voluntad en el mundo de los negocios haciendo foco en la desconfianza que nos genere la naturaleza humana o en las situaciones de uso desviado de una figura o institución jurídica (por ej., la sociedad) porque muchas veces se verifica en la realidad, pues sería legislar desde la excepción y no desde la regla, por más buena intención que tengan quienes ejercen la función de controlar al señalar las repetidas veces que se hace un uso indebido de los distintos instrumentos jurídicos creados para aplicar al tráfico mercantil. Por eso, ante las dificultades que nos advierten los filósofos, parece aconsejable para quienes abordamos las cuestiones del Derecho Societario no adentrarnos tanto en la naturaleza humana y buscar soluciones eficaces y controles más objetivos para las situaciones [¿patológicas?] que el obrar de las personas pueda provocar en el desarrollo de la actividad económica.

2. Lo dicho no debe conducir a ignorar los debates que se han dado en otra ciencia social como la Economía, y que en alguna medida se extrapolan al Derecho. El concepto de *homo economicus* que se postuló desde *microeconomía clásica* partió de la libertad para elegir y actuar como camino para llegar a un mercado perfectamente competitivo y autorregulado que maximice las utilidades de todos, pues cualquier agente puede conseguir todo el conocimiento necesario para tomar decisiones óptimas. Esta visión parte de la noción de que los agentes *siempre* se comportan impulsados por una *racionalidad económica* que maximiza las utilidades esperadas; con una *racionalidad subjetiva* que les permite actuar con los medios adecuados y orientados a lograr las mejores consecuencias para el agente y para los demás; sobre la base de un *comportamiento adaptable* en cuanto ese actuar se realiza en la forma apropiada según la situación en la que se encuentra el agente; y con una *racionalidad instrumental*, en tanto el agente adopta medios que producen con mayor probabilidad la obtención de los resultados deseados. Pero, con buen criterio, desde otra visión se ha advertido que la gran mayoría de las personas no saben qué es lo que quieren, o no saben cómo lograrlo o carecen de los medios para hacerlo; hay en ellas una *racionalidad* pero limitada a sus capacidades cognitivas, una *voluntad* que muchas veces las llevan a tomar decisiones que en el futuro irán contra sus intereses, y – por diversas razones – en gran cantidad de casos suelen *rechazar* ofertas que según la teoría clásica deberían ser aceptadas.

¹ Juan Domingo Perón, en Perón, conducción política / director: Prof. Oscar Castellucci, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2011.

² Conf. Magdalena Reyes Puig, ¿El ser humano es bueno o malo por naturaleza?, en portal Filosofía&Co, consultado el 23.07.2022, <https://www.filco.es/el-ser-humano-es-bueno-o-malo-por-naturaleza/>.

En suma, para esta visión económica, la condición normal para la toma de decisiones esta inmersa en un *contexto de incertidumbres* y con *altos costos o dificultades para acceder a la información más completa disponible*, la que en todo caso está reservada para empresas que realmente tienen poder de mercado³.

Sin caer en inocencias ni en desconfianzas, en el mundo del Derecho Societario deberíamos partir de la presunción de la buena fe en el actuar de las personas que hacen negocios y que los riesgos que estas asumen los toman por propia voluntad, conociendo las consecuencias de sus actos y estando dispuestas a asumir las obligaciones que de ellos se derivan. Luego, en todo caso, crear un eficiente y eficaz sistema de control *ex post* con suficientes sanciones que estimulen la actuación dentro de los fines queridos por el legislador. Después de todo, la estadística nos da indicios de que son más los usos adecuados que los desviados que se hace, por ejemplo, de la figura societaria.

3. Como *sistema jurídico* que resulta, nuestro Derecho Positivo trata de ser un todo ordenado e interrelacionado para la realización de la *justicia*. Se asienta sobre determinados principios y valores, que más allá de su evolución a través de las épocas y de las dificultades de interpretación, delimitación y alcance que muchas veces generan, tratan de ser su sostén. Entre ellos encontramos la *libertad* (entre ellas, la *económica*) concebida como un derecho natural del ser humano⁴ y la *autonomía de la voluntad* como un principio del orden jurídico inherente al libre desarrollo de la personalidad humana (artículos 14 y 19 CN⁵). Principios y valores que, desde ya, deben conjugarse con aquellos propios de cada rama del derecho - *subsistemas jurídicos*- y con los que ilustran los *microsistemas normativos autosuficientes*⁶ que resulten aplicables.

Estos principios y valores, además de estar incorporados al bloque constitucional argentino, encontraron expresa admisión en el Código Civil y Comercial de la Nación que receptó a la *autonomía de la voluntad* como uno de los principios que adquiere relevancia junto con la *constitucionalización del derecho privado* y el *diálogo de fuentes*.

4. Pero los distintos *principios y valores* del sistema jurídico muchas veces suelen confrontar entre sí, lo que impone que el sistema determine normativamente límites; la tensión entre los principios libertad, de igualdad y de seguridad jurídica suelen ser un ejemplo. La vaguedad y amplitud con la que están formulados es todo un problema para los juristas y para la labor judicial⁷. Por eso, en el Código no solo se reguló en el artículo 958 la *libertad de contratación*

³ Ver José Botteri (h) y Diego Coste, en Los límites de la autonomía de la voluntad en la Sociedad por Acciones Simplificada, Rev. La Ley año LXXXIII N° 45, 07.03.2019, Tomo La Ley 2019-A.

⁴ Artículo 16 Convención Americana sobre derechos humanos, ley 23054; artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 23313.

⁵ El derecho a comerciar y el de asociarse con fines útiles del artículo 14 CN, se correlaciona con el principio constitucional de reserva, consagrado en el art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina.

⁶ Las ramas del Derecho son subsistemas que relacionan partes para la realización más concreta de la justicia particular (para el comerciante, el obrero, el delincuente, el administrado, etc.). A su vez, los microsistemas jurídicos resultan pequeños conjuntos de normas que tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular para sectores aún más determinados (el consumidor, el asegurado, las sociedades, los emprendedores, etc.). Ver, al respecto, Noemí Nicolau, en La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado, Trabajos del Centro, Facultad de Derecho UNR, N° 2, p. 79.

⁷ Ricardo Guibourg, en Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 24, p.139. ISSN: 0170-1788: "... Las leyes, pero muy especialmente las constituciones, consagran una multitud de derechos, muchos de los cuales se expresan en términos tan vagos y dependientes de interpretación valorativa como los tradicionales principios del bien y de la justicia. El jurista positivo se ve obligado a buscar la interpretación en su propia conciencia, cualquiera sea el talante metafísico con el que su pensamiento se aproxime a la moral. Mientras tanto, su antiguo oponente no necesita ya apelar a un derecho natural supralegal: le basta aplicar principios que se hallan en el derecho positivo, interpretándolos de acuerdo con sus propias convicciones éticas. El resultado es que dos juristas, llegados desde orillas opuestas de la

(entendida tanto como la de contratar como la de autorregular los términos de la vinculación contractual) y se aceptó la autonomía de la voluntad en las figuras asociativas⁸, sino que se fijaron limitaciones razonables para la protección de los intereses de la comunidad y de las personas vulnerables a partir de principios limitantes como resultan la buena fe, el abuso del derecho, el deber de no perjudicar derechos de terceros y de no violar la ley, el orden público y la moral y buenas costumbres.

El nuevo Código se erige en centro del Derecho privado cumpliendo un rol de integración y coordinación con los microsistemas; dando un nuevo enfoque que también se verifica en la regulación de la *persona jurídica privada* al fijar las directrices de un *sistema general* y, al mismo tiempo, al postular el respeto a los llamados *microsistemas normativos autosuficientes*⁹. Tal cambio de paradigmas concluye con la determinación de un orden de prelación normativa (artículo 150 CCyCN) que desde ya va a tener impacto en la regulación de las sociedades¹⁰.

5. Si nos situamos en 2015 y nos preguntamos si es posible admitir la autonomía de la voluntad para estructurar la organicidad de las sociedades, la respuesta debe ser negativa. A esa fecha, todavía el régimen societario se sostenía predominante por las regulaciones de la LGS que constituye el micro sistema normativo autosuficiente por excelencia en materia de sociedades (otro resulta el cooperativo). Va de suyo, entonces, que las normas imperativas [o de orden público, para quien prefiera admitir esta categoría] se imponían para todas las sociedades existentes a partir de las reglas indisponibles fijadas en el Capítulo I° y las correspondientes establecidas para los distintos tipos societarios regulados en la ley general como plataforma normativa predeterminada y fácilmente reconocible por los terceros¹¹.

Pero en 2017 se dicta la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor (en adelante, la LACE), que – bueno es aclarar - no es estrictamente una ley que apoye a los emprendedores en sí sino a la actividad emprendedora y a la generación de capital emprendedor¹². Dicha ley introduce en el derecho argentino, con una técnica legislativa – a mi juicio- criticable, un nuevo tipo societario: la *sociedad por acciones simplificadas*, y a partir de ese momento se inicia un áspero debate en la doctrina nacional que todavía está lejos de saldarse. Muchos centraron su crítica en que la SAS era una simple herramienta para limitar la responsabilidad y nada más; pero tal crítica no parece ser un postulado suficiente cuando la propia Ley 26994 modificó el texto de la LGS para receptar a la sociedad unipersonal que erige a la *limitación de la responsabilidad* como principio basilar del sistema societario general¹³.

En mi opinión el debate sobre las SAS adquirió asperezas al limitarse a un solo enfoque que lo enturbió: las discusiones discurrieron sobre si la autonomía de la voluntad reconocida a los

epistemología del derecho, se encuentran codo a codo empeñados exactamente en la misma búsqueda. Desde luego, no es seguro que encuentren la misma respuesta; pero tal resultado no es esperable: si así fuese, la ciencia del derecho habría encontrado su piedra filosofal".

⁸ Artículo 1446 CCyCN.

⁹ Ver Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora, en http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf.

¹⁰ "... Se establece un orden de prelación en la aplicación a las personas jurídicas privadas de principios y normativas, lo que viene requerido en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y la fuerza jurídica de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas" Ídem nota 8.

¹¹ Diego Duprat y Lisandro Hadad, en *Sociedades por acciones simplificadas. Normas de la Inspección General de Justicia*, Rev. La Ley, año LXXXI N° 162, 28/08/2017, Tomo LA LEY 2017-E.

¹² Artículo 1° Ley 27349 (BO 12.04.2017).

¹³ Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012 y Proyecto de Ley de Aprobación: "...se destaca la creación de la figura de la sociedad unipersonal que facilita la asignación de una porción del patrimonio a un proyecto productivo, incentivando las inversiones. Así, una persona podrá realizar un determinado negocio limitando su responsabilidad patrimonial a lo que decide invertir en el mismo, reduciendo de tal manera el grado de riesgo de la inversión", ver en http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

socios para moldear la organicidad de la SAS es una postura aceptable o no y, en todo caso, cuáles eran los límites impuestos por la LGS que debían aplicárseles (lo que a su vez implica tener en cuenta la posición metaética que cada uno contendientes sostenga); *omitiendo* analizar “*qué es lo que concretamente dispuso el legislador al dictar la nueva norma*”. En suma, no se debatió previamente si estamos ante un nuevo microsistema normativo autosuficiente distinto e independiente del establecido en la Ley 19550.

Más allá de la bondad o rechazo que a cada uno le pueda generar el nuevo tipo societario o de la conveniencia o no de dotar de mayor injerencia a la autonomía de la voluntad de los socios para organizar a la SAS, determinar si estamos o no frente a un nuevo *microsistema normativo autosuficiente* se impone como una cuestión a ser resuelta en primer término, pues la respuesta que demos determinará luego si se aplicarán las normas indisponibles de la LGS.

6. Creo aconsejable iniciar ese análisis desde el mismo Mensaje de elevación del Poder Ejecutivo Nacional del Proyecto de LACE¹⁴. En él se explica que se propuso encauzar la energía creativa para el desarrollo productivo a partir de un *cuerpo normativo autónomo* para las nuevas *expresiones de formas empresarias* que destaque y valore la autonomía de la voluntad en la libertad de creación, constitución y regulación contractual de sociedades, sobre la base de ciertos objetivos: *más dinamismo, menos rigidez y plazos abreviados*. Desde ya no que trato de analizar si los objetivos fueron alcanzados o, aún más, si era necesario para el tráfico jurídico ser alcanzados esos u otros objetivos, sino de saber si estamos o no en presencia de un microsistema normativo autosuficiente que deba ser respetado tanto y en igual grado que aquél expresado por la LGS. Tal cuestión no es algo menor, pues se trata de saber si la autonomía de la voluntad de los socios puede o no derogar derechos que para la ley general de sociedades son indisponibles¹⁵.

En la doctrina hay posiciones contrapuestas: Nissen¹⁶ sostiene que las SAS no son sociedades por carecer de patrimonio y objeto, pero de ser considerarlas como tales serán, en todo caso, un subtipo de la sociedad anónima y por ende no es posible disponer de las normas imperativas de la ley 19.550 por vía estatutaria; Favier Dubois y Spagnolo¹⁷ admiten que las normas de la LGS son disponibles por los socios de la SAS, con la única excepción de aquellas que protegen a terceros; y Villanueva¹⁸ postula que la SAS es una sociedad y por tal motivo se le aplica el art. 1º de la LGS y los artículos sobre estipulaciones nulas (13º LGS) y sobre los derechos del socio

¹⁴ El Mensaje de Elevación N° 93/2016 expuso los fundamentos para la creación del nuevo tipo societario: “...En tal sentido, se organiza a través de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) un régimen normativo que destaca y valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones. La necesidad de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, en particular, aquellas micro, pequeñas y medianas y, en especial, para los emprendedores, ha sido una demanda de antigua data, ante la insuficiencia de las formas o tipos regulados en la Ley General de Sociedades N° 19.550, TO. 1984, frente a las nuevas expresiones de formas empresarias que requieren marcos normativos más dinámicos, menos rígidos y plazos de inscripción abreviados” (ver en https://www.diputados.gov.ar/secpar/dgrial_info_parlamentaria/dip/debates/leyes.html).

¹⁵ Derechos de información, de receso, de suscripción preferente, de acrecer, de aprobar e impugnar estados contables, de impugnar decisiones sociales; asignación de resultados a uno o algunos socios; exclusión de socios sin necesidad de invocar justa causa o a un precio inferior al de mercado; transformación, fusión, escisión y aumentos de capital, a cargo de uno o un grupo de socios o funcionarios sociales; etc.

¹⁶ Ricardo Nissen, Memoria, balance y estado de resultados de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), a casi cinco años de la vigencia de la ley 27349, página 26, Suplemento del Diario La Ley, Buenos Aires, 2022, ver <https://drive.google.com/file/d/1Wi-61RE2xL4FTS5sPxQ8W-lSa5CquXDCL/view?usp=sharing>

¹⁷ Eduardo Favier Dubois (h) y Lucía Spagnolo, en Nace una estrella: la “sociedad por acciones simplificada” con libertad estatutaria, Ponencia en Primera Jornada sobre y f de la SAS. Tema V. Mar del Plata, Abril 2018. FIDAS, disponible en <http://favierdubois-spagnolo.com/tag/sociedad-por-acciones-simplificada/>.

¹⁸ Julia Villanueva, La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario, LA LEY, 2018-F,890; AR/DOC/2430/2018.

que no podrían ser desconocidos sin desnaturalizar el negocio respectivo (68° y 69° LGS); todas las demás normas son disponibles para los socios.

7. Como pauta general, en el texto de la Ley 27.349 se dispone la *aplicación supletoria* de las disposiciones de la LGS en cuanto se concilien con la LACE¹⁹. En lo puntual, se establece que los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y las normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales surgirán de la LACE y de lo que pauten contractualmente los socios, *aplicándose solo supletoriamente* las normas de la SRL y la parte general LGS para regir su funcionamiento²⁰. De la interpretación textual de la ley, parece necesario concluir que la LACE **se erige como un microsistema normativo autosuficiente** frente a la LGS, cuyas normas solo son aplicables supletoriamente excepto que en la Ley 27349 se disponga lo contrario. Así se fija como **principio general** que las normas de la Ley 19550 solo tiene una *función de integración* ante el vacío legal o contractual; por ende, *todas las normas de la LGS son disponibles para las partes, aún las del capítulo I°* más allá que sean imperativas en el sistema general. Solo como **excepción** el legislador introduce normas de envío para aplicar las de otras leyes de forma imperativa²¹. Así entonces, es posible afirmar que las normas del Título III° de la Ley 27349 adquieren la cualidad de ser un **microsistema normativo autosuficiente** independiente del sistema de la Ley 19550.

8. ¿Esto implica que no hay límite a la autonomía de la voluntad en materias de SAS? No, necesariamente. Si todo sistema jurídico postula como un principio de coherencia interna y unidad, una *interpretación sistemática* debe conducir a una relación lógica con las demás disposiciones del sistema (sentido de relación normativa). Si los límites a la autonomía de la voluntad respecto de cualquier aspecto del derecho civil y comercial quedan sujetos al sentido y alcance de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley, sin necesidad de que exista una norma específica que lo exija, tal criterio debe extenderse a este nuevo sistema societario. Muchos más cuando la *buena fe* se fija como “mandato de optimización” para cumplir numerosas funciones²² y el *abuso del derecho* opera como un límite infranqueable al ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio por contrariar los fines del ordenamiento jurídico²³.

¿Esto es suficiente? Es factible que no, y por tanto aconsejable una futura reforma para fijar normas imperativas específicas en la propia LACE; pero ese análisis excede al propuesto en esta ponencia.

¹⁹ Artículo 33 Ley 27349: “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. Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”.

²⁰ Artículo 49 Ley 27349: “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, 19.550, t. o. 1984...”.

²¹ V. gr. artículos 52, 54 y 55 para aplicar normas específicas de la LGS y el artículo 62 para aplicar todo el plexo normativo de la Ley de Contrato de Trabajo a las relaciones laborales dentro de la estructura societaria.

²² Marisa Herrera y Gustavo Caramelo, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Dir. Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera. - 1a ed. - Buenos Aires, 2015. Ver comentario al artículo 9°: criterio de interpretación e integración negocial, fuente de corrección del ejercicio de los derechos, causal eximente de responsabilidad, fuente de deberes secundarios de conducta (ej.: información y cooperación), elemento de control de cláusulas abusivas, fundamento de la doctrina de los actos propios, tutela de la apariencia o confianza, fuente de revisión de contratos

²³ Ídem nota 20, ob. cit. comentario al artículo 10°: desvío de los fines permitidos por la ley a los derechos hacia objetivos distintos del ordenamiento con la intención de aprovecharse indebidamente de la situación.

9. Corolario: A partir del enfoque que propongo, corresponde concluir:

Más allá de cuánta libertad cada uno está dispuesto a tolerar en materia societaria, se debe coincidir en que el legislador de 2017 amplió su ámbito de aplicación en materia societaria otorgando a las normas del Título III° de la LACE el carácter de un nuevo microsistema normativo autosuficiente que es independiente del sistema de la LGS. Razón por la cual, las normas imperativas de la Ley 19550 son disponibles para los socios de la SAS, excepto que la LACE disponga lo contrario.

Como consecuencia de lo expuesto, en los términos del artículo 150 del CCyCN, se impone el siguiente orden de prelación normativa para la SAS: **(i)** normas imperativas, de la LACE; **(ii)** artículos 94 a 112, 157 y 294 de la LGS; **(iii)** normas imperativas del CCyCN; **(iv)** cláusulas del instrumento constitutivo y del reglamento, si lo hubiere; **(v)** normas Supletorias de la LACE; **(vi)** demás normas de la LGS (que operan como supletorias); y **(vii)** normas supletorias del CCyCN que puedan resultar aplicables.

HACIA UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ASOCIATIVO

José María Curá

SUMARIO

Se propone introducir al debate la realidad que actualmente presentan la legislación, en particular contenida en el Código Civil y Comercial y Ley General de Sociedades, promulgada conjuntamente; su enseñanza de grado y posgrado brindada por las Universidades: como la bibliografía que especialmente se brinda a los cursantes. Así también los criterios que sostienen la actividad jurisdiccional de los organismos de control y tribunales.

El confuso entrelazamiento de normas, aún dentro del mismo cuerpo legal societario, tal como ocurre con las llamadas sociedades de la sección cuarta, de cuya aceptación técnica muchos dudan, no obstante constituir un novedoso modo de favorecer curso de los negocios, torna oportuno proponer la apertura del debate para la construcción de un marco ordenado de preceptos dirigido a compaginar las diferentes formas asociativas que el derecho reconoce, con o sin personalidad jurídica reconocida.

Las conclusiones que se alcancen permitirán reacomodar los distintos cuerpos legales que actualmente alcanzan a las distintas formas asociativas, favoreciendo su aplicación para cada caso.

De su lado se alienta el mejoramiento de la formación académica ampliando la atención de las cátedras al derecho asociativo en general, abarcando las hipótesis que contiene.

Preliminar

La reciente modificación del Derecho Privado argentino, que llevara a la unificación de los Códigos Civil y Comercial, constituye un punto de partida para pensar en la elaboración de una teoría general del derecho asociativo, en el marco del Derecho Privado, reordenado a partir de la Reforma impuesta por la Ley 26.994.

A la par un sistema societario, promulgado por la misma ley, pero como cuerpo normativo separado, dando lugar a un tratamiento de las formas societarias de modo singular.

Junto con ello asoman otros ejemplos como la ley de sociedades por acciones simplificadas (27.349), la ley de sociedades del estado (20-705), la ley de cooperativas (20-337).

Para ello sobreviven programas de enseñanza, en el grado universitario, obsoletos por demás, ajenos a una mirada actualizada del orden de los negocios; donde se encuentra al derecho comercial como materia. A su vez tribunales de comercio, como jurisdicción de aplicación. Todo ello reclama su actualización, su armonización.

El Derecho Privado codificado y las formas asociativas

En el Título II del CCyC, se encuentra el tratamiento de la Persona jurídica; 1ª Parte. cap. 1; sec. 1ª. reconocida como ente al cual el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones a favor del cumplimiento del objeto y fines de su creación. Su existencia comienza desde la constitución, no necesitando autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. Tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.

Sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica, se observa la norma contenida en el art. 144, por el que la actuación que esté destinada 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 cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Norma que refleja lo ya dispuesto en el art. 54 LGS, introducida con la ley 22.903, como incorporación del principio de corrimiento del velo de la personalidad. Todo ello sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

Sección 2ª

Allí se encuentra, a tenor del art.145. La clasificación en personas jurídicas son públicas o privadas. En cuanto aquí interesa, el Código dispone que revisten la calidad de personas jurídicas privada, al tiempo que replica lo enunciado en el art. 2 LGS, en cuanto a la personalidad de las sociedades,

Así se reconoce con personalidad a a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) el consorcio de propiedad horizontal; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

La particular preocupación del legislador del 2015 llevó a enunciar que las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código.

Interesa destacar que, dice la norma en su parte final, que las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades. No parece de buena técnica legislativa subsumir a toda persona jurídica venida de otra jurisdicción al régimen particular de las sociedades.

Persona jurídica privada

Avanza sobre los llamados atributos de la personalidad, reiterándose que debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. La persona jurídica en liquidación debe aclarar esta circunstancia en la utilización de su nombre. Redacción que refleja principios aplicados a las sociedades a lo largo de cincuenta años de vigencia de la ley societaria.

Luego, la norma dice sobre el nombre de su necesaria satisfacción de recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica. De tal modo alcanza una confusa intromisión con la ley o el régimen de defensa de la competencia marcaria

En su afán de abarcar todos los aspectos que hacen a la existencia de la persona jurídica, precisa, mas sin definirlo, al domicilio de la persona jurídica fijado en sus estatutos o autorización dada para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano

de administración. Más allá que desde el derecho societario bien se conoce la diferencia entre domicilio y sede, lo cierto es que la norma nombra ambos supuestos sin aclarar su alcance. A lo reseñado siguen normas sobre organización que claramente replican el sistema societario y que dan lugar a diferentes interpretaciones, se trate de una sociedad o de cualquiera de las restantes formas que enuncia.

Formas asociativas que no revisten la calidad de sociedad ni son personas jurídicas

El Código, en su nueva conformación incluye formas asociativas, de base contractual, que dan lugar a los llamados contratos asociativos a partir del artículo 1442. Allí se atan las bases de este contrato de colaboración, de organización o participación con comunidad de fin que no sea sociedad. Deja en claro la norma que a estos contratos no se aplican las normas sobre sociedades, dice el 1442, como tampoco las normas arriba referenciadas, sobre personas jurídicas, contenidas en el Código Civil y Comercial. Tampoco esta normativa alcanza a las comuniones de derechos reales ni a la indivisión hereditaria.

Una fórmula intermedia. La sociedad de la sección cuarta LGS

La Reforma, trajo consigo, en cuanto también alcanzó a la Ley 19550, la incorporación de un formato societario, al que no le adjudicó denominación, ubicándolo entre los artículos 21 a 26 de la ley societaria, sección cuarta del capítulo I. Así acabaron siendo las sociedades de la sección cuarta. Conmovió el pensamiento de muchos, lanzando críticas, tratándolas como las anteriores sociedades de hecho. SA. Todo no sin dejar de colocar en resalto que la formulación traída por la reforma no hizo sino consagrar en gran forma la libertad contractual como presupuesto de los negocios.

Aquella modificación fue acompañada de la eliminación de la atipicidad como causal de nulidad societaria, dando así lugar a una amplia posibilidad de constitución de sociedad. Aún bajo formas desconocidas en nuestro derecho.

Bien dijo Le Pera, tiempo atrás, *de dar respuesta, desde un estado de insatisfacción frente a la doctrina dominante y enseñanzas que a su juicio conducían a la exaltación de los elementos feudales y corporativos aunque se lo hiciera cuan verbalizaciones más o menos modernas e invocando difusamente la seguridad jurídica, el bien común, o la moralidad general, El control que el legislador quiere reservarse de los tipos societarios, el monopolio que en realidad los organismos administrativos ejercen sobre la redacción de los específicos contratos o estatutos sociales; la sobrevaloración de la inscripción registral para determinar la relación entre las partes y la de éstas con terceros: el requerimiento de información nunca procesada, que es inútil para la administración e inútil para todos los demás; la amenaza de prohibiciones, sanciones y anatemas por razones de "principio", el sujetar la actividad económica a la obtención de sellos y aprobaciones irrelevantes al querer encerrar al mundo en expedientes polvorientos., por lo menos lo que se creía en la época de la Revolución fr Mayo, propio de la Casa de Contrataciones pero no del mundo industrial.*

Aquellas palabras de Le Pera, desde su convicción y sólida formación, traducen la necesaria revisión de un orden normativo dirigido hoy a acumular normas que se superponen; diversificar formas asociativas bajo la calificación de personas jurídicas; imponerles recaudos y condiciones desde una computadora, también polvorienta como en tiempos de la Casa de Contrataciones.

La cita de Sergio Le Pera corresponde a sus palabras de presentación a su libro *Joint Venture y Sociedad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984, ISBN: 950-508-126-X.

PERSONALIDAD JURÍDICA Y LIBERTAD CONTRACTUAL

Juan Ignacio Dobson

SUMARIO

La personalidad jurídica resulta una técnica jurídica para imputar derechos y obligaciones. De esta forma, se atribuye personalidad a las sociedades como recurso técnico instrumental. Esta atribución deviene de una acomodación del contrato de sociedad al esquema legal de referencia. Ello conlleva ciertas limitaciones contractuales en la organización de la sociedad, tanto en la formación del contrato, como en su funcionamiento posterior. El interés social, como principio basal del sistema societario, permitirá definir estas limitaciones contractuales de los socios.

1. El significado moderno del término 'persona'.

En lenguaje natural, el término 'persona' se encuentra asociado al de 'ser humano'. Así, es definido como 'individuo de la especie humana'.

En lenguaje jurídico, el Código Civil Argentino de 1871 definía a las 'personas de existencia visible' como 'todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad'. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) no define al término 'persona'. Por tanto, se debe adoptar el significado natural de ella, como 'individuo de la especie humana'. Es por ello, que este cuerpo normativo refiere a 'persona humana'.

El hecho de ser considerado por el ordenamiento jurídico como 'persona humana' hace nacer, junto a ella, una aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Persona y capacidad son pues, conceptos que necesariamente se integran y requieren. Toda persona humana, por el solo hecho de serlo tiene capacidad, cualquiera fuera la medida en que el ordenamiento se la confiera.

El concepto de 'persona' importa no solamente una realidad física y antropológica, sino también jurídica. De allí que el concepto jurídico de persona resulte un producto de una elaboración del ordenamiento, pero la realidad personal de aquellos a quienes se aplica es previa al ordenamiento.¹

El derecho argentino reconoce también el carácter de personas a diversas 'formas asociativas', a las cuales se les reconoce un 'substrato real'. Este otro tipo de 'personas' se encuentran reconocidas en el derecho argentino como 'personas jurídicas', las cuales son definidas como 'todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su institución'.

2. La personalidad jurídica.

La personalidad jurídica resulta una técnica para imputar derechos y obligaciones. Toda persona humana, por el hecho de serlo, tiene derecho a que el ordenamiento reco-

¹ Salvat, Raymundo: "Tratado de derecho civil argentino", Parte General, Ed. Tipográfica Argentina, actualizado por José María López Olaciregui, Tomo 1, nro.351, pág.348.

nozca su *personalidad*. No obstante, el derecho puede libremente conferir *personalidad* a diversos sustratos, de modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos. Esta libertad del ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce sustancialmente ciertas limitaciones. Ante todo, es necesario que haya un *substrato real* que pueda ser soporte o el portador de dicha *personalidad*.² La vida, substrato de la persona humana, es un hecho que se comprueba con los sentidos.³

Es así como el derecho atribuye *personalidad* a las *personas jurídicas*, como '*recurso técnico instrumental*' que permite a las *personas* la actuación como unidad en el mundo jurídico, a través del desarrollo de determinada actividad.⁴ Dentro de estas diversas *personas jurídicas* encontramos a las '*sociedades*'.

La Ley General de Sociedades (LGS), en su primer artículo establece que '*hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la 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*'. Asimismo, según nuestra jurisprudencia "*para que exista sociedad se requiere que el consentimiento de los contratantes quede claro en lo que hace a aportes, actividad común, participación en pérdidas y ganancias, y además, en una integración total de los intereses individuales que se diluyen para incorporarse a un nuevo patrimonio cuyo titular es un nuevo sujeto de derecho*".⁵

Para que exista sociedad se deben encontrar necesariamente los siguientes elementos: (a) aportes destinados al desarrollo de una actividad común; (b) actividad común organizada jurídicamente; (c) asunción de riesgos comunes por los socios derivados de la actividad en común.⁶

De darse estos elementos, estaremos en presencia de una *sociedad*, a la cual le cabe la atribución de *personalidad jurídica*, y las consecuencias jurídicas que de ella derivan. Caso contrario, podremos encontrarnos en presencia de alguna otra forma jurídica, como un *contrato asociativo*, al que *no se le atribuye personalidad*, y por tanto, no le resultan aplicables sus consecuencias jurídicas.

3. La personalidad jurídica societaria.

Las *sociedades* se integran en la noción de '*persona*', presupuesto básico de todo ordenamiento jurídico, ya que no puede construirse el mismo sin sujetos de derecho.⁷

El acto constitutivo, substrato de la persona societaria, no se comprueba con los sentidos sino mediante un previo examen destinado a verificar la existencia de una relación societaria, es decir, a comprobar la naturaleza de la relación y su legalidad.⁸

En la noción de *personalidad* confluyen la mayoría de las normas que regulan a las socie-

² Orgaz, Alfredo: "Personas Individuales", Ed. Depalma, 1946, págs.21/22; también, C.S.J.S.F., "Sánchez, María Ofelia y otros c/ Raina, Lia Laura y otros s/ Petición de herencia s/ Rec. Inconstitucionalidad", 11/03/2009, en www.poderjudicialsantafe.gov.ar, cita 29326/12 (en donde la Corte niega personalidad a las personas muertas).

³ Esta personalidad es extensiva a los animales, considerados como '*personas no humanas*'. En este sentido, véase Cám. Fed. Casación Penal, CABA, 18/12/2014, "Orangutana Sandra s. Hábeas Corpus" ('la orangutana Sandra es una persona no humana, y por ende, sujeto de derechos y consecuentes obligaciones hacia ella por parte de las personas humanas').

⁴ Suárez Anzorena, Carlos: "Personalidad de las sociedades", en Zaldívar, Enrique y ot.: "Cuadernos de Derecho Societario", Tomo 1, Capítulo III, pág.133.

⁵ C.C.C.Rosario, Sala IV, "Aiello, Silvia c. Piriz, Susana s. Rendición de cuentas", resolución nro.109 del 13/09/2004.

⁶ Puede verse, con provecho, Araya, Tomás: "La sociedad: sus elementos esenciales", Revista electrónica del Departamento de derecho económico y empresarial, Facultad de Derecho, UBA, Año IV, nro.12, junio 2021.

⁷ Suárez Anzorena, Carlos: "Personalidad de las Sociedades", en Zaldívar, Enrique y otros: "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Macchi, Bs. As., 1973, Vol. I, pág.129.

⁸ Suárez Anzorena, Carlos: op. cit., pág.134.

dades. No obstante, las “*complejas realidades y vertiginosas mutaciones del mundo contemporáneo*” hacen que la doctrina de la personalidad societaria se encuentre en constante “*tensión dinámica*”.⁹

Resulta dable advertir esta dinámica tirantez en la relación existente entre la *libertad contractual* y la *personalidad jurídica*.

De acuerdo a la *concepción contractual* de las sociedades, la libertad es el principio rector, como en todo contrato. Todo aquello que no contraríe al orden público está permitido. Esta concepción reclama que se reconozca ampliamente el principio de autonomía privada, cuyo fundamento último radica en el principio constitucional de libre asociación.

Por el contrario, la *concepción institucionalista*, fundada en la idea de la *personalidad jurídica* como generadora de efectos jurídicos, las sociedades son regidas por una reglamentación imperativa, que los socios no pueden alterar, a menos que expresamente se los autorice a ello. Todo lo que no está permitido está prohibido.

El derecho societario se encuentra partido entre estas dos tendencias.¹⁰

Por un lado, el CCCN define a la persona jurídica como un ente (art.141), entendiendo por tal a ‘*todo lo que es o existe*’¹¹. Esto, en concordancia con la teoría del Profesor Francisco Ferrera en cuanto a la personalidad jurídica, para quien la persona jurídica resulta la ‘*traducción jurídica de un fenómeno empírico*’.¹²

Por el otro, la LGS asume una definida postura en punto a la naturaleza jurídica del acto constitutivo de las sociedades, interpretando al mismo como un contrato.¹³

Esta relación entre el ente creado y el contrato de sociedad que le da origen, presenta cierta complejidad. El problema radica en que nos encontramos con un sujeto de derecho que se nutre jurídicamente de un doble orden normativo. Por un lado, el contrato social sobre cuyas bases reposará la dinámica societaria. Por el otro, al reconocerse la existencia de una nueva persona jurídica, se admite el nacimiento de una nueva dinámica jurídica, diferenciada de quienes confluieron a darle nacimiento.¹⁴

De esta forma, el plano contractual que funciona como regla rectora en la faz interna y en la faz externa, autoimpuesta por los socios, “*se debe apoyar armónicamente en la ley especial respectiva*”.¹⁵

Conforme a ello, la atribución de la *personalidad jurídica* deviene de una acomodación al esquema legal.

El desarrollo de la vida societaria posee así un extenso marco de referencia legal, que incluye al contrato que le dio vida, y a las normas legales a las cuales dicho contrato debe acomodarse.

De ello se deriva que si existe una sociedad, a la misma le cabe *personalidad jurídica*, en virtud de una atribución legal. No resulta posible que en el contrato que da nacimiento a una sociedad los socios pactasen que deciden optar o prescindir de la *personalidad jurídica*. Por tanto, cabe concluir que la *personalidad jurídica* no resulta un beneficio o una prerroga-

⁹ Suárez Anzorena, Carlos: op. cit., pág.130.

¹⁰ Véase Guyon, Yves: “Liberté contractuelle et droit des sociétés”, Revue de Jurisprudence Commerciale, Thomson Reuters, Enero/Febrero 2003, nro.1.

¹¹ Conf. definición del Diccionario de la Real Academia Española.

¹² Ferrera, Francisco: “Teoría de las Personas Jurídicas”, traducción de la 2ª ed. Italiana revisada por E. Ovejero y Maury, Madrid, Reus, 1929, p.346/347.

¹³ Véase Ley 19.550, Exposición de Motivos, Capítulo Primero, Sección 1, nro.1.

¹⁴ Etcheverry, Raúl Aníbal: “Las sociedades y la buena fe negocial”, L.L.1983-B-496.

¹⁵ Etcheverry, Raúl Aníbal: op. loc. cit.

tiva otorgada por el legislador a las personas para el desarrollo de ciertas actividades, sino una técnica jurídica que permite organizar y estructurar dichas actividades. De esta forma, la organización para el cumplimiento de una determinada actividad se presenta como dato fundamental en la atribución de la *personalidad jurídica*.

4. Consecuencias de la personalidad jurídica societaria.

La *personalidad jurídica* de las *sociedades* no responde a una necesidad lógica, sino práctica.¹⁶ Así, la atribución de personalidad a las sociedades hace al mejor cumplimiento de los fines económicos y empresariales de las figuras societarias.¹⁷

De esta forma, si para el desarrollo de actividades económicas o industriales los socios deciden la constitución de una *sociedad*, mediante un contrato, estarán dando vida a una nueva *persona*, en este caso *jurídica*, la cual posee *capacidad* para establecer relaciones jurídicas, *imputándosele* derechos y contrayendo obligaciones, para el cumplimiento de su objeto y los fines de su institución, y siendo *responsable* de dichas obligaciones. La *personalidad jurídica* constituye así una herramienta jurídica sumamente útil en el mundo de los negocios, permitiendo la acumulación de capitales para el desarrollo de actividades económicas e industriales a gran escala.

La *personalidad jurídica* otorga a la sociedad la *capacidad* para actuar en el mundo jurídico, la *imputación* de dicha actuación a la propia sociedad y no a sus socios, y la *responsabilidad* de la sociedad frente a los terceros. Estas consecuencias no pueden ser alteradas por los socios constituyentes de la sociedad en el contrato constitutivo.

Conforme a ello, esta *realidad jurídica* se encuentra regida por la ley.¹⁸

El *contrato de sociedad* no puede negar el efecto de la *personalidad* a una relación societaria, ni variar ni alterar su alcance, ni atribuirle una capacidad de derecho que exceda de la que la ley le confiere.

Puede observarse allí un primer límite a la libertad contractual de los socios al constituir la sociedad.

5. La personalidad jurídica y el interés social.

La *personalidad jurídica*, tal como he señalado antes, genera una nueva persona, la *sociedad*, que resulta enteramente distinta de las personas que la componen.

En virtud de la *personalidad atribuida*, la *sociedad* requiere de una serie de normas y principios jurídicos que regulen tanto su existencia como su funcionamiento.

Estas normas y principios se encuentran establecidas tanto en el CCCN, en forma general, como en la LGS, en forma específica. De allí, el art.2º de la LGS establece que “*la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley*”.

Estas normas y principios se establecen a fin de proteger los diversos intereses que convergen en la *sociedad*. El interés tutelado resulta así la *preservación y prosperidad de la sociedad*, emergiendo así la figura basal del sistema, el *interés social*. Éste surge así como el

¹⁶ C.C.C. Rosario, Sala III, junio 21-1982, “Alesy, S.A.”, E.D. 102-173.

¹⁷ Conf. Ley 19.550, Exposición de Motivos, Capítulo Primero, Sección 1, nro.2, en donde refiere que la sociedad es una “realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone”. En la jurisprudencia, ver Revista Sociedades y Concursos, nro.12, p.225 (“la personalidad es un recurso técnico”); Revista Sociedades y Concursos, nro.6, p.203 (“la personalidad de las sociedades es un recurso técnico y legal”).

¹⁸ Suárez Anzorena, Carlos: op. cit., pág.145; ídem, Duprat, Diego: “Sistema societario”, en ‘Tratado de los conflictos societarios’, tomo 1, Abeledo Perrot, pág.16 (para quien ‘el reconocimiento de la personalidad jurídica es una cuestión normativa’).

principio jurídico que insufla todo el régimen societario, sirviendo de nexo entre la *noción contractual de la sociedad*, y la *personalidad jurídica* que el derecho le reconoce, armonizando los diversos intereses que convergen en el ente social.

La protección eficaz de la sociedad requiere entonces del principio del *interés social* como principio ordenador de su organización y funcionamiento. Tanto es así, que encumbrada doctrina francesa ha llegado a sostener que el '*interés social domina el funcionamiento de la sociedad*'.¹⁹ Los múltiples intereses que convergen en la sociedad requieren ser armonizados, organizados, a fin de lograr la prosperidad señalada.

Se vislumbra así una concepción más integracionista del *interés social*, más *organizativa* que *institucionalista*, buscando lograr una organización eficiente.

6. La personalidad jurídica y la libertad contractual.

Conforme la Constitución Nacional, los ciudadanos argentinos tienen el *derecho de asociarse con fines útiles*. A tales fines, tienen plena *libertad de contratar y libertad contractual para hacerlo*, pudiendo establecer las cláusulas contractuales que más convengan a sus intereses y a la satisfacción de sus necesidades.

En la etapa de formación del *contrato de sociedad* impera la *libertad contractual* de los socios. Sin embargo, la atribución de *personalidad jurídica* requiere la presencia de ciertos elementos, que podemos considerar como *esenciales*, que hacen a la existencia de la *sociedad*. Estos elementos son los aportes, la organización jurídica, y la asunción de riesgos comunes por los socios. Estos tres elementos deben inexorablemente encontrarse estipulados en el *instrumento constitutivo de la sociedad*, conformando así un primer límite a la libertad contractual de los socios.

Es posible señalar así que 'SIN APORTES NO HAY SOCIOS'; 'SIN RIESGO NO HAY SOCIEDAD'; 'SIN SOCIEDAD NO HAY PERSONALIDAD JURÍDICA'.

Franqueado dicho primer límite, hay *sociedad*.

Un segundo análisis, más *institucionalista*, repara que la *personalidad jurídica* adquirida no puede ser derogada por los contratantes, constituyéndose así en otro límite a la libertad contractual en este tipo de contrato.

La *personalidad jurídica* atribuida genera ciertas consecuencias jurídicas: la creación de un nuevo centro de imputación de normas, con capacidad de derecho y responsabilidades propias. Así se establece en el CCCN, en los arts.143 (*personalidad y responsabilidad diferenciada*), y 144 (*inoponibilidad en forma excepcional*); y en la LGS, en los arts.54, 3° párrafo (*inoponibilidad*), 58 (*representación*), 59 (*responsabilidad de administradores*). Estas normas hacen a la *esencia de la personalidad jurídica* atribuida a la *sociedad*, por lo que tampoco pueden ser desechadas o alteradas por los socios.

Finalmente, la *libertad contractual* también encuentra límites en la *organización jurídica* de la *sociedad*, por efecto de la *personalidad jurídica* adquirida. A tales efectos, la *personalidad se "radica en diversos modelos organizativos"*²⁰, que la LGS denomina *tipos societarios*. Estos tipos se encuentran determinados en el Capítulo II de la LGS, y también en alguna ley separada, como la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, Nro.27.349, (LACE). La '*tipicidad*' consiste en "*la disciplina legislativa particular impuesta a las sociedades que permite diferenciar una de otras a través de ciertos requisitos esenciales que le son pro-*

¹⁹ Bissara, Philippe: 'L'interêt social', Revue des Sociétés, 1999, vol.1, Doctrine, p.9.

²⁰ Richard, Efraín - Muiño, Orlando: "Derecho societario", Astrea, Bs. As., 1997, p.41.

pios”.²¹ De esta forma, para la constitución de una sociedad tipificada, los socios deberán ‘armonizar’ las cláusulas contractuales de organización a ciertos requisitos establecidos en la LGS, a los efectos de gozar de los beneficios que otorga el tipo social elegido. Son los denominados ‘requisitos esenciales tipificantes’. La omisión de éstos hará perder dichos beneficios, y dicha sociedad será regida por las normas de las ‘sociedades simples’, establecidas en la Sección IV, del Capítulo I, LGS.

Un ámbito de mayor *libertad contractual* puede encontrarse en la organización jurídica de aquellas sociedades más ágiles y flexibles, como son las citadas ‘sociedades simples’, y las ‘sociedades por acciones simplificadas’ (SAS), legisladas en la LACE.

En ambos casos, el legislador deja al arbitrio de los socios la determinación de la estructura orgánica de la sociedad, y el funcionamiento de dichos órganos. No obstante, regula la necesidad de contar con un *órgano de administración y gobierno*, y facultativamente, un órgano de fiscalización. Por lo que un primer límite a la libertad contractual en estas sociedades está dado por la *división de funciones de administración y gobierno*.

Estas funciones resultan *necesarias* para el desenvolvimiento y actuación de la sociedad, en virtud de la imputación diferenciada producto de la *personalidad jurídica* atribuida.²² Conforme a ello, el órgano de administración tendrá la función de llevar adelante la actividad social, y el de gobierno designará las personas que integrarán la administración, y fijará las pautas generales a las que se ajustarán los administradores, ya que la actividad cotidiana de la sociedad no debe ser el resultado de improvisaciones ocasionales.

La *división de funciones* cumple así un *rol integrador* en la organización y funcionamiento de la sociedad, balanceando los intereses de los administradores y el de los socios, muchas veces en pugna.²³ Se concretiza así el principio del *interés social*, en pos de la preservación y la prosperidad del ente jurídico creado.

Por último, otro de los aspectos en que el régimen de las ‘sociedades simples’ y las SAS consagra mayor ámbito de *libertad contractual* es en punto a los *derechos individuales de los socios*. Tanto la LGS, para las ‘sociedades simples’, como la LACE, para las SAS, establecen que *el instrumento constitutivo debe regular los derechos y obligaciones de los socios* (conf. art.11, inc.8 LGS; y art.36, inc.9 LACE).

En este caso, la duda se centra en establecer cuál es la extensión de dicha *libertad contractual* que poseen los socios para determinar sus derechos individuales. ¿Es total?, o ¿existen limitaciones de orden legal para establecer su extensión o supresión?

Si bien la flexibilidad y agilidad de este tipo de instrumentos jurídicos permiten una *mayor libertad contractual* a la hora de la diagramación de los derechos individuales de los socios en el instrumento constitutivo, no resultará posible la extensión o supresión de aquellos *derechos individuales de los socios* que hagan a una *eficaz protección del funcionamiento de la sociedad*, o para decirlo en otras palabras, que ‘concreticen el principio del interés social’, moldeando la esfera de actuación de los diferentes órganos.

El *interés social*, como principio jurídico de derecho positivo, insufla toda la legislación societaria, incluyendo, por tanto, a la LGS y a la LACE. Puede ser definido como el principio de

²¹ Richard, Efraín – Muiño, Orlando: op. cit., p.49.

²² C.N.Com., Sala A, “Graña, Geremías c. Viedma SRL y ot.”, oct.27-1978, con voto del Dr. Etcheverry, E.D. 82-374 (‘las manifestaciones orgánicas expresan un aspecto de la dinámica de las relaciones entre los socios, que constituyen a su vez, un matiz del fenómeno personalidad’).

²³ Pailluseau, Jean: “La modernización del derecho de las sociedades comerciales”, L.L. 147-1409; también, Salomao Filho, Calixto: “O Novo Direito Societario”, Malheiros, San Pablo, 2011, p.49.

protección de la actividad social, que tiende a la *preservación y prosperidad de la sociedad*. Bajo el influjo del *interés social* pueden encontrarse ciertos *derechos individuales de los socios*, que por la función que cumplen, son conferidos al socio no sólo en su interés individual, sino que constituyen un medio para el buen funcionamiento de la sociedad. Se constituyen así en *derechos subjetivos colectivos*.

El *derecho de información del socio* es uno de ellos, “constituyéndose en una herramienta imprescindible para el correcto ejercicio de los restantes derechos del socio”.²⁴ Es un derecho inderogable, esencial, e indispensable para la adopción de decisiones sociales²⁵, y desde tal perspectiva, excede el ámbito del interés individual del socio para resultar atinente también a la satisfacción del *interés social*.²⁶

El *derecho de voto* constituye otro derecho esencial del socio.²⁷ Constituye una declaración de voluntad del socio dirigida a satisfacer el interés social, constituyendo así un *derecho subjetivo colectivo*²⁸. El voto hace al funcionamiento del ente social, el cual basa su accionar interno en el *principio de mayorías*, el cual conlleva la defensa del *interés social*²⁹. El voto es así un derecho individual inderogable del socio, ejercido tanto en interés propio de socio – como tutela del riesgo asumido –, como en *interés de la sociedad*. Tal es así, que cuando el socio sea poseedor de un interés contrario, debe abstenerse de votar.³⁰

El *derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables* constituye otro derecho irrenunciable.³¹ Los administradores rinden cuentas de su gestión a través de los estados contables, por lo que cualquier cláusula contractual tendiente a suprimir o desvirtuar la posibilidad de su impugnación atenta directamente contra el buen funcionamiento de la sociedad, produciéndose así un desequilibrio funcional.

Por último, el *derecho a la impugnación de las decisiones sociales*, ejercido a través de la acción judicial de impugnación. Este derecho corresponde al socio impugnante en ejercicio de un derecho subjetivo propio, a fin de que las decisiones sociales se adopten conforme a la ley y al acto constitutivo. Así, este derecho subjetivo es ejercido en salvaguarda de las bases fundamentales de la sociedad, en defensa del buen funcionamiento de la sociedad. Persigue así la defensa del *interés social*.³²

Conforme a lo expresado, estos *derechos subjetivos colectivos* podrán ser reglamentados por los socios, pero en forma alguna la reglamentación puede significar un menoscabo que los enerve, sirviendo de límite a la *libertad contractual*.

²⁴ Roitman, Horacio: “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Tomo I, La Ley, Bs.As., 2006, p.768.

²⁵ Balbín, Sebastián: “Sobre el derecho del socio a la información social y su acceso”, publicado en ‘Libro de Homenaje a Víctor Zamenfeld’, Editorial Rubinzal, Bs.As., 2005; ídem, Romano, Antonio: “Código de Comercio comentado y anotado”, tomo III, dirigido por Adolfo A.N. Rouillón, 1ª Ed., Bs. As., La Ley, 2006, p.119.

²⁶ C.N.Com., Sala B, 28/9/2012, “Isabella, Pascual c. Frymond SA”, R.S.yC., 2013-2, p.290 (‘el derecho de información tutela tanto al interés individual del socio, cuanto al interés social, en salvaguarda de su funcionamiento recto, toda vez que opera como uno de los medios a través del cual el socio participa de los órganos sociales para un mejor desenvolvimiento de la sociedad’).

²⁷ Cristiá, José María: “Código de Comercio comentado y anotado”, tomo III, dirigido por Adolfo A.N. Rouillón, 1ª Ed., Bs. As., La Ley, 2006, p.536.

²⁸ Escuti, Ignacio: “El voto de los socios”, ponencia al IX Congreso Argentino de Derecho Societario, San Miguel de Tucumán, 2004, p.224.

²⁹ C.N.Com., Sala B, 6/12/1982, “De Carabassa, Isidoro c. Canale SA”, LL.1983-B-362 (‘el normal desarrollo del principio mayoritario implica siempre que la decisión de la mayoría resulte, en los hechos, conveniente al interés social’).

³⁰ Arecha, Martín: “Derecho de voto. Restricciones. Responsabilidad de los socios”, en ‘Tratado de los Conflictos Societarios’, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, tomo II, p.1137 y siguientes.

³¹ Romano, Antonio: op. cit., comentario al art.69 del Régimen de Sociedades Comerciales, Ley 19.550.

³² Junyent Bas, Francisco: “En torno a la impugnación de las asambleas societarias”, ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Societario, Buenos Aires, 2013, p.113; ídem: Cristiá, José María: op. cit., p.627 (‘la acción que el art.251 LSC otorga a los accionistas procede cuando existe una lesión al interés de la sociedad’)

DERECHO DE SEPARACIÓN DEL SOCIO MINORITARIO EN LAS SOCIEDADES CERRADAS

Raúl Aníbal Etcheverry y Diego Arturo Duprat

SUMARIO

Proponemos diseñar e implementar, en el marco de las sociedades cerradas, una norma legal de carácter supletorio que reconozca el derecho de separación del socio minoritario, con o sin invocación de causa, y con reembolso del valor de su participación mediante un procedimiento justo, sencillo y expeditivo.

Propuesta.

Proponemos diseñar e implementar, en el marco de las sociedades cerradas, una norma legal de carácter supletorio que reconozca el derecho de separación del socio minoritario, con o sin invocación de causa, y con reembolso del valor de su participación mediante un procedimiento justo, sencillo y expeditivo.

Fundamentos.

1. La situación que requiere nuestra atención.

Es necesario disponer de nuevos mecanismos legales, básicamente de carácter supletorio, para mejorar distintas posiciones asociativas en minoría¹, evitar conflictos y permitir un desarrollo armónico de la sociedad.

La dificultad de los socios de retirarse de las sociedades cerradas genera un ámbito propicio para que los accionistas mayoritarios puedan adoptar conductas oportunistas respecto de los minoritarios y abusen de su posición dominante. Pero, aun cuando no se llegara a verificar este tipo de conductas, puede suceder que el socio minoritario solo desee irse del proyecto social otrora compartido.

La falta de un mecanismo de salida provoca que los socios en minoría inicien una serie de hostilidades tendientes a obtener una salida forzada de la sociedad. Como resultado: estamos frente a un conflicto en el seno de la sociedad.

Si bien existen mecanismos contractuales para lograr la retirada del socio, pocas veces se los pactan *ex ante*. Así, los accionistas minoritarios, quienes constituyen o integran la sociedad actuando en confianza y no tomando mayores salvaguardas al momento de su ingreso, se ven encerrados en una sociedad en la que ya no desean estar y quedan a merced de la voluntad -muchas veces ilegítima- de los mayoritarios. Estas restricciones a la salida del socio generan, aún sin quererlo, conductas contrarias a la más elemental convivencia en el seno de la sociedad y atentan contra la buena marcha de los negocios sociales y la armonía que debiera existir.

Sabido es que este “problema de salida” no se verifica en las sociedades abiertas, donde el socio puede irse de la sociedad cuando quiera, mediante el simple expediente de liquidar sus participaciones en el mercado.

¹ Etcheverry, Raúl Aníbal, “Receso, exclusión y salida de socios en caso de socios en minoría”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario 2019, Libro de ponencias T. III, p. 2021.

Brindarle una posibilidad de salida de la sociedad al socio minoritario, en condiciones justas y equitativas, constituye una adecuada herramienta para evitar y resolver los conflictos entre socios y va en línea con la propia naturaleza contractual de la sociedad. El pacto social no puede ser eterno e inmutable y obligar al socio que no desea estar más en la sociedad a quedarse hasta el cumplimiento de su plazo de vigencia, el que generalmente es largo y hasta puede exceder el de su propia vida.

No desconocemos que el derecho de separación que defendemos en esta ponencia ha sido criticado por considerarlo “problemático”, al enfrentarse al principio de la mayoría, generar incentivos para que el socio en minoría tome conductas oportunistas que puedan perjudicar a la sociedad, por generar obligaciones pecuniarias a la sociedad y/o a los socios por el solo hecho de que un socio decida retirarse de la sociedad y por poder llegar a afectar la integridad del capital social y, eventualmente, la necesaria patrimonialización de la sociedad, poniendo en riesgo el cumplimiento de las obligaciones sociales asumidas.

También se ha dicho que la ausencia de una norma legal que admita la separación del socio guarda coherencia con el plazo determinado que deben tener los contratos de sociedad (art. 11 inc. 5º, LGS y art. 35, inc. 5º de la ley 27.349). El instituto de la separación o renuncia —mediante la resolución contractual parcial— es propio de los contratos celebrados por tiempo indeterminado, pero no resultaría aplicable a los que tienen un plazo de duración concreto y determinado, por más largo que éste fuera.

Por último, también con un argumento normativo equivocado se ha sostenido que la LGS prohíbe la exclusión del socio y, por ende, su contracara: la separación².

No compartimos estas críticas porque creemos que la imposición de un derecho de salida, en forma supletoria, dejando que los socios pacten libremente soluciones distintas, no sólo garantiza el principio de la autonomía de la libertad contractual, sino que permite evitar y desactivar desarmonías, tensiones y hasta conflictos entre los socios de una sociedad cerrada.

Los contratos de larga duración llevan explícitamente (art. 1011, CCC) la facultad de rescindirlos, lo que en las sociedades se traduce en poder ejercer el derecho de salida. Máxime cuando las sociedades tienen una vocación de permanencia que casi nunca guarda relación con un proyecto concreto o un objeto particular que se agotan con su cumplimiento y donde la persona y/o aporte del minoritario no es, habitualmente, esencial. Por ello, el derecho de separación del socio (resolución parcial) debe estar garantizado en las sociedades cerradas, aun cuando el plazo de duración sea limitado.

2. La situación normativa actual.

Tal como hoy está redactado el art. 89, LGS los socios podrían pactar estatutariamente que la mera decisión unilateral -con o sin causa- del socio sea suficiente causal de resolución parcial del contrato de sociedad; sin importar el tipo social. El régimen de las SAS, en este punto, también permite lo mismo, por tratarse de una cuestión supeditada a la autonomía de la voluntad de los socios.

Pero es sabido que, en sociedades cerradas, los minoritarios, habitualmente, no están en

² Ver las críticas a esta posición en Duprat, Diego A., “La exclusión y separación del accionista en las sociedades anónimas cerradas” (comentario al fallo “Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A. v. Galván, Daniel Oscar y otros s/ ordinario), La Ley 2013-A-286 (2013), TR La Ley AR/DOC/134/2013; “Nuevamente sobre la exclusión del socio en el marco de las sociedades anónimas”, RDCO 258, 237 (2013) Cita Online: AR/DOC/4801/2013; Exclusión del socio en las sociedades anónimas cerradas. Una sentencia que avanza en el camino correcto”, Doctrina Societario y Concursal Errepar, 284, p. 775 (2011) y “Conflictos en las sociedades anónimas cerradas. Posibilidad de pactar la exclusión y separación del socio”, www.microjuris.com (2010).

condiciones de participar en el diseño contractual del estatuto e ingresan a la sociedad sin poder negociar las condiciones estatutarias que se les van a aplicar; ya sea porque ingresan tarde (por ejemplo: herederos, excónyuges) o porque actúan sin la información y el debido asesoramiento en el momento de adquirir la condición de socio. Por ello resulta eficiente contar con una norma de carácter supletorio que, frente al silencio de las partes, imponga un procedimiento fácil, justo y equitativo de salida.

En consecuencia, sin bien en virtud del art. 89, LGS y del respeto a la autonomía contractual de la ley 27.349 los socios tienen libertad para autoimponerse el derecho de separación del socio minoritario y pactar sus condiciones de ejercicio, es conveniente y eficiente contar con una norma supletoria que reconozca tal retiro y que, dado el carácter dispositivo, pueda ser dejada de lado por los socios o bien imponerse una regulación distinta (arts. 962 y 966, CCC).

El miedo a que la separación “ad nutum” pueda ser ejercida en forma descontrolada y abusiva, de manera de resultar perjudicial para los intereses sociales, es sólo un argumento dogmático que no resiste el menor análisis, desde que olvida que la sociedad son los socios, que el interés social es el establecido por los socios en el marco contractual de la sociedad y que éstos tienen la libertad, en ese momento fundacional (o luego frente a ulteriores reformas estatutarias), de pactar lo que quieran dentro de los límites impuestos por la ley, la moral y las buenas costumbres (arts. 10, 279, 344, 386, 398, 958, 1004 y 1014, CCC). Si los socios que conforman la mayoría tienen el derecho de hasta disponer la disolución de la sociedad (art. 94, inc. 1, LGS) ¿por qué no puede reconocérsele al socio minoritario el derecho a retirarse a voluntad?

3. ¿Con causa o sin causa?

En lo personal, no vemos inconvenientes para que el socio minoritario tenga derecho a retirarse de la sociedad sin invocación de causa alguna, pero siempre que lo haga de buena fe (arts. 9, 961 y 1061, CCC), en forma no abusiva (art. 10, CCC), respetando el deber de lealtad y colaboración que se deben los socios entre sí (art. 1011, CCC) y sujeto a algún tipo de restricciones y condiciones en protección de la sociedad y de los terceros (como, por ejemplo: si se le debe reconocer a todos los socios o solo a algunos, tenencia máxima para su ejercicio, tiempo y plazo de su ejercicio, situación patrimonial y financiera de la sociedad, formas de comunicar el retiro y maneras de liquidar su participación, etc.).

Sin duda, habrá que seguir pensando la forma de ejercicio de este derecho una vez que se admita su conveniencia.

Entendemos que los argumentos que justifican la existencia de una justa causa para excluir a un socio no son aplicables a los supuestos de separación o retiro del socio.

4. Conclusiones.

Concluyendo, el derecho de salida opera como una herramienta de prevención y resolución de conflictos en el marco de las sociedades cerradas. Pero, también, constituye un claro incentivo para mantener el compromiso, la cooperación debida y respetar el equilibrio que debe haber entre los socios, evitando situaciones de abuso y opresión sobre los intereses del socio minoritario.

Reivindicamos el carácter contractual de la sociedad y, por lo tanto, apoyamos la autonomía de la libertad de los socios para diseñar su estatuto social o instrumento constitutivo y la facultad del socio de retirarse del ente a voluntad.

Un pacto social no es más que un acuerdo contractual de larga duración que debe poder

ser resuelto parcialmente.

Pero, como el pacto expreso de retiro no resulta ser habitual, se propone la implementación de una norma legal -de carácter supletorio- que reconozca tal derecho a los socios minoritarios de sociedades cerradas.

El reconocimiento legal de una norma de carácter supletorio, aplicable a todos los tipos societarios e incluso a las sociedades de Secc. IV. del Cap. I de la LGS, que otorgue el derecho a la separación de un socio -con o sin causa- incentiva la inversión, evita conflictos y garantiza una gestión eficiente de los negocios sociales, así como el desarrollo armónico de la sociedad.

La salida del socio deberá permitir el reembolso del valor de su participación mediante mecanismos de fácil determinación y ejecución, atendiendo, también, a los intereses de la sociedad.

Por último, reconocemos que el diseño y redacción de la norma propuesta no es sencillo y debiera estar sometido a ciertas restricciones y exigencias, de manera de llegar a un justo punto de equilibrio entre los intereses de los socios -tanto minoritarios, como mayoritarios- y de la sociedad.

EL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO “POSMODERNO”: “CONTRACTUALIZACIÓN”, “DERECHOS HUMANOS” Y “PREVENCIÓN DEL LAVADO”

Eduardo M. Favier Dubois

SUMARIO

1.- La ley de sociedades comerciales 19.550, sancionada durante la vigencia del Estado de Bienestar, dispone un sistema de reglas que configuran un modelo societario “publicista” en tanto establecen requisitos sustanciales y formales rígidos e inflexibles en tutela del interés general y en protección de socios minoritarios y terceros.

2.- La Posmodernidad, como movimiento cultural con valores opuestos a los de la Modernidad (reemplazo de la razón por la emoción, modelos múltiples, celebración de la diversidad y soluciones a la carta), el Neoliberalismo, como orientación económica que suprime al Estado de Bienestar (individualismo, mercado y privatizaciones), las Disrupciones tecnológicas (plataformas, criptomonedas, blockchain, smart contracts), y los Derechos Humanos en permanente avance y especificación (tutela de “consumidores”, de paridad de género y de “vulnerables”), han impactado de diversas formas sobre el Derecho Privado dando lugar a la configuración del denominado “Derecho Posmoderno” y, en materia de sociedades, dando nacimiento a un “Derecho Societario Posmoderno” integrado por nuevos paradigmas o modelos.

3.- El derecho societario en la Posmodernidad se manifiesta en nuestro país con la aparición sucesiva, la superposición y la coexistencia, en el mismo régimen normativo, de diversos sistemas o modelos societarios que se reflejan en distintos institutos y reglas, a saber: i.-Modelo “Publicista”: es el originario de la ley 19.550, protege a socios, acreedores y al interés general; ii.-Modelo “Contractual”: considera a la sociedad un negocio privado en interés exclusivo de los socios donde el Derecho debe intervenir solo para corregir fallas del mercado; iii.-Sub-modelo “Humanista”: no es integral y se basa en la aplicación de los Derechos Humanos al ámbito societario; iv.-Sub-modelo de “Prevención Internacional”: tampoco es integral, representa el impacto sobre el régimen societario de las acciones internacionales en materia de prevención del lavado de activos y de los crímenes transnacionales

4.- El reconocimiento sobre la configuración y coexistencia de tales modelos, como así de sus fundamentos, es un punto de partida necesario para enriquecer los actuales debates doctrinarios y para avanzar en la búsqueda de interpretaciones y de cambios legislativos superadores.

1.- La ley de sociedades 19.550, el sistema “publicista” y sus características:

El derecho de las sociedades, en su historia, comenzó para regular las relaciones contractuales internas entre los partícipes de un negocio.

Con el tiempo, en plena época de grandes descubrimientos y colonizaciones, ese derecho se proyecta al exterior y da nacimiento a un sujeto con personalidad jurídica diferenciada

de los socios: la sociedad anónima.

En nuestro país, se sanciona en el año 1972 la ley 19.550 de sociedades comerciales, la que responde al modelo de la Modernidad y regula en un solo cuerpo a todos los tipos sociales con una impronta “publicista”: impone determinadas normas sustanciales y formales que buscan tutelar el interés general y proteger a los socios minoritarios, a los acreedores y a los terceros.

Los requisitos fundamentales y/o caracterizantes del sistema publicista de la ley 19.550 son:¹

- a. Objeto empresarial, bajo pena de desestimación de personalidad².
- b. Pluralidad de socios, bajo pena de nulidad original o disolución sobreviniente.
- c. Tipicidad cerrada, bajo pena de nulidad³.
- d. Estipulaciones prohibidas y no reconocimiento de los pactos de socios.
- e. Interés social basado en el interés empresarial⁴
- f. Información y limitaciones en la participación en grupos societarios.
- g. Capital productivo e intangible.
- h. Responsabilidad ilimitada de socios en casos de irregularidad y nulidad.
- i. Responsabilidad por dolo o culpa grave de los administradores.
- j. Contabilidad, resoluciones presenciales y actas societarias en libros rubricados ubicados en la sede social.
- k. Inscripciones en el Registro Público de Comercio con efectos sobre la regularidad y control previo de legalidad.
- l. Policía societaria y fiscalización estatal, limitada o permanente, de las sociedades por acciones.
- m. Sometimiento de todo litigio entre socios a los tribunales estatales.
- n. Aplicación de la ley local a las sociedades extranjeras con sede o principal establecimiento en el país y requisitos rigurosos para la sucursal o para ciertos actos en el país.
- o. Contratos de colaboración sujetos a tipicidad y registración (incorporados por la reforma de 1983).

Estos requisitos, muchos vinculados al “orden público societario”⁵, responden a los paradigmas propios y tradicionales del Derecho Comercial que buscan un equilibrio entre su función de “facilitar” los negocios y su función de establecer “límites” en protección de terceros⁶.

2.- Los cambios culturales, económicos, tecnológicos y legales.

Ahora bien, pasados casi cincuenta años, muchas de las normas y principios se han ido modificando y la impronta publicista del régimen societario se encuentra cuestionada y en

¹ Halperín-Butty, “Curso de Derecho Comercial”, Volumen 1, Parte General, Sociedades en general, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pags.249/252.

² Así lo han entendido calificada doctrina y jurisprudencia que llegaron a considerar que la personalidad jurídica societaria es “inoportable” por “encubrir fines extrasocietarios”, en los términos del art.54, tercer párrafo, cuando la sociedad no realiza actividad empresarial sino que es una mera titular de ciertos bienes o derechos. Ver C.N.Com., Sala C, 21-5-79, “Macoa”; ídem, 10-5-95, “Ferrari Vasco c/Arlington S.A.”, confirmando una sentencia del autor, E.D., sup.”Temas de D. Societario”, 31-10-95, págs.91/95; Sala E, 18-12-00, “Mondine, María c/López, Vicente”.

³ Ver Richard, Efraín Hugo y Muiño, Orlando Manuel “Derecho Societario”, Bs.As.1997, Ed. Astrea, pág.59.

⁴ La ley 19.550 construyó al interés social como el interés de la empresa respectiva. Ver Otaegui, Julio “Invalidez de actos societarios”, Bs.As., 1978, Ed. Abaco, pág. 81.

⁵ Ver Vitolo, Daniel –Director- “La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos”, Bs.As., 2000, Ed. Ad Hoc.

⁶ Favier Dubois, E. M. “Manual de Derecho Comercial”, Ed. La Ley, Bs.As., 2016, pág. 4 siguiendo a Halperín, Isaac y Butty, Enrique M. “Curso de derecho comercial”, Volumen I, Parte General. Sociedades en General, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000

situación de coexistencia con nuevos modelos societarios.

Es que la Posmodernidad, como movimiento cultural con valores opuestos a los de la Modernidad (reemplazo de la razón por la emoción, modelos múltiples, celebración de la diversidad y soluciones a la carta), el Neoliberalismo, como orientación económica que suprime al Estado de Bienestar (individualismo, mercado y privatizaciones), las Disrupciones tecnológicas (plataformas, criptomonedas, blockchain, smart contracts), y los Derechos Humanos en permanente avance y especificación (tutela de “consumidores”, de paridad de género y de “vulnerables”), han impactado de diversas formas sobre el Derecho Privado dando lugar a la configuración del denominado “Derecho Posmoderno” y, en materia de sociedades, dando nacimiento a un “Derecho Societario Posmoderno” integrado por nuevos paradigmas o modelos⁷.

3.- La evolución y las tendencias en el derecho societario argentino.

El derecho argentino fue objeto de la globalización jurídica pudiendo destacarse importantes áreas como la constitucional⁸, la contractual⁹ y la concursal¹⁰, entre otras¹¹.

También el Derecho Societario fue impactado de los valores posmodernos y de la globalización con una impronta absolutamente contractualista, tal como expusimos en su momento¹².

Sin embargo, a partir de la Reforma Constitucional de 1994 y de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015, se suma el impacto de los Derechos Humanos. Posteriormente, se agrega la prevención internacional de crímenes.

Es así que el sistema societario argentino fue experimentado una serie de cambios que desplazaron la hegemonía absoluta del paradigma publicista e introdujeron, en distinta medida, normas, reglas y valores propios de otros paradigmas¹³.

En ese camino pueden señalarse cinco etapas normativas diferenciadas y posteriores a la ley 19.550, a saber:

1a.- La del Decreto 677/01 que incorporó al derecho societario argentino algunas de las reglas del gobierno corporativo, relativo a las sociedades abiertas a la oferta pública, y la de los proyectos de reformas de la ley de sociedades de los años 2003 y 2005, ambos con una impronta claramente privatista y globalizante.

2a.- La de la Resolución 7/05 de la Inspección General de Justicia de la Nación, con una orientación marcadamente publicista y la de la Ley de Mercado de Capitales 26.831, del año 2012, que deroga al Dec.677/01 e incrementa el control estatal de las sociedades

⁷ Favier Dubois, E.M. “El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar”, en *Jurisprudencia Argentina*, año 2022-II, fasc. 13, pág. 1, del 1-7-22. TR LALEY AR/DOC/1914/2022.

⁸ Reforma constitucional de 1994.

⁹ Favier Dubois, E.M. “La globalización del derecho contractual argentino”, en “Contrataciones empresarias modernas”, Bs.As., 2005, Ed. Ad Hoc, pag.623.

¹⁰ Favier Dubois, E.M. “La globalización del derecho concursal argentino y las acciones de recomposición y de responsabilidad en la quiebra” en “Derecho Concursal Argentino e Iberoamericano”, Bs.As., 2003, Ed. Ad Hoc, tomo II, pag.91; ver también Favier Dubois, E.M. “El Derecho Concursal Posmoderno, Un nuevo modelo para abordar la insolvencia”, remitido para su publicación en “Doctrina Societaria y Concursal, Errepar (DSCE), Junio 2021.

¹¹ Favier Dubois, E. M. “La globalización económica y su impacto sobre el Derecho Argentino”, publicado en elDial.com - DC1D-CB; el 17/10/2014; http://www.eldial.com/nuevo/tcd-etalle_eco.asp?id=7687&base=50&id_publicar=18920&fecha_publicar=17/10/2014&camara=Doctrina&por_mail=1

¹² Favier Dubois, E. M. “La globalización del derecho societario argentino: la relación sociedad empresa (ley 19.550), desplazada por el interés del inversor (Dec.677/01) y disociada a favor del negocio grupal (Anteproyecto 2003)” en “IX Congreso Argentino de D. Societario”, Sta. Fe, 2004, Univ. de Tucumán, tomo I, pág.229.

¹³ Puede verse una valiosa presentación de las nuevas tendencias societarias en Cracogna, Dante “Modernas Orientaciones en el derecho societario” en LL del 23-6-22, cita TR LALEY AR/DOC/1960/2022

cotizadas, aun cuando mantiene muchas disposiciones del régimen anterior.

3a.- La de la Resolución 7/15 de la Inspección General de Justicia de la Nación, que deroga muchas de las normas publicistas de la RG 7/05; la del Código Civil y Comercial de la Nación y la de la ley 26.994, que resguardan algunos elementos del paradigma publicista pero introducen importantes elementos contractualistas.

4a.- La de ley de emprendedores 27.349, que incorpora al derecho societario argentino a la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), que es el paradigma del derecho societario privatista y globalizado, la de ley 27.440, que reduce la intervención estatal en el Mercado de Capitales, y la del Proyecto de Reforma Societaria del año 2019 que fue la máxima expresión de un intento de reforma contractualista de la ley 19.550.

5a.- La etapa actual, de las Resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación de los años 2020, 2021 y 2022, con una impronta publicista, de Derechos Humanos y de Prevención Internacional, y del proyecto de reforma de la ley de Sociedades por Acciones Simplificadas, que buscaba someterlas a cánones publicistas.

4.- Resultado: la coexistencia de cuatro paradigmas diversos.

En consecuencia, dentro del sistema societario argentino actual, podemos reconocer cuatro paradigmas diferenciables que lo conforman con diverso grado de influencia normativa o interpretativa, a saber:

i.- El paradigma “publicista”, que implica una activa presencia estatal y reglas inflexibles que tutelan el interés general, los derechos de los socios minoritarios y los derechos de terceros.

ii.- El paradigma “contractual”, “privatista” “neoliberal” o “globalizador”, donde prima la libertad de las partes y la sociedad es un instrumento para reducir los costos de transacción en los negocios, debiendo el Derecho intervenir mínimamente y solo para corregir fallas del Mercado(AED).

iii.- El paradigma “humanista” que es parcial y que resulta de trasladar al sistema societario algunos de los principios y reglas de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los valores culturales de la posmodernidad, en particular los relativos a la igualdad de género y a la protección del medio ambiente, consumidores y vulnerables.

iv.- El paradigma de la “prevención internacional del lavado”, también parcial, que limita al paradigma contractual imponiendo controles y restricciones gubernamentales, mecanismos e institutos a los fines de prevenir el lavado de dinero y de hacer eficaz la lucha internacional contra actividades terroristas, narcotráfico, criminalidad organizada, tráficos ilícitos, etc.

5.- El paradigma societario publicista de la Modernidad.

Se encuentra hoy vigente en las siguientes reglas o principios societarios:

i.- Exigencia de sustrato empresarial. En la actualidad, y salvo el caso de la SAS, el requisito se mantiene y fue ratificado por la nueva redacción del art.100 de la ley 19.550, introducida por ley 26.994, que exige para remover la casual de disolución que exista “viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”.

ii.- El interés social empresarial. En lo que hace a las sociedades cerradas, el concepto de interés social como interés de la empresa se mantiene hasta la fecha¹⁴.

¹⁴ La ley 19.550 construyó al interés social como el interés de la empresa respectiva. Ver Otaegui, Julio “Invalidez de actos societarios”, Bs.As., 1978, Ed. Abaco, pag.81.

iii.- Estipulaciones nulas. El art. 13 de la ley 19.550 dispone una serie de estipulaciones nulas que buscan proteger a los socios minoritarios más allá de su concreta voluntad en cada caso, en disposiciones claramente indisponibles para las partes y que forman parte del sistema publicista.

iv.- Intangibilidad del capital social. No obstante, las normas de fondo sobre capital social se han mantenido inalterables, el concepto de responsabilidad por “infracapitalización” también se mantiene en doctrina y jurisprudencia¹⁵, y la relación capital-objeto ha vuelto a ser requerida por la I.G.J. (ver RG 05/2020).

v.- Policía societaria y fiscalización estatal. La ley de sociedades comerciales 19.550 establece un sistema de “policía societaria”¹⁶ por el cuál la autoridad de contralor está facultada a investigar, aplicar multas, declarar la irregularidad administrativa y solicitar al juez la intervención, disolución o liquidación de una sociedad comercial (arts. 6º, 167, y 299 a 307).

También la ley dispone un contralor estatal administrativo al momento de la constitución o modificación de los estatutos de las sociedades por acciones, previo al control registral, aunque en los hechos en muchas jurisdicciones el doble control se ha eliminado a favor del administrativo (ley 22.316).

vi.- Limitaciones a los grupos de sociedades. La reglamentación sobre el control se manifiesta en las siguientes normas: art. 62; arts. 30, 31 y 32; art. 286, inc. 2; art. 299, inc. 6; art. 54 de la ley de sociedades comerciales y en la falta de reconocimiento del “interés grupal”. También en la quiebra por incumplimiento individual en el concurso por agrupamiento (art. 65 ley 24522) y en la extensión de la quiebra de la controlada a la controlante, si se dan las circunstancias previstas por el artículo 161, inciso 2) de la ley 24522.

vii. Control de sociedades extranjeras. El art. 118 de la ley 19.550 dispone la aplicación de la ley del lugar del domicilio de constitución a las sociedades extranjeras. Sin embargo, como el art. 124 de la misma ley establece la aplicación de la ley local a cualquier sociedad constituida en el extranjero que tuviera su sede o establecimiento principal en el país, la interpretación durante mucho tiempo del citado art. 118 se hizo entendiendo que la aplicación de la ley del lugar de constitución se refería a la ley del domicilio efectivo. Durante el auge de la globalización societaria esta interpretación cambió, pero hoy se mantiene el criterio del domicilio efectivo como base para la ley aplicable, sin perjuicio de la existencia de importante doctrina que postula la libre elección de la ley aplicable a las sociedades.

6.- El paradigma societario “contractualista” de la Posmodernidad

Este paradigma tiene aplicación en los siguientes institutos y reglas vigentes:

i.- La “Sociedad por acciones simplificada”: una sociedad “posmoderna”. La Ley de Emprendedores 27.349 crea a la “Sociedad por Acciones Simplificada” o “S.A.S”, como un nuevo tipo social y con una reglamentación autónoma fuera de la ley general de sociedades, en un nuevo y sustantivo paso de flexibilización del derecho societario¹⁷.

¹⁵ Nissen, Ricardo “La infracapitalización societaria, la prevención de daños y las Sociedades por Acciones Simplificadas”, LL 2017-E-1117, AR/DOC/2633/2017; Ceserani, Luis “El deber de prevención del socio en la infracapitalización societaria”, LL 1-12-2020, AR/DOC/3542/2020.

¹⁶ Ver del autor: “El modelo societario institucional en las nuevas resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación” en “Sociedades ante la I.G.J.”, Daniel Vítolo (Dir.), Lucía Spagnolo (coor.), Ed. La Ley, Bs.As., abril 2005, pag.158.; ITURRES - Carlos Federico Juan “El control de legalidad después de la sanción de las leyes 26994 y 27349” Revista del Notariado, nro 935 (ene - mar 2019); De León, Darío H., “El control de legalidad en el nuevo registro público”, en AA. VV., XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t. 1, 2016.

¹⁷ Favier Dubois, E. M. “Sociedad por acciones simplificada y empresa familiar. Dos astros alineados”, Ed. Ad Hoc, Monografías, MG A

ii.- Las reglas del Buen Gobierno Corporativo en las sociedades cotizantes. Es su postulado que la gestión empresarial debe orientarse hacia la maximización del valor de la empresa (shareholder value) y al incremento del patrimonio del accionista¹⁸

iii.- Unipersonalidad. La ley 26.994 vigente admite expresamente la constitución de una “Sociedad Anónima Unipersonal” (SAU), y la unipersonalidad sobreviniente ya no es más causal de disolución (art. 94bis). Posteriormente, la ley 27.290 deja de exigir pluralidad de directores y síndicos en la sociedad anónima unipersonal, quedando solo sujeta a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor (art.299 inc.7°).

iv.- Derogación de la Tipicidad. En materia de “tipicidad” societaria, la inicial sanción de nulidad absoluta de la sociedad “atípica” (art. 17), sujeta a liquidación, desapareció con la ley 26.994, que ahora la admite en su existencia y continuidad como una sociedad de la enigmática “Sección IV” (nuevo art. 17 LGS).

v.- Libertad estatutaria. Malgrado la existencia de estipulaciones nulas propias del sistema publicista, para el resto de las materias la ley vigente admite la libertad estatutaria de conformidad con los predicados del art. 11¹⁹

vi. Libertad en los contratos asociativos. En materia de contratos asociativos, la tipicidad desapareció con la sanción del nuevo CCCN y el reconocimiento expreso a la libertad en la materia (arts. 1442 y 1446).

vii.- Reconocimiento de los pactos de socios. En la actualidad, a partir del art. 1010, segundo parte, del CCCN, no solo se reconoce su validez interna sino su legitimidad para ser “causa” de otros contratos y actos jurídicos, con la posibilidad de ser oponibles como contratos asociativos (art. 1447) y de ser considerados contratos “conexos” al contrato de sociedad (art. 1073), con las implicancias que ello produce (art.1075)²⁰.

viii.- Limitación de la responsabilidad de los socios informales. En la actualidad, en las sociedades de la Sección IV, también denominadas “simples” o “residuales”, los socios responden –como regla- en forma “mancomunada” y por “partes iguales” (art. 24 LGS).

ix.- Agravamiento de la responsabilidad de administradores: Se ha registrado un notable proceso de agravamiento en la responsabilidad de los administradores fundado en la teoría de la agencia y en la liberación del socio como inversor, paradigmas del neoliberalismo,

x.- Deliberaciones sociales no presenciales. Se trata de una modalidad que llegó para quedarse y marca la adecuación del funcionamiento interno societario a la digitalización propia de la Posmodernidad.

xi.- Contabilidad informática. El Código Civil y Comercial de 2015 (CCCN), que en el art. 329 inciso a) autoriza a cualquier obligado contable, sea persona humana o persona jurídica (art.320) a sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de

53, Bs.As., Marzo 2018.

¹⁸ Ver Fernández de la Gándara, Luis “El debate actual sobre el gobierno corporativo..” en Esteban Velasco, Gaudencio (coord.), “El gobierno de las sociedades cotizadas”, Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons, pag.60. Vítolo, Daniel “Corporate Governance en la nueva dinámica societaria a partir de la SARBANES OXLEY ACT de los Estados Unidos. Difusión y reflexiones” en “Sociedades Comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno Corporativo”, Vítolo-Embid Irujo (directores), Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Sta.Fe, 2004, pág. 11. Luchinsky, Rodrigo S. “El sistema de gobierno societario. Corporate Governance en el derecho argentino”, Ed. Lexis Nexos, Bs.As., 2006, pág. 1 y ss.

¹⁹ Richard, Efraín Hugo “Libertad asociativa y autonomía estatutaria” en “X Congreso Argentino de Derecho Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba 2007, tomo I, pág. 327.

²⁰ Favier Dubois, E.M. “Reconocimiento del ‘pacto protocolar’ y nuevo marco legal para las empresas familiares en el código civil” en la obra colectiva “El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema de Derecho Privado”, Ed. Universidad de Mendoza, Facultad de C. Jurídicas y Sociales y Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Derecho, Mendoza, 2016, tomo 3, pág. 1597, en coautoría con Lucía Spagnolo.

sus formalidades, por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos.

xii.- Reducción de los efectos de las inscripciones registrales. El CCCN establece inscripciones meramente declarativas (arts. 142, 157, 320 y conc. del CCCN, modificación del art. 6° de la ley general de sociedades por ley 26.994) y, en cuanto a las sociedades no inscriptas (de hecho o irregulares), hoy existe la posibilidad de invocar el contrato entre los socios dentro de la “sociedad de la Sección IV” en la reforma del año 2015 (art. 22 según ley 26.994).

xiii.- Resolución privada de conflictos. El nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 1649, incorpora al arbitraje como contrato, sin requerir el “compromiso arbitral”, pero de un modo peculiar por el cuál amplía y reduce las posibilidades de arbitraje.

xiv.- Otros impactos del paradigma privatista. La tendencia mundial e iniciativas locales para dotar a las cooperativas de “socios capitalistas”²¹; y en materia de asociaciones civiles se relativiza su objeto, que antes era el bien común o el interés general, y ahora es “que no sea contrario” a tales valores (art. 168 del CCCN).

7.- El sub-paradigma societario “humanista” de la Posmodernidad

Entre sus postulados y reglas se destacan: i.-La responsabilidad social empresaria y el balance social; ii.-Las empresas benéficas o empresas “B”; iii.-La promoción de las empresas familiares; iv.-El cupo de género en los directorios²²; v.-Las cooperativas en las “fábricas recuperadas” (arts. 48 bis, 191bis y conc., ley 24.522).

8.- El sub-paradigma de la “prevención del lavado” de la Posmodernidad.

Este paradigma se diferencia del “publicista” porque su eje principal no es cuidar los intereses empresariales, de acreedores o de socios, sino prevenir delitos específicos.

Algunas de las reglas son las siguientes: i.-El rechazo de las sociedades “off shore”; ii.-La nominatividad obligatoria de las acciones; iii.-La identificación del “beneficiario final”; iv.-La prohibición de los testaferros; y v.-La responsabilidad penal de las personas jurídicas.

9.- Colofón.

A mi juicio, el reconocimiento sobre la configuración y coexistencia de tales modelos, como así de sus fundamentos, es un punto de partida necesario para enriquecer los actuales debates doctrinarios y para avanzar en la búsqueda de interpretaciones y de cambios legislativos superadores.

²¹ Egea, Carina y Fernández, Patricia: “Las cooperativas. El capital y el financiamiento con impacto social”, LL 12-2-2021, AR/DOC/4046/2020; Gadea -Sacristán - Vargas Vasserot, Régimen Jurídico de la Sociedad Cooperativa del Siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reformas, Dykinson, Madrid, 2009, p. 154 y sig.

²² Ver las posturas distintas en: Fernández de Andreani, Patricia A. “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género”, LL AR/DOC/269/2020; Salvochea, Ramiro “Diversidad de género y la resolución (IGJ) 34/2020: un problema real, un camino equivocado”, Rev. Temas de D. Comercial, Empresarial y del Consumidor, Ed. Erreius, Bs.As., Noviembre 2020, pág. 1033; Mata, Juan Ignacio “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, LL AR/DOC/3218/2020; Spagnolo Lucía y Fernández de Andreani, Patricia “La IGJ marca agenda: la paridad de género y la igualdad real entre hombres y mujeres debe proyectarse a todos los espacios sociales”, Edit. Errepar, DSE, Boletín 32, Septiembre de 2020.

LA EXCLUSIÓN DE LA MUJER DEL PODER ECONÓMICO

Patricia A. Fernández de Andreani

SUMARIO

La exclusión de la mujer de la ciudadanía significó la exclusión de la misma de la autonomía, de la libertad y del poder económico. Para acceder a la igualdad material que importa reducir las desigualdades materiales, un principio directivo nunca plenamente realizable, y solo imperfectamente realizable, necesitamos una reforma permanente del ordenamiento jurídico¹.

1. La exclusión de las mujeres de la ciudadanía

Afirma la filósofa María José Añon² con acierto que el Estado moderno nació excluyendo a las mujeres. Esta no es una cuestión accidental del Estado moderno sino constitutiva, estructural. El hombre libre, autónomo e independiente eran características que solo el varón reunía. Los varones dejaron de ser súbditos bajo la organización feudal y pasaron a ser ciudadanos en la nueva organización, mientras que las mujeres al igual que los menores pertenecían al pater familia y no reunían la condición de ciudadanía.

Prueba de lo que venimos diciendo es que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 hacía mención del hombre en sentido singular del término. Así el art. 1 decía que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”.

De hecho, se les negó explícitamente a las mujeres los mismos derechos que se les había reconocido a los varones, sobre la base como explicaba Charles-Maurice Talleyrand de que “la delicada constitución de las mujeres, sus inclinaciones pacíficas, las muchas obligaciones de la maternidad, las distanciaban constantemente de las preocupaciones públicas”³.

Los autores de la época, representantes del iusnaturalismo ilustrado y consideraban que el nuevo orden social debía seguir el orden de la naturaleza.

En este sentido Locke pretendía crear un derecho positivo armónico con los derechos naturales sin entrar en contradicción con su doctrina y en base a ello fundamento que la subordinación política e individual de las mujeres era debida al reflejo del derecho natural. Por su parte Rousseau resuelve la contradicción igualitaria afirmando que los varones son iguales porque han sabido salir de las prescripciones naturales por el bien común, mientras que las mujeres no pueden ser iguales porque siguen las indicaciones de la naturaleza; no poseen más noción del bien que el dictado por los afectos y éste está dirigido exclusivamente a los inmediatos allegados⁴.

Juan Baustista Alberdi como inspirador de nuestra constitución no se alejaba de ese pensamiento. Por el contrario él sostenía “En cuanto a la mujer, artífice modesto y poderoso,

¹ Al decir de FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, Ed. Trotta, 2019, p. 15

² AÑON, María José, “Mujeres, Igualdad y Ciudadanía”, en Fernández Andreani-Boquin, *Igualdad real de las mujeres*, Ed. Astrea 2021, pp. 2 y ss.

³ SANCHIS VIDAL, A. “Derecho Constitucional Histórico Español y perspectiva de género”, en Ventura Franch-Iglesias Bárez, Ed. Universidad Salamanca, 2020, p. 95

⁴ MIYARES, Alicia, *Democracia feminista*, Ed. Cátedra Universitat de Valencia, 2018, pp. 110 y ss.

que, desde su rincón, hace las costumbres privadas y públicas, organiza la familia, prepara el ciudadano y echa las bases del Estado, su instrucción no debe ser brillante. No debe consistir en talentos de ornato y lujo exterior, como la música, el baile, la pintura, según ha sucedido hasta aquí. Necesitamos señoras y no artistas. La mujer debe brillar con el brillo del honor, de la dignidad, de la modestia de su vida. Sus destinos son serios; no ha venido al mundo para ornar el salón, sino para hermoear la soledad fecunda del hogar. Darle apego a su casa, es salvarla; y para que la casa la atraiga, se debe hacer de ella un Edén. Bien se comprende que la conservación de ese Edén exige una asistencia y una laboriosidad incesantes, y que una mujer laboriosa no tiene el tiempo de perderse, ni el gusto de disiparse en vanas reuniones. Mientras la mujer viva en la calle y en medio de las provocaciones, recogiendo aplausos, como actriz, en el salón, rozándose como un diputado entre esa especie de público que se llama la sociedad, educará los hijos a su imagen, servirá a la República como Lola Montes, y será útil para sí misma y para su marido como una Mesalina más o menos decente”⁵.

Por ello hoy las nuevas corrientes feministas abogan por un constitucionalismo con perspectiva de género donde las mujeres ingresen al carácter de ciudadanas en las mismas condiciones que el varón.

Con ese objetivo se promueve la utilización de un lenguaje no sexista, que incluya a todos los géneros. El principio de paridad que sea un principio orientador del orden constitucional y que alcance a todos los espacios y rincones de la sociedad y que los derechos de las mujeres surjan del propio texto constitucional: tales como el derecho a una vida libre de violencia, los derechos reproductivos, el derecho a una educación igualitaria, la co-educación y la corresponsabilidad en las tareas de los cuidados y domésticas⁶.

2. La exclusión de las mujeres del poder económico. La necesidad de contar con normas para revertir las desigualdades

La exclusión de las mujeres de la ciudadanía provocó a la postre la propia exclusión de las mujeres del poder económico. Si las mujeres casadas hasta avanzado el siglo pasado no podían ejercer el comercio, ni su profesión, ni estar en juicio, ni formar parte de contratos sin el consentimiento de su marido, está claro que no podían acceder a la autonomía, ni mucho menos a la tierra, ni al poder económico.

Las estadísticas demuestran que hoy en día poco se ha avanzado.

En Latinoamérica de acuerdo al informe reciente del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) “solo el 14% de las firmas son de propiedad femenina; los directorios de la región cuentan con un 15% de participación femenina; y tan solo en el 11% de las empresas el puesto de gerente principal está ocupado por una mujer”⁷, esto debe complementarse con los resultados de la Revista Mercado y KPMG que dan cuenta que en Argentina de las 1000 empresas que más comercializan solo el 13,7% de los cargos de los directorios está ocupado por mujeres y que el 95% de los cargos de presidente está ocupado por varones⁸. A su vez el informe del BID citado precedentemente demuestra que cuanto más estricta es la ley de cuotas de género en los directorios, mayor es la representación de mujeres dentro de los mismos y agrega otra investigación realizada en Italia que afirma que luego de la

⁵ ALBERDI, Juan B., Bases y puntos de partida de la organización política argentina, p. 90.

⁶ Conf. GOMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, Una constituyente feminista, Ed. Marcial Pons, 2017, pp. 161 y ss.

⁷ Conf. Informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), División Género y Diversidad, “Una olimpiada desigual”, Nota N° IDB-TN-2255, agosto 2021.

⁸ Revista Mercado, Agosto 2021.

imposición de cuotas de género en los directorios, las firmas aumentaron su sensibilidad sobre la equidad de género. Incrementaron en un 50% su atención hacia estos temas relacionados a la presencia de mujeres en puestos de liderazgo, a las brechas salariales y flexibilidad horaria, y tomaron acciones concretas hacia programas de mentoreo, evaluación y capacitaciones en liderazgo para su fuerza laboral.

Esto se compadece con la iniciativa de la Unión Europea, tras un largo historial de recomendaciones que en el 2012 publicó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que establecen medidas afines, al constatar-se que “las medidas no vinculantes” como las anteriores recomendaciones de la UE y los llamamientos a la autorregulación, no han alcanzado el objetivo de aumentar la igualdad de género en la toma de decisiones económicas en el conjunto de la Unión Europea y que la mayor evolución en el incremento de mujeres en los Consejos se ha producido en los Estados que han introducido en sus regulaciones medidas imperativas⁹.

Lo cierto es que la empresa sigue siendo el ámbito de la masculinidad de la dominación: agresividad, lucha, duelo, desafío, poder.

La falta de inserción de la mujer en el ámbito empresarial da cuenta de la discriminación de las mujeres en los ámbitos de administración y dirección de las empresas. No podemos apostar el cambio solo depositando ese desafío en los varones de poder.

Para hacer realidad el derecho de las mujeres a participar en ámbito del poder económico se requiere una norma imperativa general en el ámbito de las sociedades que recurren a la Bolsa de Valores, como así también se requiere el mismo tipo de norma de alcance general en todo el país para las sociedades del Estado, sociedades con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas de economía mixta; sociedades anónimas que realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; las sociedades que exploten concesiones o servicios públicos y las sociedades cooperativas y mutuales y las fundaciones y asociaciones civiles.

En materia de sociedades cerradas es necesario que se dicten normas recomendatorias que sensibilicen en la materia y premios impositivos para quienes incorporen directorios diversos, en especial con participación paritaria.

Sería juicioso introducir además un sistema de incentivo fiscal para las empresas que ayuden a sus empleados, mujeres y hombres a conciliar carrera profesional y las tareas de cuidado y domésticas. Este es el salto más importante que se debe dar en la materia para desmontar la histórica división del trabajo.

Igualmente se debe sensibilizar a los hombres con el fin de deconstruir su propio comportamiento:

- Monopolio de la palabra en las reuniones
- Interrupción de las mujeres que tomas las palabras
- Fenómenos de agresividad o condescendencia de cara a las mujeres
- Síndrome de la mujer transparente (no se la presenta, no se le habla, es un extra)
- Organizar para los trabajadores ciclos de formación sobre dominación masculina, estereotipos de género y sexismo ordinario. Propiciar la evolución de la cultura del management valorando la amabilidad, la benevolencia, el respeto, la calidad de la escucha.

⁹ Senet Vidal, María J., “Igualdad efectiva en la responsabilidad social de las empresas”, en Ventura Franch-García Campá (dir.), El derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, Madrid, Ed. Aranzadi, 2018, p. 895.

Como método de trabajo las empresas deberían otorgar facilidades de horarios a padres y madres para que concilien ambivalentemente con las tareas de cuidado; prohibir toda reunión y desincentivar encuentros donde se hable de trabajo fuera del estricto horario laboral, como así también desmotivar cualquier tipo de práctica deportiva o esparcimiento que excluya a las mujeres; igualar el tiempo de palabra en las reuniones; disponer de mecanismos internos donde se pueda revelar cualquier conducta violenta o que represente un acoso para la mujer.

No debe solo circunscribirse la perspectiva de género en el poder económico a cubrir en paridad los miembros del órgano de gestión de las sociedades y personas jurídicas, la discriminación de las mujeres en el ámbito empresarial se plasma en otros diversos aspectos tales como el acceso a la titularidad empresarial, la brecha retributiva y de financiación, estereotipos en el proceso de selección, dificultades para la conciliación con la vida familiar, violencia y acoso sobre la mujer, etc.

Todos temas igual de importantes y que aún no encuentran solución; justamente lo que lleva al Fondo Económico Mundial a sostener que se requiere 257 años¹⁰ más para alcanzar la igualdad económica entre varones y mujeres. Esto exige un consenso en torno a valores éticos que permita cuestionar la mayoritaria representación masculina en los ámbitos del poder económico.

3. Conclusiones

Romper con las barreras que condicionan a la mujer llegar a los lugares de decisión y al capital requiere un acompañamiento legislativo y constitucional. Una constitución que incorpore a las mujeres como ciudadanas plenas conforme lo hizo la República del trasandino país chileno y que aún no se ha consagrado por encontrarse sujeta a la aprobación ciudadana. Constitución que debe perfilar una ciudadanía paritaria que se logre en todos los ámbitos sociales, políticos, culturales, y también en el ámbito del poder económico. A su vez, y sin perjuicio de los esfuerzos que hacen algunas leyes provinciales como la de Córdoba¹¹, Entre Ríos¹² y algunas resoluciones de organismos de contralor como la IGJ¹³, la Argentina merece una norma de alcance nacional que proyecte la paridad a las personas jurídicas, cooperativas, mutuales y cierto tipo de sociedades comerciales, conforme lo señalado precedentemente.

La infrarrepresentación de las mujeres en los espacios del poder económico no es aceptable en el Siglo XXI y no se corresponde con una democracia plena. Varones y mujeres tenemos el gran reto de revertir esta realidad. El lema de este congreso es libertad bajo responsabilidad y humildemente agregaría libertad de empresa sí, pero no acosta de la desigualdad de género. La libertad de asociación, como la libertad de empresa no son derechos absolutos sino que pueden admitir restricciones, en este caso, en pos de satisfacer el interés general de la democracia y la satisfacción de los derechos humanos de las mujeres.

¹⁰ World Economic Forum, "Global Gender Gap Report 2020". Disponible en: https://es.weforum.org/docs/WEF_GGGR-2020.pdf.

¹¹ Ley Provincial 10719.

¹² Aprobada el 13 de noviembre de 2020.

¹³ Res. 34/2020.

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL PROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES URUGUAYO

Alicia Ferrer Montenegro

La libertad es uno de los derechos esenciales del hombre consagrados en la Constitución en prácticamente todas las jurisdicciones a nivel global.

Ese derecho esencial se ve reflejado en el ordenamiento jurídico a través de múltiples disposiciones, y los Códigos Civil y de Comercio lo recogen bajo el principio de autonomía de la voluntad.

En el Derecho Comercial, y esencialmente en el ámbito de los contratos, adquiere especial relevancia.

Los empresarios suelen tener intereses complejos o multiplicidad de intereses que intentan plasmar en un esquema formal que es el contrato.

Mediante la autorregulación normalmente contemplan sus diferentes intereses. Para distinguirlos es necesario acudir no solamente al esquema contractual formalizado sino a los comportamientos y actividades que cada uno de los contratantes realiza. Lo señala el propio artículo 296 del Código de Comercio “los hechos de los contrayentes subsiguientes al contrato”, los “usos y prácticas generalmente observada en el comercio” deben ser tenidas en cuenta y analizadas conforme a la actividad desplegada por cada quien.

En el ámbito de la actuación empresarial bajo la forma societaria, este principio de autonomía de la voluntad se ha visto morigerado por normas societarias imperativas, que para alguna doctrina significa que la ley societaria es de orden público y por tanto indisponible por los partícipes del negocio societario.

El Proyecto de Ley de sociedades comerciales a estudio del Parlamento uruguayo toma posición clara y decidida sobre la necesidad de jerarquización de la autonomía de la voluntad, rescatando la posición del legislador decimonónico y las mejores tradiciones de libertad.

En su Exposición de Motivos, propone la incorporación de una norma trascendente para el sistema societario uruguayo, en línea con las tendencias más modernas en el derecho comparado. Establece que el contrato social, el instrumento de constitución, el estatuto, sus modificaciones y resoluciones de los órganos sociales se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad.

La sociedad comercial es un negocio de contenido patrimonial, en el cual las partes acuerdan llevar adelante una actividad de riesgo, con la finalidad de compartir el lucro que de la misma haya de surgir.

Esto supone reconocer el carácter dispositivo de las previsiones de la ley, superando los problemas interpretativos que plantea la imperatividad difusa que parecen establecer la generalidad de las disposiciones del régimen vigente. Como solución de principio, son los otorgantes del negocio societario quienes están en mejores condiciones de decidir cuáles son las reglas que habrán de regular el funcionamiento de la sociedad, disponiendo del derecho patrimonial proveniente de su aporte. El negocio societario debe ajustarse a las especiales características de la relación económica acordada por las partes, a las que corresponde establecer las condiciones del mismo.

Como todas las manifestaciones del ejercicio de la libertad de las personas, consagrado

constitucionalmente, deben reconocerse las limitaciones necesarias que se establezcan por razones de interés general. En tal sentido, el carácter dispositivo de las previsiones de la ley habrá de tener como excepción aquéllas respecto de las cuales la propia ley expresamente establezca la nulidad ante su violación, se proteja un interés público o los derechos de terceros, la ley expresamente atribuya responsabilidades o se regulen acciones judiciales. Por el contrario toda otra norma será enunciativa, lo que habilita a las partes a pactar en el contrato o estatuto estipulaciones conforme lo estimen conveniente.

El Proyecto recoge la opinión de la mayoría de la doctrina que se inclina por el carácter dispositivo de las previsiones legales, entendiendo que nada aporta considerar las normas societarias como de orden público para el buen funcionamiento de las sociedades comerciales. El orden público societario implica limitación de la libertad y de aplicación del principio de autonomía de la voluntad reconocido inequívocamente por nuestra legislación.

Esta solución es la que también recoge la Ley N° 19.820 al regular el régimen de las sociedades por acciones simplificadas, que ha sido muy bien acogida por la doctrina y por los operadores económicos.

En definitiva, el Proyecto rescata uno de los principios fundamentales del derecho privado patrimonial, entendiendo que solo el/los sujeto/s intervinientes en el negocio societario es quien está en mejores condiciones de determinar qué es útil a la actividad que se propone desarrollar.

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA PRODUCTIVIDAD (ART. 1º) Y DE LA VIABILIDAD (ART. 100)

Rafael Mariano Manóvil

SUMARIO

El de la aplicación de los aportes a la producción o intercambio de bienes o servicios no es un requisito de validez de la sociedad. La ausencia de “empresa” puede, en casos concretos, generar otras consecuencias, como la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pero nunca provoca la nulidad de la sociedad.

Cuando el Art. 100 LSG permite decidir la remoción de una causal de disolución “si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad”, lo hace en protección interna de los socios y no para que una autoridad pública emita opinión o ejerza control. El proyecto de reformas de 2019 contribuye a la recta interpretación de ambas cosas.

PONENCIA

I. La ausencia de empresa y de actividad productiva no hacen nula la sociedad

Los dos temas de esta breve ponencia se concatenan por su común referencia al elemento empresario que, por regla general, subyace en el instrumento societario. Desde largo tiempo atrás la noción de *empresa* ha encandilado a los autores, tanto en el derecho comparado como nacional, a veces perturbando el estudio de los elementos que componen el concepto de sociedad. Son tantos y tan conocidos sus adalides, que omitiré toda cita al respecto. Sólo diré que con motivo de la sanción del Código Civil y Comercial y de la consecuente incorporación de las sociedades civiles en el régimen de la Ley General de Sociedades, ese debate se reabrió: se llegó a sostener que había desaparecido, no solo la sociedad civil, sino toda posibilidad de sociedad sin empresa. Más aún: se ha escrito que, si no hay empresa no hay sociedad, que se está en presencia de un contrato asociativo, sin personalidad jurídica, regido por los Arts. 1442 y ss. del CCyC. Se trata, a mi juicio, de un enfoque erróneo.

Parece necesario, pues, reanalizar el tema y precisar el alcance del elemento *actividad productiva* en el concepto de sociedad. De acuerdo con lo que establece el Art. 1º LGS hay datos que caracterizan a la sociedad y la diferencian de otras figuras: (i) la organización jurídica, imprescindible para dotar a cualquier persona jurídica de los modos de formar y expresar su propia voluntad diferenciada; (ii) los aportes a los que se obligan los socios con destino a la sociedad, aportes sin los cuales carecerían ellos de la calidad de tales; (iii) la causa-fin de la sociedad que, como dato objetivo, se apoya en la comunidad de riesgos e intereses de los socios, más allá de los motivos individuales que les guíen.

Esos tres datos calificantes son esenciales, deben existir y son imprescindibles desde el momento mismo de la creación de la sociedad. La sociedad nace de un acto jurídico pluri o unipersonal. Desde ese acto jurídico fundacional da comienzo la existencia de la persona jurídica (Art. 142 CCyC), requiriendo ésta de una mecánica jurídica para funcionar, de un patrimonio (Art. 154 CCyC) -o sea de un sustrato que dé sustento a la actividad que se propone- y de una finalidad que se define en el mismo momento constitutivo.

En cambio, en el momento de constitución de la sociedad, no existe producción de bienes o de servicios, ni empresa o actividad alguna. El acto constitutivo tiene requisitos en la propia LGS (v.gr., Art. 11), pero lo son del acto jurídico. No se exige, en cambio, la comprobación de que ya exista una empresa. Esto es de sentido común: sería tautológico decir que la sociedad existe desde el momento constitutivo y que, como dato precedente, en ese mismo momento ya debe existir la empresa o la actividad productiva. Con esto basta para concluir que la ausencia de ellas, al no ser requisito de validez del acto constitutivo de la sociedad, no genera su nulidad, ni mucho menos su inexistencia.

A ello se agrega que la propia ley prevé supuestos de sociedades de las que no se puede predicar que desarrollan actividad *empresaria*. Ante todo, el Art. 3 LGS, que admite la asociación civil bajo forma de sociedad. Más importante aún, el Art. 31 LGS que regula supuestos de sociedades *holding* puras. La norma establece límites a la participación de unas sociedades en otras pero exceptúa de la restricción a “*aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión*”. Podrá decirse, tal vez, que administrar una cartera de inversiones constituye una actividad *empresaria*. Empero, sin duda, no lo es la sociedad que solo es tenedora, por ejemplo, de un paquete accionario en otra u otras sociedades, sin participar del tráfico permanente de los títulos en el mercado. Tampoco lo sería una sociedad cuyo único objeto fuera mantener inversiones en entidades bancarias: ciertamente, las decisiones de inversión que, de tanto en tanto, adopte la sociedad, difícilmente puedan calificar de actividad *empresaria*. Los ejemplos pueden multiplicarse.

Cabe plantear, entonces, el interrogante acerca de cuál es la función jurídica que cumple la actividad productiva o la empresa en la descripción del Art. 1° LGS. La respuesta que ha dado la doctrina y alguna jurisprudencia, es la de ser el elemento cuya ausencia puede ser decisiva a la hora de confrontar la personalidad jurídica de la sociedad con los legítimos derechos que, en un caso concreto, hallan un obstáculo en esa personalidad. En otras palabras, la existencia o no de una empresa puede ser el dato decisivo para declarar inoponible la personalidad jurídica de una sociedad: en un caso sucesorio o de disolución de la comunidad de bienes del matrimonio, si la sociedad sólo es tenedora de bienes o de fondos, el juez puede decidir pasar por sobre los límites del sujeto societario e imputárselos al causante, al cónyuge, etc. para satisfacer los derechos que se reclaman. En cambio, en el mismo caso, cuando existe empresa societaria, el juez no debe hacer lugar a una partición de bienes que significaría su desmantelamiento.

El proyecto de reformas de 2019 propuso normas clarificadoras. Por una parte, aun manteniendo en el Art. 1° la referencia a la *aplicación* a la producción de bienes y servicios, así como su consecuente vinculado a la causa-fin de la sociedad, previó en un segundo párrafo que podría haber sociedades con otra finalidad que la de participar en las utilidades y soportar las pérdidas (expresión del riesgo común de una actividad productiva): “*El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o a forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios*”. Es decir, se explicita allí algo que es también válido en el derecho vigente: la licitud de la utilización parcial o total de la estructura societaria para todas las formas de actividades con finalidades mutualistas, benéficas, etc., incluidas las llamadas “Empresas B”.

El mismo proyecto propuso incorporar como causa para la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica, precisamente el mentado supuesto de que “*sin justificación de una genuina actividad productiva [la sociedad] constituya el obstáculo para acceder al ejercicio de los derechos de aquéllos [socios o terceros]*”. Se plasma así la adecuada ubicación

del dato empresario en el contexto jurídico de la sociedad, alejándolo de cualquier pretensión regulatoria en el ámbito registral o de control administrativo.

II. La exigencia de viabilidad para la remoción de una causal de disolución es cuestión interna de la sociedad

Vigente la versión original de la Ley de Sociedades Comerciales, fue objeto de vivos debates la posibilidad de que, configurada una causal de disolución de la sociedad, los socios pudieran lícitamente adoptar la decisión de *reactivarla*. Particularmente importante fue la discusión doctrinaria y jurisprudencial para los supuestos de disolución *ipso jure* por vencimiento del plazo de duración. La norma exigía que una prórroga dispuesta por el órgano de gobierno de la sociedad estuviera no solo resuelta, sino también *inscrita* en el Registro antes de vencer el plazo contractual (Art. 95 LSC, original). Con ello se generaba incertidumbre, porque a veces caer en disolución dependía de los tiempos del Registro y no de la diligencia de la sociedad o de la de sus socios.

Quienes consideraban inadmisibles la *reactivación* de la sociedad disuelta se fundaban en la ausencia de previsión legal y en el supuesto carácter imperativo, inexorable e indisponible del proceso de liquidación luego de disuelta la sociedad. Ello implicaba que, si los socios deseaban continuar con la actividad, debían constituir una nueva sociedad, transferir a esta última el fondo de comercio en el marco de la liquidación, y asumir las complejidades y los costos consiguientes. La posición contraria se fundaba en el rechazo de un formalismo inconducente, en la autonomía de la voluntad en tanto se respetaran los derechos de terceros (la *reactivación* no dispensaba de las responsabilidades del Art. 99), y en la razonabilidad de una aplicación valiosa del principio de conservación de la empresa.

La reforma de 1983 (ley 22.903) resolvió la cuestión solo para el supuesto de disolución por vencimiento del plazo de duración. Estableció, en primer término, que la prórroga garantizaba la vida de la sociedad sin solución de continuidad con tal de que se hubiera *solicitado* la inscripción antes del vencimiento (Art. 95 segundo párrafo, LGS). En segundo lugar, introdujo en el mismo artículo dos párrafos que permiten a los socios resolver la *reconducción* de la sociedad, como una suerte de prórroga tardía del plazo de duración. Hasta que se haya inscripto el nombramiento del liquidador, la decisión puede adoptarse con las mismas mayorías que la prórroga, luego de esa inscripción sólo por unanimidad. Por supuesto, que ello siempre sin perjuicio del régimen de responsabilidades del Art. 99 LGS. Aunque por su ubicación sistemática la *reconducción* está asociada con la prórroga, la doctrina prevaleciente se inclinó por admitir idéntico régimen para reactivar la sociedad disuelta por cualquier otra causal.

El Proyecto de Reformas de la Comisión integrada por Anaya, Bergel y Etcheverry (2003-2005), no innovó sobre el tema. En cambio, una de las pocas reformas que se introdujeron a la LGS con motivo de la sanción del CCyC, consistió en la introducción, como primer párrafo del Art. 100 LGS, de lo que se dio en llamar *remoción de causales de disolución*. Entendió el legislador que esta posibilidad es el principal instrumento para servir al principio de conservación de la empresa, mucho más que el débil párrafo, ahora relegado a segundo plano, que resuelve que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

La nueva norma permite que cualquier causa de disolución pueda ser removida por resolución del órgano de gobierno adoptada antes de la cancelación de la inscripción de la sociedad, si se elimina la causa que le dio origen y “si existe viabilidad económica y social de la subsis-

tencia de la actividad de la sociedad".

Apenas conocida esta innovación, bien que en forma aislada, aparecieron algunas dudas acerca del modo en que las autoridades registrales o de contralor societario interpretarían el concepto de *viabilidad económica y social*" y acerca de cómo lo juzgarían en cada caso concreto. El solo planteo del problema demuestra un yerro interpretativo substancial sobre el propósito de la norma y sobre el interés que intenta protegerse.

No se trata, ciertamente, de la protección de un interés general, ni de una condición impuesta para la creación, existencia o vida normal de una sociedad. En el apartado anterior demostré que la existencia de empresa o de actividad productiva no es una condición de validez de la sociedad, ni su ausencia es una causal de nulidad de la misma. Mucho menos la ley exige que en cualquiera de esos momentos de la vida societaria se compruebe ante autoridad alguna la viabilidad económica y social de lo que se propone hacer o hace la sociedad¹. Tampoco existe tal requisito para resolver o inscribir la prórroga del plazo de duración de la sociedad. Nada hay en la LGS que otorgue al registrador o a la autoridad de control la facultad de requerir o revisar la viabilidad económica o social de la sociedad. ¿Cuál es, entonces, el interés protegido, cuál el propósito de la norma? Producida una causal de disolución de la sociedad, nace en cabeza de los socios el derecho a obtener el producido de su liquidación, en la proporción que les corresponde. Los socios tienen la expectativa de obtener ese producido. La decisión de remover la causal de disolución revierte ese derecho, deja esa expectativa sin efecto.

De modo, entonces, que la exigencia de la norma protege el interés del socio de obtener la distribución de su cuota del patrimonio social, para que no le sea desbaratada su expectativa sin justificación adecuada. Dado que el que se protege es ése interés y no otro, cuando la resolución es unánime, prevalece la autonomía de la voluntad y el peso decisivo del consentimiento de todos los interesados. Por ello, la norma adquiere relevancia y ejerce su función de tutela cuando la resolución de remover la causal de disolución, en los tipos que lo permiten, es adoptada por mayoría. Protege aquí a los socios o accionistas disidentes contra una decisión mayoritaria que los priva de su derecho a la cuota de liquidación, obligándolos a permanecer en una sociedad que no se halle en situación o con perspectivas razonables de viabilidad económica, o cuyos conflictos internos dificulten o impidan su fluido funcionamiento.

El significado intrínseco de la *viabilidad*, o sea, qué es lo que es viable y qué no, es una cuestión de apreciación en cada caso concreto. El parámetro central es el principio de *razonabilidad*, que incluye el de *proporcionalidad*. Los criterios serán semejantes a los establecidos en el Art. 70 LGS para la formación de reservas facultativas: la decisión de retener y no distribuir utilidades tiene que explicarse y fundarse en criterios de razonabilidad y prudencia. Lo mismo rige, *mutatis mutandi*, para un aumento de capital, como reiteradamente se señaló en la doctrina y en la jurisprudencia.

Sin embargo, para remover la causal de disolución se justifica que el *test* sea más exigente que para el aumento de capital o la formación de reservas. Deberá probarse que la empresa es viable y próspera –o tiene expectativas razonables de serlo– y, en todo caso, que tiene perspectivas que superen a las de la inversión que el socio pueda hacer individualmente

¹ Por su falta de respaldo legal y su evidente inconstitucionalidad, dejo de lado las normas administrativas de la Inspección General de Justicia por las que el organismo, excediendo su competencia, respecto de variados supuestos se arroga la inexistente facultad de exigir, comprobar, opinar y juzgar sobre cuestiones inherentes al contenido empresarial o económico de las sociedades.

de su cuota. En otros términos, influirá la comparación entre el valor de liquidación del que se priva al socio y la chance de que la empresa societaria potencie ese valor hacia una rentabilidad superior. Sólo un juez puede resolver un conflicto sobre la aplicación de estos parámetros, nunca una autoridad registral o de control.

En el proyecto de 2019 se propuso reformular la redacción de la norma para aventar las dudas y evitar una interpretación errónea. Luego de establecer que las causales de disolución podrán ser removidas por decisión del órgano de gobierno, prevé que “*su validez entre los socios*” requiere adecuado fundamento “*en la viabilidad económica de la actividad económica de la sociedad*”.

Ni la norma vigente ni la proyectada disponen sobre la mayoría necesaria para resolver la remoción de una causal de disolución. Por su naturaleza, la mayoría es la necesaria para modificar el contrato social o estatuto, lo cual coincide con lo dispuesto en el Art. 95 LGS para la prórroga y para la reconducción. Para las sociedades anónimas, por identidad de situación, la resolución debe adoptarse por las mayorías especiales del último párrafo del Art. 244 LGS. Coherentemente con ello, procede reconocer a los accionistas disidentes el derecho de receso.

Este último derecho lleva a considerar la cuestión de si no es suficiente protección el derecho de receso y si no resulta excesivo y superfluo que el accionista goce de la doble protección del test de *viabilidad* de la empresa. En mi opinión se justifica otorgar la opción al accionista. El modo en que está regulado el ejercicio del derecho de receso en nuestro derecho no garantiza un valor de reembolso que represente el valor real de las acciones². La liquidación de la sociedad puede arrojar un valor de la cuota que corresponderá al accionista muy superior al de su derecho de receso. Como señalé antes, lo que la norma protege es su derecho a obtener esa cuota, salvo que exista una empresa viable que razonablemente le garantice la chance de una rentabilidad adecuada.

La controversia sobre la viabilidad de la empresa societaria corresponde ser planteada por medio de la impugnación de la resolución social por la que se remueve la causal de disolución. En el caso de la sociedad anónima, será en los términos del Art. 251 LGS.

² Es esta una cuestión de política legislativa que no puede profundizarse en este lugar.

DERECHOS POLÍTICOS DEL SOCIO EN UNA SAS

Jorge A. Marcotullio

PROPOSICIONES

La SAS autoriza un mayor empleo de la autonomía de la voluntad. Pero, consideramos que este derecho debe ejercerse con límites. Por ello proponemos la aplicación de las normas contenidas en la LGS, tanto para los supuestos en los cuales los derechos de información o receso no se encuentren previstos en el estatuto de una SAS, como en los casos donde expresamente se restrinja o prohíba el ejercicio de estos derechos. En cuanto al voto acumulativo, en razón de no existir norma supletoria de aplicación, entendemos conveniente su estipulación expresa en el estatuto, ya que, en ausencia de tal previsión, resultará difícil su empleo en una SAS.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Derechos políticos del socio en una SAS. 2.1. Derecho de información. 2.3. Derecho de receso. 2.3. Voto acumulativo. 3. La relación normativa entre los ordenamientos societarios. 4. Nuestra opinión en torno a la aplicación de los derechos de información, receso y voto acumulativo en la SAS. 5. Conclusiones.

1. Introducción¹

La sociedad por acciones simplificada (SAS) se encuentra receptada en nuestro país por Ley 27.349, denominada “Apoyo al Capital Emprendedor” (en adelante Ley SAS). Este tipo societario permite, a diferencia de lo que ocurre con aquellas figuras tradicionales previstas por la Ley General de Sociedades (en adelante LGS), mayor empleo de la autonomía de la voluntad. Esto importa que, el o los socios de una SAS puedan estipular aquellas cláusulas que rijan su funcionamiento interno, siempre que ello no afecte ciertos derechos.

El socio en una sociedad ocupa una posición en la relación jurídica que lo vincula con la sociedad y, por lo tanto, adquiere una serie de derechos y obligaciones. Derechos que podemos clasificarlos en políticos, referidos a la actuación del socio dentro de la sociedad, y patrimoniales o económicos, vinculados al propósito de lucro perseguido, cual es la finalidad de una sociedad, como reza el Art. 1 de la LGS “*participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”.

Partiendo de la premisa que los derechos de contenido patrimonial se encuentran precisados con mayor alcance que los vinculados a la actuación política del socio en una SAS², nos interesa pensar hasta qué punto se puede diseñar la estructura interna societaria, sin vulnerar derechos esenciales del socio, tales como el acceso a la información o el receso. Asimismo, analizaremos un aspecto vinculado al derecho de voto en una de sus modalidades. Para ello, abordaremos brevemente los derechos seleccionados para su análisis, luego la relación normativa existente entre los ordenamientos que rigen la SAS y, por último, intentaremos brindar una posible interpretación con respecto a los temas aquí planteados.

¹ El empleo de la primera persona del plural en la redacción obedece a razones de preferencia expositiva.

² La Ley SAS entre sus Arts. 40 a 48 regula distintos aspectos vinculados al capital social. Indicando en ocasiones mayores precisiones que la LGS, como es el supuesto de los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones, mientras que en otras omite ciertas consideraciones en torno a la mora en la integración o la evicción del aporte.

2. Derechos políticos del socio en una SAS

A continuación, plantearemos la aplicación dentro del ámbito de una SAS de dos derechos del socio, que entendemos esenciales e inderogables, como lo son el acceso a la información y el receso. Luego, abordaremos la posibilidad de potenciar el poder de voto mediante el uso del voto acumulativo.

2.1. Derecho de información

El derecho de información, tal como lo afirma Nissen³, permite al socio interiorizarse sobre el estado de los negocios sociales y del desempeño de los administradores, permitiendo participar de los actos deliberativos con un adecuado conocimiento.

Este derecho puede manifestarse de distintas formas. Mediante un *control directo*, solicitando al administrador información sobre la marcha del negocio, o a través del *control indirecto*, dirigiendo esa petición a la sindicatura, consejo de vigilancia u órgano afín creado (Art. 55 LGS). También podemos ver reflejado el derecho de información por medio del adecuado y oportuno conocimiento que debe darse al socio de los estados contables, como instrumento que refleja la situación económica, patrimonial y financiera del negocio (Art. 67 LGS). Asimismo, se visualiza este derecho por medio de la facultad que mantiene el socio de convocar al órgano de gobierno para deliberar temas propuestos (Art. 236 LGS). Por último, el derecho de información puede traducirse en el acceso a las actas que se labren datando las gestiones realizadas por cada órgano social (Art. 73 LGS).

En definitiva, se trata de un derecho esencial y que entendemos resulta inderogable, ya que permite a un socio tomar conocimiento oportuno y adecuado del negocio social del cual forma parte.

2.2. Derecho de receso

Con relación a este derecho, destacamos el aporte realizado por Dasso⁴, quien entiende a este instituto de la siguiente manera. Es un *“derecho potestativo del accionista, sujeto a condición resolutoria, para requerir en plazo perentorio la extinción del vínculo con la sociedad, en caso de decisión asamblearia prevista por la ley o de previsión estatutaria, exigiendo el reembolso del valor de sus acciones”*.

De este modo, conceptualizamos al derecho de receso como una atribución que la ley otorga al socio disconforme con determinadas resoluciones sociales para separarse de la sociedad. Para ejercer esta facultad, el socio debe únicamente manifestar en tiempo y forma su voluntad en tal sentido, a efectos que surja la obligación social de fijación y reembolso del valor de su participación social.

En nuestra opinión, el instituto en análisis presenta dos elementos esenciales: a) la separación del socio de la sociedad ante determinados casos; y b) la determinación y el reembolso del valor de la participación recedida. Estos dos elementos señalados de la figura guardan relación directa con los dos efectos principales que produce el ejercicio de este derecho. Por una parte, el socio que comunica su voluntad de separarse queda desvinculado de la sociedad, sustituyendo su calidad de socio por la de acreedor social. Por otra parte, la sociedad reduce su elenco de socios, -implicando o no disminución de su capital social,

³ NISSEN, Ricardo A: “Curso de Derecho Societario”. Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2013.

⁴ DASSO, Ariel A: “Derecho de separación o receso del accionista”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1981, pág. 8 y ss.

ya que puede abonar el reembolso disminuyendo su capital o sin hacerlo afectar reservas disponibles o utilidades no distribuidas para el pago-, y queda obligada frente al recedente al pago del reembolso.

Resulta entonces un derecho esencial y que, también entendemos al igual que el acceso a la información, es inderogable, ya que permite al socio desvincularse de la sociedad cuando se producen cambios sustanciales de las condiciones que tuvo presente al constituirla o incorporarse. Es una herramienta legal que conjuga los intereses contrapuestos de la mayoría para modificar su estructura societaria y del socio disconforme para separarse.

2.3. Voto acumulativo

Desde nuestro enfoque, esta facultad sirve para potenciar el poder de voto del accionista en una sociedad anónima, multiplicando su caudal de votos por el número total de vacantes a cubrir en el directorio, pero destinándolo solo a un tercio de las mismas. De este modo, ciertos accionistas minoritarios aumentan su voto tornándolo más efectivo hacia una tercera parte. Lo cual puede facilitar la elección de hasta un tercio de los candidatos a directores, permitiéndoles acceso a la dirección de la sociedad, sin que ello importe adquirir mayoría en el directorio.

Enseña Vítolo⁵, que la herramienta del voto acumulativo constituye un medio excepcional de concentración de votos para permitir que una minoría suficiente pueda asegurarse su representación en el órgano de administración de la sociedad.

Esta herramienta de significativo valor fue diseñada por el legislador de la LGS para la elección de los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de una sociedad anónima. El Art. 263 LGS prevé y reglamenta el empleo del voto acumulativo prescribiendo su inderogabilidad al consignar expresamente: *“El estatuto no puede derogar este derecho, ni reglamentarlo de manera que dificulte su ejercicio...”*.

3. La relación normativa entre los ordenamientos societarios

La Ley SAS prevé en su Art. 33: *“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. Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”*.

A partir de ello, podemos inferir que el régimen SAS pretende regular, tanto el alcance como las características de la figura. Entendemos por alcance a la capacidad de ejercicio de cada órgano social para conformar y expresar la voluntad del sujeto de derecho sociedad. Y por características a las cualidades y funcionamiento del sistema.

Como indica la norma, supletoriamente, es decir, aquellos aspectos o situaciones no regulados por la Ley SAS serán compensados por las disposiciones contenidas por la LGS, *“en cuanto se concilien con la Ley SAS”*. Esta pauta hermenéutica legalmente impuesta de *“conciliar”* ambas leyes, importaría según su semántica, acordar ambos preceptos legales.

Por su parte, la norma del Art. 49 de la Ley SAS prevé: *“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,*

⁵ VÍTOLO, Daniel R: *“Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada”*. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008. T. 4. Pág. 456.

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".

El interrogante en este punto se plantea en torno a ¿cuándo dentro del régimen SAS debemos recurrir a la norma genérica de la LGS para acordar ambos sistemas?

Resulta necesario a los fines de intentar una respuesta a esta cuestión distinguir, por un lado, los aspectos generales, previstos por la LGS de aplicación para todos los tipos societarios del régimen, en donde incluimos ahora a la SAS en los supuestos donde no hay regulación específica. Tales como el régimen de regularidad (Arts. 7 y 21 LGS); nulidades (Arts. 13, 16, 18, 19 y 20 LGS); la sociedad socia (Arts. 30 a 33 LGS); aspectos en torno a los aportes Arts. 37 y 46 LGS); excepciones a la infracción de la administración conjunta (Art. 58 LGS); la contabilidad Arts. 61 a 73 LGS); la reorganización societaria (Arts. 74 a 88 LGS), resolución parcial, disolución y liquidación (Arts. 89 a 112 LGS), etc. Y, por otro, aquellos aspectos propios del funcionamiento interno orgánico de la sociedad.

En el primer supuesto, entendemos que la norma del Art. 33 Ley SAS permite aplicar los preceptos generales contenidos en la LGS cuando lo requiera el funcionamiento de una sociedad por acciones simplificada. Ahora bien, cuando nos referimos al ámbito interno de la sociedad, esto es, la conformación y expresión de la voluntad del ente mediante sus órganos, parecería indicar la norma del Art. 49 Ley SAS una pauta más precisa. Esto es, a falta de previsión legal y estipulación contenida en el instrumento constitutivo, supletoriamente, resultarán aplicables las normas del tipo sociedad de responsabilidad limitada.

En otros términos, entendemos que los distintos aspectos indicados ut supra como genéricos a todo tipo societario, son aplicables a la SAS cuando lo fuere necesario mediante reenvío normativo directo a la LGS. Y, en materia orgánica, es decir, de funcionamiento interno, resultaría adecuado regular todos estos aspectos de la SAS en el acto constitutivo, pero en defecto de ello, serán de aplicación las normas particulares contenidas en la LGS para la sociedad de responsabilidad limitada.

4. Nuestra opinión en torno a la aplicación de los derechos de información, receso y voto acumulativo en la SAS

Consideramos que la SAS es una estructura societaria óptima para regular jurídicamente negocios y emprendimientos. Por tal motivo, creemos conveniente expandir su empleo al mismo tiempo que obtener certeza sobre la aplicación de ciertos derechos esenciales.

Compartimos la opinión dada por Balbin⁶ por cuanto la SAS pretende aliviar la rigidez de organización y funcionamiento propia del modelo tradicional de sociedad de capital. Pero, al mismo tiempo, no quisiéramos que se habilite un empleo no deseado de esta valiosa herramienta societaria. Es por ello que intentamos en esta reflexión brindar nuestro punto de vista en torno al ejercicio de ciertos derechos del socio que consideramos esenciales.

Sobre las distintas aristas que componen el derecho de información, al igual que la posibilidad de ejercer receso, no encontramos regulación expresa en la Ley SAS. Por tal motivo, a falta de previsión expresa que reglamente estos derechos en el acto constitutivo de una sociedad por acciones simplificada, entendemos que si resultan plenamente aplicables las disposiciones contenidas en la parte general de la LGS y las específicas de la SRL en cuanto al control directo o indirecto del socio (Art. 55 y 158 LGS), en materia de contabilidad (Art. 61 y s.s.

⁶ BALBIN, Sebastián: "El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS". RCCyC 2020 (febrero), 06/02/2020, 11. Cita Online: AR/DOC/4053/2019.

LGS), las previsiones sobre actas (Arts. 73 y 162 LGS) o el derecho de receso (Art. 160 LGS). La cuestión que, presuntamente ocasionaría mayores inconvenientes, puede estar dada si se presentan instrumentos constitutivos de SAS que expresamente deroguen tales derechos. Es decir, estatutos que prevean imposibilidad o prohibición de ejercer el derecho de información o receso.

Entendemos que, de la misma forma que prohíbe la LGS la eliminación u obstaculización en el ejercicio de estos derechos, podemos analógicamente interpretar su inderogabilidad en materia de SAS. Por ende, si se consignan cláusulas de esta naturaleza restrictiva en instrumentos constitutivos, las mismas deben reputarse nulas. Es decir, deben considerarse no escritas, en los términos del Art. 13 LGS, manteniendo el resto de las estipulaciones no afectadas validez por tratarse de una nulidad parcial, conforme Art. 389 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En síntesis, ante la falta de previsión expresa en el ejercicio del derecho de información o receso en el instrumento constitutivo, al igual que ante la existencia de prohibición expresa de su empleo, serán de aplicación supletoria las normas antes señaladas contenidas en la LGS. Ahora bien, en cuanto al voto acumulativo, no resultan tan simples nuestros esfuerzos por obtener una interpretación que habilite el empleo de esta herramienta de significativo valor para socios minoritarios. Esto así, por cuanto el régimen de voto acumulativo se encuentra previsto específicamente para las sociedades anónimas; tipo este que resultaría asimilable a la SAS más en razón del régimen del capital y las acciones que por su estructura orgánica y funcionamiento interno.

En otros términos, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos, como los analizados anteriormente, en donde la falta de previsión o la derogación expresa no importarían impedir su ejercicio, de acuerdo a nuestra interpretación, en el supuesto del voto acumulativo resulta diferente.

Desde nuestra perspectiva, si el instrumento constitutivo de una SAS prevé expresamente la facultad de votar acumulativamente cuando el órgano de administración esté conformado por un número mínimo de tres integrantes, tal cláusula es válida. Esto así, por cuanto la Ley SAS habilita a los otorgantes para estipular normas que regulen el funcionamiento interno, conforme Art. 49 Ley SAS. Pero, cuando el instrumento constitutivo guarde silencio en torno al empleo de la figura del voto acumulativo, resultará más complejo utilizar esta modalidad de votación, por cuanto no se encuentra prevista tal facultad para la SRL.

5. Conclusiones

La LGS cumplió cincuenta años de vigencia. Es lógico, entonces, pensar en estructuras modernas, más adaptables y menos rígidas o formalistas, que resulten idóneas para los requerimientos empresarios actuales. Pero a la vez, que sean seguras tanto para los socios originarios, que participan en el acto constitutivo, como aquellos que se incorporan posteriormente en razón de una transacción o por revestir carácter de herederos.

Consideramos que, del mismo modo que la Ley 11.645 creó la sociedad de responsabilidad limitada, como un molde más simple en su estructura en comparación con la sociedad anónima y con beneficio de limitación de responsabilidad en relación a las sociedades personalistas, en el año 2017 la SAS se presentó como una figura con mayores ventajas comparativas.

Por su parte, la norma del Art. 39 Ley SAS importa un gran incentivo para constituir sociedades según este tipo o transformar las existentes bajo algún tipo tradicional, contenido en

la LGS, en SAS. Es por esta razón que debemos brindar claridad y certeza para el ejercicio de aquellos derechos esenciales del socio vinculados a su actuación interna en una sociedad por acciones simplificada.

Celebramos la flexibilidad impulsada por la norma bajo análisis, al mismo tiempo que creemos en un empleo de la autonomía de la voluntad razonable y respetuoso de los derechos del socio, tal como lo indica el motivo del presente congreso: *“Libertad bajo responsabilidad”*.

En conclusión, consideramos que el derecho de acceso a la información, a través de sus distintas aristas y el derecho de receso, como mecanismo de separación del socio disconforme, son esenciales e inderogables. Por tal motivo, ante el silencio o la prohibición de su empleo que presente un estatuto de SAS, serán plenamente válidas las normas de la LGS sobre tales tópicos. En cambio, sobre el voto acumulativo, en razón de no existir norma supletoria de aplicación, entendemos conveniente su estipulación expresa en el acto constitutivo o reforma estatutaria, ya que, en ausencia de tal previsión, resultará difícil su empleo.

EL EJERCICIO DE DERECHOS SOCIETARIOS POR ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN. EL PROYECTO DE LEY DE ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN Y SU APLICACIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

María Fernanda L. Muntaner y Juan Ignacio Recio

PONENCIA

En caso de sancionarse el proyecto de Ley de Actos de Autoprotección y Poderes Preventivos permitirá que el otorgante deje plasmada en dicho documento su voluntad respecto al ejercicio de sus derechos políticos y económicos dentro de su empresa familiar, pudiendo designar a un tercero o a la propia sociedad como apoderada para la ejecución de sus decisiones, con excepción del voto en asambleas. La sociedad debe controlar que la actuación del apoderado se ajuste a los límites de la representación y a las instrucciones que resulten del acto de autoprotección.

I.- Los actos de autoprotección

El acto de autoprotección, o directiva anticipada, es el acto unilateral de voluntad mediante el cual una persona puede tomar decisiones acerca de su salud, su persona y su patrimonio ante una eventual pérdida del discernimiento en virtud de una enfermedad, un accidente o cualquier contingencia que le impida expresar su voluntad. En otras palabras, se trata de adoptar decisiones o impartir instrucciones para cuando el propio sujeto no pueda tomarlas a través de actos escritos donde dicha voluntad permanezca inalterable¹.

El contenido de los actos de autoprotección se relaciona con los deseos, las necesidades, las circunstancias, las preocupaciones y las realidades de cada persona. No es posible generalizar, pero se señalan como disposiciones frecuentes las que se refieren a la vida cotidiana, a los bienes, a la designación del propio curador y a la salud².

La admisión de este tipo de actos tiene base en el reconocimiento de los derechos humanos, la autodeterminación de la persona, la dignidad y libertad del ser humano en todas las decisiones que tienen que ver con su persona, su salud y su cuerpo.

Si bien contamos con algunas normas que reconocen su aplicación en el ámbito de la salud, el debate ha cobrado actualidad por su sensibilidad y porque se encuentra en tratamiento un proyecto de ley presentado por el senador Ricardo Antonio Guerra, que además de considerar una mayor cantidad de aspectos en materia de salud extiende su aplicación a la esfera patrimonial. En la elaboración del proyecto participaron especialistas jurídico-notariales y cuenta con el aval de un amplio abanico de prestigiosas instituciones como la Cruz Roja Argentina, la AMIA – Asociación Mutual Israelita Argentina, la Comunidad Musulmana Ahmadiá Argentina, la Pontificia Academia para la Vida, la Asociación Civil Comunidad Apostólica Ciudad Belén, la Federación Internacional Soka Gakkai, FAC – Federación

¹ LANZÓN, Patricia A., "Directivas Anticipadas", ed. Di Lalla, Bs. As. 2017, pág. 26.

² LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., "Derecho de autoprotección", ed. Astrea, Bs. As. 2010, pp. 6 y 7.

Argentina de Colectividades, FPCP – Fundación de Pacientes Cáncer de Pulmón, la Asociación Civil Pacientes del Corazón, CESAM – Centro de Endocrinología, Salud, Alimentación y Nutrición, FASIMET – Fundación Argentina de Síndrome Metabólico, Asociación ELA Argentina – Centro de Afectados por la Esclerosis Lateral Amiotrófica, el Círculo de Legisladores de la Nación, Fundación Democracia, la Confederación General de Profesionales de la República Argentina, el Consejo Federal del Notariado Argentino, el Colegio de la Ciudad de Buenos Aires, IADEF – Instituto Argentino de Empresa Familiar, IADELA – Instituto Argentino de Longevidad Activa, IADECO – Instituto Autónomo de Derecho Contable y CUCICBA – Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires.

Para el otorgamiento de estas directivas sólo se exige tener discernimiento y dejar por escrito las decisiones que quiera impartir la persona, elegir quién las tome por ella, o elegir quién, aunque naturalmente tendría el llamado legal para hacerlo, no las podrá tomar.

El acto de autoprotección, al igual que el testamento, es esencialmente revocable, no es casual que en España es llamado Testamento Vital, y se encuentra regulado en la Ley de Autonomía del Paciente desde el año 2002.

Se trata de una expresión de deseos para la contingencia de que se produzca la pérdida de discernimiento, y solo tendrán vigencia en ese supuesto, ya que su entrada en vigencia está sujeta a la condición suspensiva de que el otorgante caiga en alguna causal de pérdida del discernimiento.

II.- Estado actual de la legislación

La legislación actual solo prevé la posibilidad de otorgar una directiva anticipada en cuanto a cuestiones de salud se refiera.

La ley 26.529 sobre Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, la cual entró en vigencia en noviembre de 2009, regula a las Directivas anticipadas en su artículo 11. Requiere que la persona sea capaz y mayor de edad. Las disposiciones que puede realizar son consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Exige que dichas directivas sean aceptadas por el médico, lo cual consideramos injusto ya que coloca el arbitrio del médico por sobre la voluntad de la propia persona. Las indicaciones que versen sobre prácticas eutanásicas se tendrán como inexistentes.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta a las directivas anticipadas en el art. 60, y reconoce el derecho de las personas a otorgar directivas médicas anticipadas en previsión de su propia incapacidad y poder designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para el ejercicio de la curatela.

En cuanto a cuestiones patrimoniales, el otorgamiento de un poder se extingue ante la incapacidad sobreviniente del poderdante. En esta esfera, el único margen de autonomía es la facultad de designar al propio curador. Con esa sola excepción, no existe normativa sobre autoprotección en materia patrimonial y, por el momento, las personas deberán sujetarse al régimen general de la curatela.

Según el art. 138 del CCCN, la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin. Se trata de una manda legal general, cuya ejecución queda a criterio del sujeto designado para ocupar esa función, para lo cual muchas veces no conoce cuál podría haber sido la verdadera voluntad de la persona incapaz. No obstante no encontrarse legislado, nada impide que una persona deje

plasmada por escrito su voluntad respecto de la administración y disposición de sus bienes para el supuesto de incapacidad que, en principio, debería ser respetada por el curador.

Si bien es dable que las personas otorguen poderes para la administración o disposición de su patrimonio, estos se extinguen por la pérdida de capacidad del poderdante (art. 380 inc. h y 1329 inc. e, CCCN) dado que se considera que un sujeto de derecho solo podrá otorgar poder para celebrar un acto que él mismo puede celebrar porque de encontrarse éste vedado no podría válidamente hacerlo por medio de un apoderado³. La figura del poder irrevocable tampoco supliría esta falencia porque solo puede ser conferido para actos especialmente determinados, por plazo determinado y en interés del representante o terceros (art. 380 inc. b y c, CCCN).

El art 139 Código Civil y Comercial de la Nación, que se encuentra en la parte especial de la curatela, reconoce el derecho de la persona capaz a designar su propio curador mediante una directiva anticipada.

En síntesis, en la actualidad el código de fondo solo recepta la ley del paciente y reconoce la validez del otorgamiento de los siguientes actos: tomar decisiones anticipadas respecto de su propia salud, aceptar o rechazar determinados tratamientos médicos; designar una o más personas para tomar esas decisiones sobre su cuerpo y su salud; designar un curador en previsión de su propia incapacidad. Cualquier indicación que sugiera prácticas eutanásicas se tendrán por no escritas.

La persona que puede designarse en el acto de autoprotección para cumplir las decisiones tomadas por el otorgante o tomarlas en su lugar puede ser persona humana o jurídica, ya que la ley no indica solo un tipo de persona en particular.

III.- Los actos de autoprotección en el proyecto de ley

El proyecto de ley de autoprotección y mandato preventivo, presentado por el Senador Ricardo Antonio Guerra, actualmente en tratamiento en la Comisión de Legislación General del Senado de la Nación, amplía la aplicación de las directivas anticipadas en el ámbito de la salud como en lo patrimonial. Incorpora el mandato preventivo como herramienta legal novedosa y sin precedentes en nuestra legislación.

El mandato preventivo consiste en una instrucción de realizar actos en interés de quien efectúa el encargo, con el otorgamiento de facultades para poder hacerlo mediante un poder cuya eficacia comienza una vez acaecida una causal de pérdida del discernimiento y se extingue cuando la persona recupera su capacidad o con el fallecimiento del otorgante.

El mandato preventivo, como un supuesto especial del mandato con representación, es un contrato para determinados actos que el otorgante indicará al designado en el mismo instrumento, que el mandatario acepta expresa o tácitamente mediante la ejecución de la manda otorgada. El mandato preventivo también confiere facultades para cumplir con el encargo, de forma que tiene características del poder, cuyo acto jurídico causal en este caso es el mandato preventivo. Este poder constituye una excepción legal a la causal de extinción del poder por incapacidad del mandante prevista en el art 380 inciso h) del CCCN. La incapacidad es una de las formas de pérdida del discernimiento, pero no la única, por ello entendemos que el mandato preventivo abarca mayor cantidad de supuestos (accidente, coma farmacológico, incapacidad no declarada judicialmente, etc.).

³ MUNTANER, María Fernanda L. En "Poderes, Representación y Mandato" dirigido por María T. Acquarone, ed. Di La Lalla, Bs. As. 2020, p. 352.

El proyecto denota suma transcendencia social, por cuanto resulta una herramienta útil para las personas vulnerables y, llevándolo al ámbito societario, tiene impacto cuando el otorgante tiene una participación societaria y cobrará más relevancia aún si es integrante de una empresa familiar. En pos de la continuidad de la empresa, y de su propio interés, el otorgante puede dejar instrucciones por escrito acerca de la disposición de los dividendos, el sentido de su voto, indicar una persona que tomará las decisiones en su lugar, o designar a la propia empresa como la ejecutora de las indicaciones plasmadas en el documento de autoprotección.

IV.- Los actos de autoprotección de carácter patrimonial

Como indicamos, la autoprotección hoy en día solo tiene cabida en el ámbito de la salud o la designación del propio curador, mas no en aspectos de disposición o administración patrimonial.

Sin embargo, el proyecto de ley innova en este aspecto admitiendo ampliamente la posibilidad de impartir directivas anticipadas en materia patrimonial, incorporando las figuras del mandato preventivo y del poder preventivo.

El proyecto de ley es superador en este sentido, ya que la voluntad del dueño del patrimonio deberá ser respetada por sobre las decisiones de su curador o de su familia, pudiendo designar diferentes personas para cada aspecto de su vida, tanto patrimonial como personal.

Específicamente, siguiendo el espíritu del proyecto de ley, el otorgante puede designar una persona para que en su carácter de ejecutora de su voluntad, en cumplimiento de mandato preventivo y en ejercicio de las facultades especiales conferidas pueda: administrar sus bienes, dar en alquiler una propiedad e indicar el destino del canon locativo, disponer de una propiedad e indicar el uso del dinero luego de realizado el bien, indicar el sentido de su voto por anticipado en ejercicio de los derechos políticos en una sociedad, o designar una persona para que lo represente como socio, perciba los dividendos y darle un destino determinado, etc.

Entendemos que el otorgante puede designar a diferentes personas para distintos aspectos, y en tal sentido designar una persona para tomar decisiones respecto de los tratamientos médicos, otra designada para tomar decisiones respecto de sus bienes, otra persona como curador, otra persona para que tome decisiones respecto de la empresa o ejecute las indicaciones dejadas en el instrumento de autoprotección.

Todo ello, podrá ser revisado judicialmente, como en todos los casos de actuación por medio de un apoderado o representante legal, porque también pesa sobre el representante la obligación de rendir cuentas.

V.- Aplicación en materia societaria

Dentro los derechos patrimoniales sobre los que según el proyecto de ley es dable otorgar directivas anticipadas, se encuentran comprendidos los derivados del estado de socio, tanto en la faz política como patrimonial.

A) El Mandato-Poder

A los fines previstos en el proyecto de ley, cualquier persona puede celebrar contratos de mandato o conferir poderes preventivos para el ejercicio de derechos societarios.

Estos poderes permiten que el sujeto que hubiera perdido el discernimiento pueda continuar ejerciendo sus derechos de socio, sean de índole política como económica, por tratarse ambos de derechos patrimoniales sobre los que el proyecto autoriza celebrar mandato u otorgar poder.

Los poderes pueden comprender el ejercicio del derecho de votos en asambleas o reuniones de socios, la percepción de dividendos, u otros derechos, como el requerimiento de información, solicitud de convocatoria a asambleas, impugnación de actos societarios, etc. De acuerdo con el art. 239 de la LGS el mandato para participar en asambleas no puede ser otorgado a favor de los directores, los síndicos, los integrantes del consejo de vigilancia, los gerentes y demás empleados de la sociedad. Como consecuencia de ello, ninguno de esos sujetos podría votar en ejercicio de un poder preventivo.

Las formalidades previstas en el proyecto de ley satisfacen sobradamente los requisitos instrumentales del art. 239, en tanto el poder preventivo debe ser otorgado por instrumento público. Ante la presentación de un poder preventivo, la sociedad deberá no solo constatar las formalidades y facultades conferidas en éste, sino requerir al mandatario la acreditación de la pérdida de discernimiento o autonomía del representado mediante un certificado médico o una declaración judicial si fuera el caso.

B) El deber de la sociedad de controlar el cumplimiento del mandato

La sociedad también deberá verificar que la expresión del voto se ajuste a la manda contenida en el poder preventivo, en cumplimiento del deber de obrar con la debida diligencia previsto por el art. 359 del CCCN y por la oponibilidad a terceros de la existencia de supuestos no autorizados o límites al poder a los que refiere el art. 361 del CCCN.

Debemos tener presente que conforme al art. 362 del CCCN los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión. En consecuencia, si la sociedad tiene conocimiento de las instrucciones impartidas por el socio, o si éstas surgen del propio mandato, no podrá computar como válido un voto que se aparte de ellas.

C) La sociedad como ejecutora del mandato preventivo.

El art. 2º del Proyecto de Ley de Autoprotección prevé la posibilidad de que los mandatos o poderes preventivos sean otorgados a favor de personas jurídicas.

Esto abre la posibilidad a que se designe a una sociedad, asociación, fundación u otra persona jurídica como ejecutora de los actos de autoprotección, e incluso, por qué no, que existan sociedades con el objeto de ser mandatarias de disposiciones de autoprotección.

Sin embargo, entendemos que el aspecto más interesante de esta norma es que permite que la sociedad sea mandataria de disposiciones de autoprotección de sus propios socios. Estos mandatos no podrían comprender el voto en asambleas o reuniones de socios porque se violaría la prohibición del art. 239, pero sí contener instrucciones relativas a otros aspectos, como el pago de dividendos, respecto de los cuales se podría indicar el depósito en una cuenta bancaria determinada o el pago a otra persona, o su aplicación a gastos personales o de tratamientos médicos

VI.- Importancia en la empresa familiar

Hay "empresa familiar" cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y

de la empresa⁴.

Y si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que esta sea el sustento de la primera⁵.

La causa de este tipo de sociedades no puede identificarse con el ánimo de lucro propio de las sociedades de inversores y que la doctrina tradicional señala, genéricamente, como causa del contrato de sociedad⁶.

Las razones por las cuales una persona -o grupo familiar- constituye y mantiene en el tiempo una empresa familiar son de diversa índole, a saber: ofrecer una oportunidad a los hijos, conservar la herencia y el legado familiar, mantener unida a la familia, crear ventajas económicas, riqueza y garantizar la seguridad económica de la familia, asegurar el mantenimiento de una fuente de ingresos y de proyectos personales tras su retirada, entre otras⁷.

Por tales motivos, entendemos que los actos de autoprotección y, en especial, los mandatos preventivos encontrarán un amplio campo de acción en el marco de las empresas familiares, más aún cuando, como dijimos, la propia sociedad puede ser mandataria de sus socios.

Atendiendo a su causa y finalidad, constituye un aspecto importante de estas organizaciones las ayudas a socios ante diversas contingencias. Como consecuencia de ello, será un deber de la sociedad atender al cumplimiento de este tipo de mandatos, que podrían comprender el pago de los dividendos a una determinada cuenta, al sujeto designado para la ejecución de los actos de autoprotección, o la aplicación de dividendos -o anticipos- al pago de gastos de tratamiento o personales del socio que perdió el discernimiento, etc.

Otra cuestión interesante es la posibilidad de que los protocolos familiares contengan disposiciones relativas a la pérdida de discernimiento de los socios, las ayudas en estos casos, y la obligatoriedad de todos de respetar y cumplir las directivas anticipadas de los miembros de la familia⁸.

Finalmente, estas directivas también pueden vincularse con una de las mayores problemáticas de este tipo de empresas que es la sucesión del fundador o líder familiar, quien generalmente detenta la participación mayoritaria. Bajo estos instrumentos, podrías establecerse instrucciones relativas a la administración de la empresa en caso de pérdida de discernimiento, que contribuyan a dar sustento legal a las disposiciones que puedan establecerse en el protocolo.

⁴ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica", ED, t. 236, 17-2-10, p. 2, nro. 2.1.

⁵ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "La empresa familiar ante la ley de sociedades...", publicado en Publicado en: RCCyC 2022 (junio), página 42, cita online: TR LALEY AR/DOC/1474/2022.

⁶ BROSETA PONT, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 164; 16. NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, 3ra. edición, ed. Astrea, Bs. As. 2010, tomo 1, pág. 727.

⁷ GALLO, Miguel Ángel y AMAT, Joan M., "Los secretos de las empresas familiares centenarias", Ed. Deusto, Barcelona, 2003.

⁸ Cabe aquí recordar que el protocolo familiar es una reglamentación escrita, lo más completa y detallada posible, suscripta por los miembros de una familia y socios de una empresa, que actúa como un mecanismo preventivo de conflictos. El protocolo ha sido definido, desde el punto de vista jurídico, como "un acuerdo entre accionistas familiares, titulares de bienes o derechos que desean gestionar de materia unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia empresaria y la empresa familiar" (FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. "El protocolo de la empresa familiar como instrumento de prevención de conflictos", en Errepar, DSE, nro. 244, marzo 2008; También en la obra colectiva de FAVIER DUBOIS (h), E. M. (dir.), titulada "La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, los trabajos de María Susana Sosa de Irigoyen "El protocolo de empresa familiar. Antecedentes y bases para su redacción", en p. 235 y ss.; MASRI, Victoria, "El protocolo familiar: valioso instrumento para la conservación de la empresa familiar" en p. 279 y ss.; y ROSALES MATIENZO, Rodrigo Nicolás, "Modelo de Protocolo Familiar", en p. 369 y ss.).

VII.- Conclusiones

En caso de sancionarse el proyecto de ley permitirá que el otorgamiento de directivas anticipadas tenga un amplio reconocimiento legal y que éstas resulten imperativas para los parientes y médicos, en virtud de constituir esas directivas el propio interés y deseo del otorgante, que es en definitiva quien, de poder hacerlo, expresaría su voluntad.

El mandato preventivo del proyecto de ley puede abarcar el ejercicio de los derechos derivados del estado de socio, tanto políticos como económicos.

La sociedad deberá comprobar que la actuación del apoderado se encuentre dentro de los límites del mandato y que se ajuste a las instrucciones que resulten del acto de autoprotección.

De ser aprobado el proyecto de ley, el mandato preventivo podrá ser otorgado a personas jurídicas, lo cual entendemos que comprende a la propia sociedad de la que participe el otorgante que podrá ser designada como ejecutora de las mandas que surjan del acto de autoprotección, con las limitaciones de la ley especial.

Especialmente en cuanto a empresas familiares se trata, encontramos que estamos ante una herramienta de suma utilidad, dado que permite el respeto de la voluntad de un integrante de la empresa, la familia y la gestión mediante la designación de la sociedad como ejecutora de las decisiones impartidas en su acto de autoprotección, en el entendimiento de que será lo que mejor proteja el interés de la empresa, la familia y del propio otorgante. Luego del análisis efectuado sobre el tema de la ponencia en la normativa vigente, en caso de no sancionarse el proyecto de ley, cabe preguntarse cómo podrían efectivamente realizarse las directivas anticipadas que alguien imparte sobre su persona y su salud para el caso de caer en pérdida del discernimiento, cuando se encuentra impedida de dejar instrucciones vinculantes y exigibles respecto de la administración de sus bienes. Si la empresa familiar es el principal sustento de sus integrantes, consideramos que es necesario que solvente y respete la voluntad de sus miembros.

IMPACTO DE LAS RESOLUCIONES 34 Y 35 DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. LAS DENOMINADAS ACCIONES POSITIVAS

Matías Oscar Muñoz

SUMARIO

En el ámbito societario, resultó un hecho relevante -y controvertido- la sanción de las Resoluciones Generales N°34 y 35 respectivamente, mediante las cuales la Inspección General de Justicia de la Nación dispuso la integración en los órganos de dirección y fiscalización de las personas jurídicas sujetas a su registro y contralor con respeto de la diversidad de género. El impacto supuso -para parte de sus destinatarios- como una afrenta al *iusprivativo* espacio de actuación intrasocietaria, al decidir el Organismo de registro y control, la integración equitativa entre hombres y mujeres. Aquella lectura, que nos recuerda a otros estadios resistidos de la evolución en el derecho, puede ser válida sólo desde la óptica que divide al derecho en compartimentos estancos y no integrados, lo cual choca con las corrientes contemporáneas que presumen haber descubierto la constitucionalización del derecho privado -y viceversa-. En efecto, la cuestión referida a la igualdad de género no resulta ajena a la materia del derecho societario, así como tampoco la autonomía de la voluntad supone un derecho absoluto de infranqueable reglamentación, tal como lo demuestra la propia historia del derecho societario. Es que, indudablemente, la República Argentina ha suscripto la letra de un pacto internacional que genera responsabilidad ante su incumplimiento. Las denominadas “acciones positivas” que debe llevar adelante el Estado Nacional para erradicar toda forma de discriminación contra la mujer, no resultan ser meras recomendaciones, sino verdaderos mandatos con jerarquía constitucional que -ante su incumplimiento- generan responsabilidad. En el mismo sentido, la reglamentación ha previsto excepciones progresivas que no han sido atendidas con suficiente atención en las disputas ocurridas en el fuero Comercial, donde se dictaron sentencias en ausencia de caso. Como veremos, no se trata -una vez más en la historia- de atacar la libertad negocial, sino de integrar a los injustamente excluidos de ella.

I. Una introducción necesaria: las resoluciones generales de la IGJN

La Inspección General de Justicia de la Nación dicta dos tipos de normas: resoluciones generales (“leyes en sentido material”) y resoluciones particulares (actos administrativos de alcance particular). El primero de ellos, es lógicamente publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina a los efectos de su publicad y tiene vigencia a los ocho días desde su publicación en el B.O.R.A., excepto que la norma misma determine otro plazo o efecto (conf. Art. 5° CCCN). Las resoluciones particulares, son notificadas a sus destinatarios mediante cédula -excepto que el administrado haya previamente constituido domicilio electrónico -Conf. Art. 14 y concordantes de la RG IGJ N°07/2015-.

Ello es así, porque la primera de las normas señaladas, que se dicta en virtud de la delegación legislativa que efectúa La Ley Federal N°22.315 -Art. 21 inc. b- tiene carácter de acto

administrativo de alcance general, mientras que las resoluciones particulares (fruto de actuaciones sumariales, denuncias, etc) son dictadas con basamento en la misma norma, pero su naturaleza es un acto administrativo de alcance o efecto particular, y por ello susceptible del Recurso Directo previsto en el Art. 16 -y siguientes- de la precitada Ley Federal.

Ello no solo se deduce de lo arriba expuesto, sino de la propia norma orgánica en cuestión, ya que conforme a su Art. 17, la interposición del Recurso Directo de apelación ante el mismo Organismo debe ser efectuada “dentro de los QUINCE (15) días de notificada la resolución” (...) y como no puede soslayarse en este sentido, las Resoluciones Generales no son notificadas a los particulares.

Estas interpretaciones forzadas de la norma Federal Orgánica arriba señalada, han tenido lugar también respecto de su efecto suspensivo y de los días hábiles, etc¹.

¿Por qué es necesaria esta aclaración?

Porque se ha dado una situación inusual -e insólita- con base en una sentencia dictada por un tribunal incompetente, en un proceso judicial sin caso y la sentencia que allí recayó fue el sostén publicitario de la contienda que aquí se comenta.

Aquello tuvo una notable repercusión, no solo en los principales medios periodísticos, sino en los grandes estudios jurídicos, quienes creyeron ver en aquel precedente (sentencia que aún no se encuentra firme) un triunfo frente a los pretendidos avances de la IGJN sobre las personas jurídicas bajo su contralor.

II. El dictado de la resolución n°34 y sus efectos

La RG IGJN N°34 fue sancionada en 03 de agosto de 2020 y publicada en el Boletín Oficial el 05 de agosto de ese mismo año.

Pese a la repercusión que generó dicha norma, la cual dispuso que las asociaciones civiles en proceso de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario; las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley N° 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705) deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos.

Mucho se ha dicho acerca de esta decisión del órgano de registro y fiscalización, pero poco se ha reparado en la excepción contemplada en la misma norma, lo cual constituye una -aunque discrecional- notoria válvula de seguridad para supuestos particulares.

Porque, va de suyo, el Estado debe (no es una expresión de deseo conforme al derecho de los Tratados oportunamente suscripto²) llevar adelante acciones positivas en favor de una integración que lleve de manera progresiva a la plena igualdad entre hombres y mujeres.

Que de los pretendidos “precedentes” judiciales, no surge crítica y concreta alguna que pueda

¹ Sobre el carácter y alcance de la norma, Fallos 307:198

² Aprobado por Ley N°19.865. Conforme a su Art. 27 las Partes no pueden oponer su derecho interno como justificación a los incumplimientos.

ser considerada tal. Todo ello, sin perjuicio de resultar una inadmisble injerencia de las funciones de un poder (función) del Estado en las de otro, el hecho de que un Tribunal haya pretendido dejar “sin efecto” una resolución general, cuestión de una gravedad institucional tal, que no puede ser soslayada.

De ello hablaré en el punto subsiguiente.

No obstante, debe señalarse que del Universo de entidades que podrían verse afectadas por una decisión de este calibre -la RG IGJN 34 no omite considerar que puede haber afectaciones particulares- solo SIETE entidades impugnaron (aunque de manera impropia) la resolución.

III. Los precedentes. entre el common law y el forum shopping

Lo sucedido respecto de las resoluciones bajo comentario es realmente novedoso. No solo por la forzada interpretación realizada por la Sala C de la Excelentísima Cámara Comercial que, además de incompetente en la materia, forzó todo principio de derecho fallando en un proceso judicial en el cual a) no había caso (en términos de la propia CSJN In re 266:313; 273:63; 289:238; 301:947; 306:1160; 310:819; 344:809; 338:1110; entre muchísimos otros); b) Dejó “sin efecto” una Resolución General. Es decir, derogó una norma con la pretensión de que, mediante aquel decisorio, aquella no pudiese ser aplicada al Universo de personas jurídicas concernidas.

Sin perjuicio de las ideologías -reiteradamente rechazadas en derecho y vívidamente sufridas en lo cotidiano- no existe argumentación elegante para semejante decisorio.

En autos “LINEA EXPRESO LINIERS³” la Sala C “revocó” la Resolución General N°34/2020, declarándose competente -pese a existir una contienda positiva de competencia-, en un litigio sin caso -no existía un supuesto fáctico sobre el cual fallar, sino meramente hipotético- y, como si lo brevemente expuesto fuera poco, creyó revocar dicha Resolución General con efecto *erga omnes*. Es decir, derogar una norma dictada por otro poder del Estado, pero ya no para el caso particular (lo cual hubiese sido lógico y esperable), sino para todas las personas jurídicas concernidas, aun cuando no nos encontrábamos en la especie ante una acción de clase. Ello llevó a una nueva RG IGJN ratificatoria de aquellas Resoluciones Generales cuestionadas⁴ y -en respuesta- a un Acuerdo General Extraordinario de la Cámara Comercial, notificado personalmente en la Sede del Organismo.

Algo similar ocurrió en cuanto a la competencia en el fuero Civil -aunque en este caso hubo resolución de dicha contienda-, sin perjuicio de que el decisorio fue favorable a la validez de la norma.

En efecto, aquella sentencia dictada en autos “ASOCIACION CIVIL FABRICANTES ARGENTINOS DE CARROCERIAS⁵” estableció la procedencia de la queja por apelación denegada y -pese a ser inaudita parte- ordenó el traslado de la misma a la IGJN. Pese a ciertos reparos y elusiones -hizo referencia al falló análogo de la Cámara Comercial arriba referenciado- rechazó la queja por tratarse a) de un caso hipotético o abstracto y b) por ser impugnadas en abstracto “leyes en sentido material”.

En lo que aquí importa, se dijo en aquel precedente:

“(...) Al respecto, el Tribunal comparte las consideraciones vertidas por los Sres. Vocales

³ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ORGANISMOS EXTERNOS Expediente N° 1651/2021/CA01. CNCOM SALA C

⁴ RG IGJN N°12/2021 RESOG-2021-12-APN-IGJ#MJ

⁵ ASOCIACION CIVIL FABRICANTES ARGENTINOS DE CARROCERIAS C/ I.G.J. 1901849/9183903 S/RECURSO DIRECTO A CÁMARA. CNCIV 15041/2021 SALA E

de la Sala A de esta Cámara en la resolución dictada el 19 de octubre de 2020 en los autos “Asociación Civil Transporte Automotor c/ I.G.J. s/ recurso directo a Cámara” (expediente n° 46746/2020). En esa oportunidad, el Tribunal consideró que el recurso previsto por el artículo 16 citado no resulta la vía adecuada para cuestionar en forma directa un reglamento de alcance general como las resoluciones 34 y 35 (año 2020) de la IGJ ya que su finalidad es de corte jurisdiccional. Es decir, se trata de un remedio cuyo fin es preservar la intervención judicial última en la solución de los conflictos de intereses entre particulares o entre éstos y el Estado. No se soslaya que, en un caso análogo al presente, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial consideró que el artículo 16 de la ley 22.315 no hace distinciones en relación con el alcance general o particular de las resoluciones de la IGJ susceptibles del recurso de apelación previsto en la norma (“Inspección General de Justicia c/ Cámara Empresaria de Transporte Urbano de Buenos Aires s/ Recurso de queja” del 17/11/2020). Sin embargo, aplicar en el caso el criterio sostenido por los colegas del Fuero Mercantil conduciría a una declaración judicial abstracta en tanto la quejosa, en el escrito en que fundó la apelación denegada, no ha aportado elementos de juicio suficientes para entender que se encuentra alcanzada por las disposiciones de las Resoluciones Generales 34 y 35 ya aludidas. Es que la interesada no ha aducido que la IGJ la haya intimado al cumplimiento de las referidas resoluciones 34 y 35, ni ha siquiera manifestado algún particular conflicto a la hora de conformar los órganos correspondientes del ente. Por ende, su recurso de apelación no tiende a cuestionar la validez constitucional de una decisión administrativa que le impone particularmente el cumplimiento de una conducta determinada, sino la validez de una norma reglamentaria que, sólo eventualmente, podrá afectarla (...).

IV. Similitudes del impacto de la RG 34 con situaciones análogas en la historia

En un análisis liminar, pareciera que la Inspección General de Justicia al dictar las Resoluciones Generales N°34 y 35 (modificatoria ésta última de la primera de las mencionadas) ha intervenido en la vida de las sociedades y ha lesionado de algún modo la autonomía de la voluntad.

Supongamos que el contexto cambia.

¿Podría válidamente una sociedad excluir a un miembro por ser de raza alguna?

¿Podría excluirlo por sus creencias?

¿Sería extraño que la IGJN ordene al elenco de las personas jurídicas que controla que equilibre sus órganos de administración y dirección con personas sin distinción? ¿Allí también se estaría inmiscuyendo en la vida privada? ¿Se alegraría el mérito?

La realidad es que el asunto no pasa por la libertad. El asunto pasa por una notoria resistencia al cambio, que ya ha sucedido en nuestra historia -y en la comparada-.

Lo mismo podría haberse dicho del Poder Judicial estadounidense cuando en la década de 1960 ordenó a un consorcio de propietarios admitir como condómino a un hombre de raza negra y a su grupo familiar⁶. En efecto, la historia de las acciones de clase -que hoy vemos con nóveles ojos- ha ocurrido al calor de la integración racial.

Lógicamente, allí donde la iniciativa privada no reacciona frente a las también nuevas realidades societarias -el protagonismo de la mujer hoy no puede ser juzgado con el de la época

⁶ GIDI, ANTONIO y FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. “Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en una perspectiva comparada”. 442 págs. Editorial Porrúa. México (2003)

de fundación del Jockey Club- donde la mujer ha encontrado una posición preponderante que aún hoy no le resulta reconocida⁷.

Que eso mismo sucedió en el precedente de la Corte Suprema Justicia de la Nación en el cual se debatía la discriminación ocurrida a una mujer que pretendía ser conductora de Colectivos, In re "SISNERO" (Fallos 337:611) donde el más Alto Tribunal remarcó que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Consid. 2°).

Allí dijo:

"(...) En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de 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). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares" (ídem "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA", Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315) (...)"⁸.

La empresa de colectivos también es una persona jurídica del derecho privado.

Y a todo esto, nada se ha dicho -tampoco en el resonante y sorprendente fallo de la Sala C comercial- sobre la excepción contemplada en la misma norma criticada, que brindaba una clara contemplación de cuestiones particulares atendibles que, a la postre podrían ser debatidas judicialmente en una hipotética y eventual negativa.

IV. Corolario

La lucha por el derecho requiere muchas veces de decisiones que sin lugar a duda generaran tensiones y -por qué no- posiciones encontradas. De eso se trata el reconocimiento de mutaciones ya operadas de facto en la sociedad. El derecho sigue a los hechos⁹.

Lo cierto es que el rechazo por algunos sectores de la doctrina y de trascendentes operadores jurídicos, con el patrocinio de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de esta iniciativa hacia la igualdad -que puede ser siempre mejorada pero jamás soslayada-, solo deja entrever un celo desmedido por una pretendida autonomía de la voluntad que no resulta ser absoluta.

Las mujeres son seres humanos. No hay un gesto de debilidad -más aún de fortaleza sin dudas- en ellas. Fin del análisis en cuanto a ello.

No existe un ápice -ni científico, ni fáctico- que permita concluir nivel alguno de preponderancia del hombre por encima de la mujer. El argumento a *contrario sensu* indica que la valoración para ocupar cargos de valor en las corporaciones debería estar signado por los méritos y no por el género. Pero lo cierto es que -con evidencias fácticas- ha preponderado el género masculino postergando toda meritocracia posible de la mujer. En este punto, no

⁷ Es interesante señalar el Caso de la Asociación Civil Jockey Club y su impugnación jurisdiccional, toda vez que fue intimada por Resolución Particular IGJ N°748/2022 Art. 3° a reglamentar el acceso el mecanismo de afiliación a dicho Club (respecto del cual oportunamente informó al Organismo que no tenía restricción alguna en la especie) y a quien mediante el Art. 1° se le concedió nuevamente la excepción prevista en el Art. 4° de la RG 34/2020.

⁸ Considerando 3°, párrafo Segundo.

⁹ Nota al Art. 940 del Código Civil de Vélez Sarsfield

estoy exponiendo novedad alguna.

Desde el aspecto estrictamente normativo, no cabe duda alguna acerca de la obligación del Estado Nacional Argentino en cumplir con los Tratados a los cuales oportunamente adhirió. No constituye un catálogo de buenas intenciones sino verdaderos mandatos que, en caso de inobservancia, generarán responsabilidad internacional.

Ha pasado ya en la historia reciente y antigua, que los cambios de paradigma son difíciles de aceptar hasta tanto son acogidos por la comunidad.

Nótese que en toda esta discusión, jamás se debaten alternativas de cambio, sino netos rechazos a la iniciativa de la IGJN, en base a argumentos y/o fundamentos que en nada han cambiado el panorama hasta la fecha.

No dudo que está no será la excepción al cambio de paradigma y tendremos, en un futuro no muy lejano, entidades civiles y comerciales más saludables y equitativas.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO EJE DEL SISTEMA EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco

SUMARIO

La erradicación del anacrónico imperativismo normativo es una de las principales características de la sociedad por acciones simplificada. De esta forma, el carácter dispositivo de su regulación prioriza la autonomía de la voluntad de sus accionistas por sobre normas imperativas, rígidas y paternalistas que, para las especies societarias tradicionales, restringen el derecho constitucional de libertad de contratación de las partes. La sociedad por acciones simplificada es una forma asociativa flexible que resulta apta para captar inversiones y realizar el comercio adaptando a las necesidades propias del negocio. Por este motivo, esta paradigmática especie societaria es la innovación más grande de la historia del Derecho Societario del Ecuador.

Introducción

La Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS) es un tipo de persona jurídica versátil que responde a las necesidades empresariales actuales¹. Es una herramienta mercantil que permite a los accionistas realizar negocios amparados bajo la protección propia de la responsabilidad limitada; pero, a diferencia de las compañías tradicionales, la SAS permite incorporar en el estatuto las cláusulas que resulten necesarias para la consecución de sus objetivos operacionales, por más extravagantes que sean, con el fin de establecer las pautas que cada negocio requiera.

Como ya lo hemos dicho en otra oportunidad², la SAS surge debido a la necesidad de proveer a los inversionistas privados una figura flexible y dispositiva que combine (i) el derecho a la libertad contractual, (ii) el poder financiero de las sociedades por acciones; y, (iii) la seguridad jurídica que clama el tráfico mercantil. La sustitución del anacrónico imperativismo normativo característico de las especies societarias tradicionales por normas dispositivas que fomenten la libertad contractual de las partes es, bajo aquel contexto, una de las principales características de las SAS³.

La realidad ha empujado a que este tipo de sociedad sea una alternativa para solucionar los problemas comunes que antes no tenían una vía posible en estas compañías tradicionales o que,

¹ Según Alan R. Palmiter y Howard L. Oleck, "para los pequeños empresarios la SAS es un sueño hecho realidad. En lugar de tener que abrirse paso en la maraña de formalidades aplastantes que han caracterizado la constitución de sociedades en Colombia, -un costoso y demorado entramado de abogados, contadores, notarios, funcionarios públicos y hasta jueces- los empresarios pueden acceder a una sociedad en veinticuatro horas, con la sencillez de efectuar un cargo a sus tarjetas de crédito. Así, en apenas una semana la sociedad estará lista para iniciar sus operaciones. Nadie duda hoy de que las reglas de la SAS facilitan sustancialmente el proceso de constitución. Y la prueba más contundente de la enorme eficiencia y el bajo costo que representa esta sociedad para los empresarios está dada por su vertiginoso crecimiento." Alan Palmiter & Howard L. Oleck, Prefacio, xvii - xxi. Francisco Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Legis, Bogotá, 4ta Ed., 2019.

² Noboa Velasco, Paúl and Ortiz-Mena, Esteban, *Elementos Característicos de las Sociedades por Acciones Simplificadas en Ecuador* (Characteristic Elements of the Simplified Share Companies in Ecuador) (April 21, 2020) Available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582137

³ Francisco Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Legis, Bogotá, 2018, 29

estableciendo salidas, tenían procedimientos demasiado rigurosos e inútiles que, en reiteradas ocasiones, podrían ser impracticables. En vista de aquello, es necesario entender cómo se aplica el principio de autonomía de voluntad para esta paradigmática especie societaria.

Las SAS y el principio *pacta sunt servanda*

Este nuevo tipo de compañía, eminentemente mercantil, se caracteriza por una regulación dispositiva que resultará mucho más versátil y flexible. Esto quiere decir que los accionistas tienen la posibilidad de hacer una compañía a la medida y, así, adaptar sus necesidades a la herramienta corporativa con la que realizan el comercio⁴. Esto quiere decir que pueden establecer, a través del estatuto, la estructura que más les convenga, con las condiciones y cláusulas más exóticas descritas de acuerdo con sus necesidades personales o empresariales amparados en el principio de la autonomía de la voluntad. Con la entrada en vigor de la SAS, se elimina la rigurosidad de las normas imperativas que rigen a las especies societarias tradicionales.⁵

Si bien las compañías tradicionales también nacen mediante un contrato suscrito entre los constituyentes, el principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de compañías está delimitado por la Ley. Por eso, las compañías tradicionales tienen normas rígidas y rigurosas que han marcado su vida históricamente: número de socios o accionistas; capital mínimo impuesto por el Estado; limitación de su capacidad operacional a través del establecimiento de un objeto social determinado; reglas para la celebración de juntas generales; obligación de contar con organismos de fiscalización, etc. Al estar la Ley por encima de los contratos, en un orden jerárquico normal, se debe obedecer las normas previamente establecidas. Esta rigidez impide que los socios o accionistas de las especies societarias tradicionales puedan modificar estas reglas, previamente establecidas.

En cambio, la SAS, tal y como fue concebida, rompe con los esquemas de las compañías tradicionales y da un giro a la rigurosidad existente en estos tipos societarios. Como anotamos, las compañías, bajo la concepción societaria tradicional, han sido catalogadas como unas '*máquinas inamovibles*' regidas por normas obligatorias impuestas por el Estado⁶, ya que los socios de una compañía, en lugar de ejercer cabalmente su derecho constitucional a la libertad de contratación, se convierten en meros receptores de las normas impuestas por el legislador.⁷ Es claro que los socios o accionistas de las sociedades mercantiles tradicionales son simples ejecutores de la Ley, por cuanto ellos, salvo puntuales excepciones⁸, no pueden modificar las reglas impuestas por el legislador para el ejercicio de las actividades operacionales de las compañías.

Esta naturaleza eminentemente dispositiva de las SAS cambia el tradicional enfoque societario en Ecuador. La Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (LOEI), que reforma la

⁴ La SAS, como la conocemos actualmente, nace en Francia en 1994 y se ha expandido a lo largo del mundo de manera sistemática. El caso más emblemático es el colombiano que aprobó este tipo de compañías en el 2008. La OEA expidió su Ley Modelo y otros países han adaptado su legislación reconociendo a este nuevo tipo societario. En Estados Unidos, la llamada Limited Liability Company es lo que nosotros llamamos Sociedad por Acciones Simplificada, siendo el tipo de compañía más usado en ese país.

⁵ Se conoce como compañías tradicionales a los tipos societarios reconocidos por la legislación hasta antes de la SAS, siendo los tipos más representativos la sociedad anónima y la compañía de responsabilidad limitada.

⁶ Cándido 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 (coord.), Tratando de la Sociedad Limitada (Fundación Cultural del Notariado, 1997), p. 159-205

⁷ Fabricio Dávila Lazo, 'Los pactos de socios: su validez y enforcement en el Derecho ecuatoriano', Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 9/2016, 2016, 10

⁸ Tales como el establecimiento de un quórum de instalación o decisorio reforzado, una ampliación del plazo que debe mediar para efectuar una convocatoria a junta general, el establecimiento de un directorio o la posibilidad de que la compañía fije un capital autorizado, bajo ciertos límites impuestos por Ley.

Ley de Compañías, no modifica el régimen tradicional, por lo que los inversionistas que así lo consideren podrán seguir ejerciendo el comercio bajo el régimen tradicional⁹. Sin embargo, es fundamental entender los alcances de la SAS y la diferencia con los tipos tradicionales ya que, aunque su esencia sea distinta, esta figura permite ser utilizada por cualquier emprendedor para iniciar su negocio, salvo contadas excepciones.¹⁰

Bajo este contexto, la SAS se caracteriza por conjugar la amplísima libertad contractual, propia de las sociedades personalistas, con las ventajas de la limitación de responsabilidad y de financiamiento, propia de las sociedades de capital.¹¹ Así, la Ley deja abierta la posibilidad a que las partes estructuren los términos del estatuto social, de acuerdo con sus necesidades y conveniencias. La SAS es una herramienta corporativa versátil que reduce significativamente la rigidez normativa y el excesivo formalismo que caracteriza a las compañías tradicionales. Según Yves Guyón, *“la ventaja esencial de esta nueva forma consiste en escapar casi por completo a las reglas de orden público que gobiernan las asambleas de accionistas y los órganos de administración y de dirección de las sociedades anónimas. La sociedad presenta, en consecuencia, una gran flexibilidad para su organización y funcionamiento, en beneficio de la eficacia relacionada con la concesión de personalidad jurídica y la consecuente restricción en la responsabilidad de los asociados hasta el monto de sus aportes.”*¹²

A diferencia de las figuras tradicionales, en una SAS se permite estipular en *“el documento de constitución (...) las cláusulas que los accionistas resuelvan incluir (...)”*, cambiando el régimen común y acordando, por ejemplo, la existencia de acciones de variopinta naturaleza¹³. Esta flexibilidad también permite que los accionistas establezcan mecanismos creativos para prevenir conflictos¹⁴ o, simplemente, regular la relación entre ellos. El principio *pacta sunt servanda*, de este modo, se vuelve el motor de la relación entre los accionistas de esta sociedad.

Según Francisco Reyes, las características *simplificadas* del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a las pautas contractuales que sus asociados resolvieren adoptar.¹⁵ Así, las reglas legales de la sociedad anónima serán aplicables sólo en la medida en

⁹ La Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación incorpora un nuevo tipo societario (la SAS), pero no altera, modifica ni suprime disposiciones relacionadas con las compañías tradicionales. Nuestra legislación reconoce a la sociedad anónima y la compañía de responsabilidad limitada. En menor medida las compañías de Economía Mixta. De todos modos, la Ley todavía reconoce compañías que han caído en desuso: las compañías en nombre colectivo, en comandita simple y por acciones. Por otro lado, y también en desuso, nuestra legislación reconoce a la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada.

¹⁰ De manera excepcional, la legislación establece que para determinadas actividades se requiera determinado tipo societario. Por ejemplo, las instituciones del sistema financiero deberán ser sociedades anónimas y contar con un capital mínimo determinado.

¹¹ Francisco Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Op. Cit., 29

¹² Yves Guyón, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, Traité des contrats, 4e édition, Paris, L.G.D.J., 1999, 116. Citado por: Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Op. Cit., 70

¹³ Dada su flexibilidad, los accionistas podrían estipular la emisión de acciones con voto múltiple, acciones con derecho de veto, acciones redimibles cumplida cierta condición o plazo, acciones ordinarias políticas (que solamente otorgan derecho de voto), acciones ordinarias económicas (que solamente otorgan derechos económicos, sin conferir el derecho de voto), acciones con dividendo fijo o acciones ordinarias que, sin tener el carácter de preferidas, otorguen ciertas preferencias en la adjudicación del remanente de haber social ante una eventual liquidación societaria, en la percepción de utilidades o cuando mediare una disminución de capital con devolución de aportes a los accionistas.

¹⁴ Por ejemplo, se podría acordar la emisión de acciones con obligación de recompra cuando no se cumplan expectativas de gestión mencionadas al inversor (compulsory buy out shares). También se podrían estipular causales de separación voluntaria (algo impensado, por ejemplo, en una sociedad anónima), determinar que ciertas acciones solamente conferirán derecho de información para determinados temas o que ciertas acciones darán derecho a mayor información y otras a menor información.

¹⁵ Mediante esta forma asociativa, el legislador francés procuró relevar a los empresarios que la utilicen de la rigidez normativa propia de la regulación de las sociedades anónimas. *“La vida de la sociedad anónima está regulada por un derecho de orden público de una gran rigidez, que define en el mayor detalle la composición, los poderes de los órganos de dirección, el status de sus accionistas, los procesos de convocación y realización de asambleas de accionistas y sus modos de deliberación. El carácter imperativo del funcionamiento de la sociedad anónima se denunció como un freno al desarrollo de las empresas y a la conformación de grupos de sociedades. Ante la imposibilidad de redactar los estatutos según sus propias necesidades, los asociados son condenados a recurrir a convenios de accionistas donde la validez jurídica es frecuentemente incierta. Dentro del contexto internacional, donde las sociedades pueden establecerse libremente y las exigencias jurídicas se limitan al mínimo, las sociedades francesas sufrían de una minusvalía en relación con sus com-*

que no se hubiere pactado cosa distinta en el estatuto. Es decir que tienen, por lo común, carácter meramente dispositivo. No en vano ha sido denominada por COZIAN y otros autores como *sociedad-contrato*¹⁶. Es precisamente esta característica la que permite conjugar los elementos beneficiosos de las sociedades de capital, con un acentuado *intuitus personae*, que hace muy propicia su utilización para negocios familiares o para otros emprendimientos de pequeñas y medianas dimensiones¹⁷.

Sin lugar a duda, la libertad, autonomía y flexibilidad de la SAS darán lugar a la existencia de instrumentos constitutivos de variada índole, dependiendo de la naturaleza del giro del negocio, de las necesidades operacionales de la sociedad, de sus intereses u objetivos empresariales.

Regulación eminentemente dispositiva y gradación normativa

Una de las principales características de este tipo de compañía, como queda dicho, es el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción del estatuto social. El concepto de sociedad-contrato representa la idea primordial bajo la cual se establece toda la regulación de las SAS. Según Périn, citado por el profesor Reyes Villamizar, *"es el modo de organización interna lo que le confiere a la SAS su originalidad en relación con la prevista con los demás tipos de sociedades. La sociedad por acciones simplificada es una forma liberalizada de persona jurídica, que conjuga el poder financiero de las sociedades por acciones con una gran autonomía para la organización de sus poderes internos."*¹⁸

Dicho esto, una vez establecidas las reglas a través del estatuto podrían existir discrepancias sobre la aplicación de las normas contenidas en el mismo. Al ser un elemento eminentemente dispositivo, los mismos accionistas tendrían la libertad de reemplazar lo originalmente pactado por otras previsiones pactadas por los accionistas mediante una reforma de estatuto. La resolución de reformar el estatuto, como cualquier otra modificación estatutaria a través de un acto societario (salvo pocas excepciones), debe estar tomada con el voto favorable de los accionistas que *"representen, cuando menos, la mitad más uno de las acciones con derecho a voto, presentes en la respectiva reunión, salvo previsión en contrario del estatuto."* Sin embargo, esta norma no es absoluta. Por un lado, deja la posibilidad de que las partes establezcan un quórum diferente que podrían establecer libremente en el estatuto. Esta posibilidad no admite limitación alguna ya que la Ley es amplia, salvo los mínimos legales que esta reconoce y que comentaremos más adelante. Es decir, las partes pueden establecer clases de acciones que concentren la totalidad de los votos o mecanismos distintos de tomar decisiones.

Cuando la norma dice, *"salvo previsión en contrario del estatuto"*, no sólo se refiere a mínimos legales, sino a la posibilidad amplia de establecer cualquier otro quórum o mecanismo

petidoras europeas." Frédéric Masquelier et al., *Société par actions simplifiée, création, gestion, évolution*, 4e édition, Paris, Editorial Delmas, 2005, pág. 10. Citado por: Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Op. Cit., 72

¹⁶ Maurice Cozian et al., *Droit des sociétés*, 18e édition, Paris, Lexis-Nexis, 2005, 365. Citado por: Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Op. Cit., 72

¹⁷ Es por ello por lo que Guyon advierte que "esta forma asociativa no debe ser utilizada sino por sujetos que se conozcan, se tengan confianza y compartan objetivos precisos (...). Ella facilita también la organización de grupos..." (Guyon, *Les sociétés...*, Op. cit., 117. Citado por: Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Op. Cit., 73). En palabras de Cozian, "la intención del legislador es, en efecto, de asegurar el carácter cerrado de la sociedad, de conformidad con el elemento intuitus personae que se supone caracteriza las relaciones de los asociados entre sí" (Cozian, *Droit des sociétés*, Op. Cit., 366. Citado por: Reyes Villamizar, *La Sociedad por Acciones Simplificada*, Op. Cit., 73).

¹⁸ Pierre-Louis Périn, *SAS: La société par actions simplifiée: Études-Formules*, 3. ed, Paris, Joly Éditions, 2008, 3. Citado por: Francisco Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano*, 18. <http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf>. En opinión de Philippe Merle, "la gran novedad introducida por la SAS consiste en conferirle prioridad absoluta a la libertad contractual de los asociados, que se manifiesta en los estatutos sociales. La aplicación de la ley ocurre solamente a título supletorio" (Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 5° éd., Paris, Précis Dalloz, 1996, p. 602). Citado por: Ibid.

de decisión. Es decir, si no se establece un porcentaje especial, se está a lo que dice la Ley. Reyes Villamizar es claro al decir que “no sólo se reducen de modo significativo las reglas imperativas que gobiernan la suscripción y el pago del capital, sino que, además, se incluyen diversas modalidades de acciones tales como las privilegiadas, con voto múltiple, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, con dividendo fijo anual y las denominadas acciones de pago¹⁹”. En esta misma línea, todas las modalidades de acciones, cuya emisión sucesiva puede efectuarse en diversas series, representan un atractivo fundamental de la SAS. La posibilidad de estructurar acuerdos de inversión con base en la naturaleza diversa de las acciones que se le asignen a un grupo de inversionistas constituye, además, una importante herramienta de gobierno corporativo²⁰. La concesión de derechos diversos de votación según la serie que le corresponda a cada uno de ellos permite definir *ex ante* las expectativas económicas y políticas de los accionistas, con el fin de evitar conflictos futuros.²¹

Justamente, el carácter eminentemente dispositivo de la regulación de la SAS se ve ejemplificado en la posibilidad legal de limitar la libre transferibilidad de las acciones, dependiendo de las necesidades de los accionistas, ya fuere a través del establecimiento de restricciones a la libre negociación de las acciones o de mecanismos para autorizar la cesión de estas. Con relación a la restricción a la negociación de las acciones, de manera puntual, la Ley establece que “en el estatuto podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo de diez (10) años, contados a partir de la correspondiente emisión (...)”. Por su parte, respecto de la autorización para la transferencia de acciones, la Ley determina que “[e]l estatuto podrá someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea o a algún tipo de pacto o condición previo. De no haberse pactado dicha estipulación de forma expresa, se entenderá que las acciones son libremente transferibles”.

De este modo, el instrumento constitutivo o una posterior reforma podrá disponer libremente que algunos de los accionistas, a decir de Balbín²², reciban todos los beneficios, o que se los excluya de ellos, o que ninguno lo haga, o que a los socios inversores se les restituyan los aportes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias, o que se permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aleje notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva. Puede incluso disponerse la renuncia a impugnar estados contables, o prohibirse cualquier forma de receso, o preverse la exclusión del accionista, y toda otra cuestión que mejor atienda los intereses de los asociados²³. En fin, las partes tienen la posibilidad de

¹⁹ Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada: una verdadera innovación...*, Op. Cit., 21

²⁰ Para un análisis más detallado sobre las denominadas dual class shares: Currea-Martínez, Aurelio, *Theory, Evidence, and Policy on Dual-Class Shares: A Country-Specific Response to a Global Debate* (June 2, 2019). Ibero-American Institute for Law and Finance Working Paper Series 3/2019; Singapore Management University School of Law Research Paper No. 32. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3397880> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3397880>

²¹ Las posibilidades que se pueden presentar en este tipo de compañías son inmensas. Por ejemplo, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, el estatuto podrá disponer condiciones para ser accionista, como por ejemplo ser descendiente sanguíneo del fundador en empresas familiares, pérdida de la calidad de accionista por contraer matrimonio o concentración del derecho a votar en un solo accionista. Favier y Spagnolo sostienen que también se pueden incorporar, por ejemplo, las más diversas cláusulas en cuanto al mantenimiento del poder del patriarca en los casos de donaciones de acciones a sus descendientes, quien podrá retener, inclusive, todos los derechos políticos como derivación de la gran flexibilidad estatutaria de la SAS. Asimismo, es posible incorporar una cláusula de exclusión del socio que permita separar al familiar en conflicto. Es decir, todo dependerá de la creatividad y necesidad que tengan los accionistas al crear su sociedad. Eduardo M. Favier Dubois. Lucía Spagnolo. *La sociedad por acciones simplificada como «tipo ideal» para las empresas familiares*. <http://www.revista-notariado.org.ar/2018/07/la-sociedad-por-acciones-simplificada-como-tipo-ideal-para-las-empresas-familiares/>

²² Sebastián Balbín, *Sociedad por Acciones Simplificada*, 1ra edición, Buenos Aires, Cathedra Jurídica 2019

²³ La posibilidad para establecer distintas cláusulas es infinita y se pueden establecer las más diversas cláusulas, siempre y cuando no sean contra legem, abusivas ni afecten a terceros. “¿Es que acaso corresponde al legislador evaluar las razones que llevan a sujetos libres y capaces a contratar

establecer las cláusulas que más se adecuren a sus necesidades operacionales y de organización interna, por más novedosas o extravagantes que fueren.

Sin embargo, por una consideración de orden público, la misma Ley establece de manera expresa que las cláusulas con relación a la (i) restricción a la negociación de acciones, (ii) autorización para la transferencia de acciones o (iii) para la resolución de conflictos societarios a través de la mediación o arbitraje, sólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la resolución unánime de los accionistas. Es decir, originariamente los accionistas de establecerán las más variadas cláusulas en el estatuto. Sin embargo, en el caso de que los accionistas quieran modificar el estatuto en algún momento de la vida de la compañía, la norma requiere para estos casos exclusivamente un quórum especial. La Ley, por la importancia de estas, y por el hecho de que puede afectar los intereses de otros accionistas o terceros, es contundente en estos casos. Son las únicas cláusulas que no admiten una estipulación distinta en el estatuto. Dicho esto, cabe señalar que la regulación ecuatoriana de la SAS ha redefinido la gradación normativa aplicable para esta paradigmática especie societaria. De acuerdo con la Ley de Compañías, en lo no expresamente previsto en la sección que las regula, una SAS *“se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones que rigen a las sociedades mercantiles previstas en la presente Ley”*. Como se puede apreciar, para resolver inconvenientes de interpretación y jerarquía normativa, la sección legal que regula a la SAS tiene absoluta prioridad. Así, se aplicará el estatuto que contendrá las disposiciones particulares, determinadas de acuerdo con sus necesidades operacionales y de organización interna. Luego, las disposiciones aplicables sobre las sociedades anónimas. En lo posterior, las disposiciones generales de la Ley y el resto de normativa aplicable.²⁴ Así, una vez establecidas las reglas de juego determinadas en la Ley, será el estatuto el primero en ser interpretado cuando existan conflictos e inconvenientes entre los accionistas.

Conclusiones

La erradicación del anacrónico imperativismo normativo es una de las principales características de la SAS. De esta forma, el carácter dispositivo de su regulación prioriza la autonomía de la voluntad de sus accionistas por sobre normas imperativas, rígidas y paternalistas que, para las especies societarias tradicionales, restringen el derecho constitucional de libertad de contratación de las partes. Las SAS son formas asociativas flexibles que resultan aptas para captar inversiones. Por eso, son una solución diferente que trae el Derecho Societario para acoplar los negocios a los tiempos modernos y facilitar a la pequeña y mediana, pero también a la gran empresa, a realizar sus actividades operacionales.

Esta paradigmática especie societaria genera un cambio de paradigma en el derecho societario a través de la sociedad de las cláusulas extravagantes. Debemos estar preparados y utilizar esta herramienta corporativa adecuadamente.

en búsqueda de algo que estos -y no el legislador- han estimado ventajoso? Máxime cuando el ejercicio de su libertad no acarrea perjuicio a terceros, desde que estos no han dispuesto de sus derechos como sí lo han hecho los socios”. Balbin, Sociedad por Acciones Simplificada, Op. Cit., 41.
²⁴ En estricto rigor comparativo, Reyes Villamizar menciona que “el artículo de la Ley SAS establece la jerarquía de las fuentes normativas aplicables a la sociedad por acciones simplificada. Se trata, en primer lugar, de las normas previstas en la propia Ley SAS; en segundo término, las disposiciones previstas en los estatutos; en tercer lugar, las disposiciones que gobiernan el funcionamiento de las sociedades anónimas contenidas en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 y en última instancia, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades en el Código de Comercio. La invocación de estas normas ocurre por vía de remisión, de modo que, en lo no previsto expresamente para las sociedades por acciones simplificadas, habrán de aplicarse los preceptos que gobiernan el funcionamiento de las sociedades anónimas, así como el régimen general contenido en el Código de Comercio.” Reyes Villamizar, La sociedad por acciones simplificada: una verdadera innovación..., Op. Cit., 20.

ANÁLISIS DE LA IMPOSICIÓN A PRIORI DE LA PARIDAD DE GÉNERO EN EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN DE LAS SOCIEDADES

Gabriela Fernanda Palmieri

1. Introducción: Este Congreso se presenta con la premisa de pensar el nuevo derecho societario bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad”, teniendo ello como norte, el punto de vista que expondré en el presente trabajo, parte de la crítica de la imposición de integrar la administración de las sociedades con una finalidad única de género, volviéndola obligatoria, lo cual adelanto considero *prima facie* desacertada.

Esta postura fue adoptada por la Inspección General de Justicia mediante el dictado de la Resolución N°34/2020 (modif. por Res. 35/2020) que impuso para las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las sociedades anónimas que estuvieren o quedaren comprendidas en el art. 299 de la Ley 19.550 (excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°), las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705), la inclusión en sus órganos de administración de una composición que respete la diversidad de género, estableciendo la misma cantidad de miembros femeninos que masculinos, y para el supuesto que la cantidad a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos. Ello, con fundamento en Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional, en la modificación del Código Electoral y en las regulaciones de la Comisión Nacional de Valores. Si bien existen cuestiones vinculadas al principio de igualdad y ejercicio igualitario de los derechos, entiendo que en el campo del derecho societario tal imposición atenta contra el principio de autonomía que debe imperar en el marco de toda contratación, y sobre el cual ha de fundarse la organización societaria.

La designación y recambios de integrantes del órgano de administración es un derecho de los socios, resultando inadmisibles la obligatoria adopción del cupo femenino en su desmedro, ya que tal delegación legal debe ser ejecutada libremente con la prudencia y evaluación de los candidatos que estimen mejor se sujetan a sus exigencias. Al tiempo que vedar la elección en favor de la figura femenina constituye un privilegio para un único sector, y no garantiza la igualdad en el ámbito laboral para otros grupos de la sociedad en clara contradicción con la garantía constitucional.

2. Desarrollo: Uno de los aspectos más relevantes en materia contractual es la **autonomía de la voluntad**, y como bien sabemos la sociedad es un contrato gozando los otorgantes de la facultad que le confiere el ordenamiento jurídico, de regir y gobernar sus intereses mediante manifestaciones de voluntad expresas, con la consiguiente responsabilidad que se derive de sus actuaciones. En virtud de ello, se alienta la elaboración del contenido del estatuto social que regirá la funcionalidad del ente, en la medida que aparece un conjunto de estipulaciones al que las partes deben necesariamente adecuar sus conductas, tanto en el campo de las relaciones económicas como sociales, brindado un contenido reglamenta-

rio que consiste en la formulación de un precepto de la autonomía privada.¹ Este temperamento es en especial sostenido por la ley societaria con el régimen establecido en los arts. 21 a 26, contemplado en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el de las llamadas “sociedades simples” de la Sección IV, en tanto propone la incorporación de un formato societario, calificado de “atractiva novedad” por el Dr. José María Curá², con plena eficacia y alcance entre los socios como frente a los terceros, y que escapa de las exigencias de legalidad propios de la autoridad registral y demás organismos de control (sociedades de la Sección IV del Cap. I de la Ley General de Sociedades, artículos 21 a 26). De esta manera, el reconocido profesor considera que se revaloriza en el novedoso orden la autonomía de la voluntad como eje del derecho privado, la libertad contractual, configurando modos de sustentación de negocios de menor envergadura o trascendencia económica.

Esta facultad de estructurarse con la organización y las cláusulas que los socios fundadores consideren más convenientes es una tendencia que además cobra particular relevancia con la creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas –S.A.S.– mediante Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor. Aparece asimismo recogida para las sociedades anónimas en el artículo 260 de la LGS que establece, por ejemplo, que el estatuto debe reglamentar la constitución y el funcionamiento del órgano de administración, permitiéndose la creación de un reglamento interno que, en concordancia con la ley y una relación de jerarquía, es fuente de derechos y obligaciones para los directores. Es así que este reglamento interno, conjunto ordenado de preceptos complementarios del contrato o estatuto, establecido con el objeto de regir el funcionamiento de los órganos sociales en aspectos no previstos en la ley ni en dichos cuerpos normativos³, recoge sustento en la autonomía de la voluntad de las partes con el fin de regular los aspectos básicos de la organización social: los contenidos legales obligatorios y los facultativos que aparecen en lo formal como estipulaciones de aquel documento, que contienen cláusulas necesarias y facultativas, y ambas concretan mandatos.⁴ Estos mecanismos facilitan la organización de la persona jurídica, en la que la efectiva actuación de sus órganos sea suficiente para asegurar el correcto funcionamiento legal y estatutario, en la que el *quid* de la cuestión no está en el modo en el que se distribuye la participación o la tenencia accionaria, sino que el presupuesto fundamental es que la sociedad conserve no sólo formalmente, sino también en la organización administrativa y económica, su autonomía.⁵

Sin embargo, la aparición de disposiciones como las Resoluciones IGJ 34/2020 y 35/2020 que sostienen medidas forzosas estableciendo un cupo femenino del 50% para los directorios, cercenan el prisma de la autonomía de la voluntad en tanto vulneran principios como el de libertad de contratación, de asociación, de legalidad y el derecho de propiedad; y lejos de ser una medida efectiva y de acatamiento general provoca en los distintos núcleos de la sociedad cuestionamientos que se apartan del espíritu del art. 16 de la Constitución Nacional, como por ejemplo aquellos vinculados a la postura de que toda restricción a un derecho fundamental debe instrumentarse por una ley en sentido formal (art. 75, inc. 23, CN), a la arbitrariedad del criterio adoptado, o a la violación de derechos como los mencionados, incluso se ha citado dis-

¹ Aparicio, J. “Contratos. Parte General”, T. I, Hammurabi, Bs As, 1997, p. 87.

² Cfr. Curá, José M., “El contrato asociativo y el contrato de sociedad (o de nuevas relaciones entre pequeños y medianos empresarios luego de la pandemia)”, eDial.com - DC2BC2.

³ Crispo, Jorge, “Ley Generales de Sociedades” T° IV, ed. RubinzalCulzoni, 2017, pags. 123/35.

⁴ Cfr. Mariano Gagliardo, “Responsabilidad de los Directores de las Sociedades Anónimas”, T° I, Ed. AbeledoPerrot, 2011, pags. 429/32.

⁵ cfr. De Gregorio, A., “De las sociedades y de las acciones comerciales”, en la obra “Derecho Comercial” de Bolaffio, Rocco y Vivante, Buenos Aires, 1960, t. 6, vol. II, p. 491, n° 250/251

crimianación hacia las personas jurídicas enunciadas en las resoluciones, sin justificar la omisión de otras, como por ejemplo las empresas que hicieran oferta pública, las que tuvieran un capital social superior a los \$50.000.000 y a las S.A.U, por lo cual podría entenderse que la discrecionalidad se adoptó en desmedro de las empresas más pequeñas.

El ordenamiento de funciones de organización necesariamente debe acomodarse al paso del tiempo y propender que la estructura tenga la capacidad de adaptarse a los cambios, no solo frente a lo que se denomina “cuarta revolución industrial”: la digitalización (fenómeno que ha generado una mutación muy profunda en los ámbitos de la actividad humana y ha atravesado en forma transversal todos los campos del conocimiento), sino que la vida de las empresas, como la de cualquier ser vivo, requiere ajustes o adaptaciones a los cambios en el medio en el que les toca vivir o existir. Cuestiones de índole político, económico, de convivencia societaria y tecnológico hacen que las razones de la creación y vigencia de un ente jurídico requiera, a través del tiempo, pequeños o grandes ajustes que le permitan adaptarse a las nuevas condiciones operativas y legales.⁶ Motivo por el que considero que el cuestionamiento enfocado sobre normas, como las de la Inspección General de Justicia, no debe dirigirse solamente a un exceso de facultades de la actividad administrativa del ente sino además a la limitación de su enfoque a un único grupo sin miramiento alguno hacia otros grupos vulnerables. No dudo que la intención del Inspector General resulta noble ya que impuso una herramienta que reconocía la desigualdad de género, generando una práctica transformadora de esa realidad, pero resulta desatinado negar que la decisión no implique un menoscabo al derecho de los socios de elegir autoridades.

Nuestro régimen societario está sometido a un movimiento pendular, exigiéndose la adaptación de la estructura jurídica de los entes a una realidad ambivalente, en tanto el paraje económico y la actividad son los elementos que se priorizan, asumiendo al sujeto como una estructura para lograr el financiamiento. En oportunidades se ha entablado la posibilidad de hablar de nuevas formas de derecho, un derecho que se adjetivara espontáneo originado tanto en usos, costumbres y tradiciones, cuanto por el surgimiento de nuevas normas sociales admitidas por la comunidad, en las que además incide la exigencia de eficiencia económica. Para ello resulta necesaria no solo la defensa de la productividad empresaria, sino que ello vaya a la par de los menesteres sociales, en los que ya es evidente la imprescindible promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico de los distintos sectores, condiciones que hagan posible una distribución laboral más equitativa, especialmente si va orientada al pleno empleo. Sin embargo, el valor y la trascendencia de ello se pone en tela de juicio cuando se generan cuestionamientos en orden a la real adaptabilidad de los órganos, sobre todo el de administración al nuevo orden socio-económico.

Recientemente, leí un artículo periodístico sobre “Políticas de incentivos” que se publicó en el diario La Nación el día 02 de julio de 2022, y si bien avanzaba sobre el salario emocional, el título me pareció llamativo, tanto así que lo pensé como el punto dentro del presente trabajo. Las noticias relacionadas al continuo aumento de la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas, fruto de los esfuerzos continuados por mejorar la diversidad en el seno de estos órganos aparecen cada vez más en las editoriales, no obstante, los estudios muestran la lentitud del avance, lo que exige que se acelere la tendencia para conseguir el objetivo. La Comisión Nacional de Valores (CNV) ha trabajado con el fin de que

⁶ <https://www.russellbedford.com.ar/blog/reorganizaci%C3%B3n-empresaria/>

las sociedades que operan en el Mercado de Valores, incorporen un Directorio que respete la diversidad de género y, en ese sentido, aprobó el “Código de Gobierno Societario” de fecha 14 de junio de 2019 que establece como principio que el mentado órgano deberá contar con niveles adecuados de independencia y diversidad que le permitan tomar decisiones en pos del mejor interés de la compañía, evitando el pensamiento de grupo y la toma de decisiones por individuos o grupos dominantes dentro del Directorio. En particular, la Resolución General N° 797/2019 de la CNV indica que: *“El directorio deberá activamente propiciar la conformación de un directorio diverso, teniendo en consideración la diversidad de género, origen geográfico, edad, perfil étnico y experiencia profesional...La transparencia y divulgación en materia de diversidad en el directorio es un elemento importante para los inversores y muestra la profesionalización del órgano...”*. Esta disposición suma otros ingredientes además del género, demostrando que claramente podemos adentrarnos en los criterios de selección amparándose en las características y diferencias de los sexos, pero no es el único que hace mella. Los roles que culturalmente se le asignan a los integrantes de la sociedad aluden a identidades, comportamientos, funciones o percepciones que ésta propone o establece para cada individuo; o la identidad de hombres y mujeres acorde a la división de trabajo y obligaciones que deben seguir, como proveedores del hogar, y como responsables del cuidado de la casa y la crianza de los hijos, aparecen como un norte del que bastante se ha escrito y siempre en boga se encuentra. No obstante, considero que debemos generar un ámbito de discusión orientado a superar el abordaje simplista de la perspectiva de género siendo mi intención dejar sesgadas las barreras que se deben superar que derivan de la condición femenina y resultan aplicables a todo el espectro de diversidades, es decir que la postura a asumir debe aspirar a ser más ambiciosa y referirse a la condición de “diferente”, asociada a la diversidad de sexo, cultural, geográfica, de origen y generacional, pues de otra manera siempre se estaría haciendo referencia al lema “discriminar para igualar”.

La composición del Directorio de una sociedad es un elemento clave del buen gobierno societario, y una buena composición está definida por la combinación de experiencias y capacidades que todos los miembros del órgano de administración aportan, siempre que estén alineadas a la necesidad de la compañía y sean relevantes al negocio y su estrategia, por lo que la discusión en cuanto al género me parece limitada. Es que la diversidad revela particularidades críticas que muchas veces faltan en grupos de personas homogéneos, donde generalmente existe el “pensamiento de grupo”, como por ejemplo, la habilidad de liderar cambios, de utilizar diferentes inteligencias emocionales, o la voluntad de aprender de nuevas tendencias, expandiendo así la base de talentos disponibles para poder mantener actualizado y profesionalizado su funcionamiento. La Comisión Nacional de Valores introduce en este sentido una serie de recomendaciones para la sucesión de los integrantes del Directorio que guía el proceso de preselección de candidatos para ocupar vacantes⁷; a la vez que el Banco Central de la República Argentina fomentó, con el dictado de la Comunicación “A” 7100 del 03 de septiembre 2020, adecuaciones a los Lineamientos para el gobierno societario en entidades financieras destinadas a tener en cuenta el criterio de la paridad de género.

Entonces, la apuesta se orienta a potenciar la discusión y enriquecer la toma de decisiones con respecto a estrategias, políticas y asunción de riesgos, analizando si existe una práctica cotidiana que importe otorgar un trato desfavorable a una persona o un grupo por su origen,

⁷ Comisión Nacional de Valores, República Argentina, Código de Gobierno Societario, Anexo III, pág.23.

sexo, edad, condición social o económica, embarazo, preferencias sexuales, estado civil, entre otras diferencias que pueden ser motivo de distinción, exclusión o restricción, ya que de otra forma no existe igualdad real. No hay dudas que el poder económico y empresarial merece observaciones en cuanto a la desigualdad de oportunidades, pero creo que revertir esa situación lleva consigo una política de incentivos y no de imposiciones que culminan refutadas administrativa y judicialmente demorando de tal manera la aplicación efectiva de la “igualdad jurídica”. Esa es la razón por la que todo el conjunto de la sociedad tiene el deber de trasladarse a romper el *techo de cristal*, generalmente aplicado a la perspectiva de género, pero que no obsta su referencia a otros grupos heterogéneos, y que representa una barrera invisible que encuentran muchas mujeres en un momento determinado en su desarrollo profesional, normalmente en el acceso a los puestos más altos de la jerarquía de las organizaciones en las que trabajan, de modo que una vez llegado a este punto muy pocas franquean dicha barrera, estancando la mayoría su carrera profesional. En el aspecto propio del derecho societario, especialmente en la composición de los órganos de administración, esa barrera encuentra límites dados por los complejos entramados de estructuras societarias o normas no escritas, que existen en organizaciones tradicionalmente dominadas por hombres; y, por ciertos impedimentos que numerosa cantidad de mujeres se imponen (y muy pocos del sexo contrario) con objeto de poder conciliar el trabajo fuera del hogar con las responsabilidades familiares y los quehaceres domésticos.

Los prejuicios son actitudes que forman parte de la naturaleza humana y se refieren al aspecto afectivo, valorativo, ya sea positivo o negativo, que se encuentra entrelazado en la red de las relaciones entre los individuos⁸, y se expresan de distintas maneras, seas mujer, joven, de edad avanzada, extranjero o integrante del colectivo LGBTQ+. En muchos casos, el prejuicio sobre los distintos grupos sociales actúa como autolimitante, en tanto se internaliza que tradicionalmente no tienen los mismos derechos, lo cual podría llevarlos a una forma de sometimiento de las condiciones que se les imponen y no permiten salir adelante y superarse, aunque el escollo poco a poco se va superando. No son desconocidas las habilidades empresariales de las mujeres y de los otros grupos distintivos que se encuentran fuera de la masculinidad, que contribuyen de manera consistente a incrementar y valorar la capacidad empresarial, y juegan un papel predominante en el sector de las medianas y pequeñas empresas, al demostrar sus capacidades y habilidades proactivas que pueden alcanzar, incluso fundando sus propias compañías.

En particular, para no alejarme en cuanto al tema de ponencia establecido, varios estudios han explorado la importancia de las mujeres empresarias en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE-⁹, donde se han implementado programas especiales que se centran en empresas en propiedad de las mujeres y refieren que el panorama entre los países miembros de la Unión Europea es distinto al que surge de América Latina y el Caribe, donde son limitadas las investigaciones sobre el papel de las mujeres empresarias y pocos programas las promueven. Más del 50% de la población es representado por mujeres, es decir somos sujetos de derechos políticos, económicos y sociales, con participación cultural, en el mercado laboral, en el consumo, en política, por lo que también es una aspiración valedera que se alcance una participación del mismo porcentual en la esfera de poder empresarial. Mientras algunos cuestionan tal postulado sosteniendo razones de eficiencia económica y de diferentes estilos de dirección,

⁸ Cfr. Martínez, J.A., y Camacho C.L., “Estereotipos, prejuicios y discriminación hacia las mujeres en el contexto laboral latinoamericano. Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia”. Revista Universidad de León, 1(12), 347-364.

⁹ <https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/Busqueda%20igualdad%20de%20genero-RESUMEN.pdf>

desestimar de plano esa diversidad de mando considero que no sería beneficioso en aras de incrementar la competitividad de las empresas, y la posibilidad de contemplar un grupo heterogéneo de personas con realidades, capacidades y talentos diferentes que implicaría dotar de una fuente de creatividad a las empresas, cuyos titulares son las sociedades comerciales. Cuando se alcanzan puestos de alta responsabilidad en cabeza del género femenino, a menudo goza de un alto relieve y repercusión social, que pueden servir de modelo a muchas mujeres que se están incorporando al mercado laboral o se estén perfeccionando educativamente, e incluso favorece la visión que se tiene de la compañía a nivel regional, nacional y global.

La Unión Europea implementó el sistema de cuotas femeninas como una medida obligatoria, no simplemente como mera recomendación, fundiéndola en una característica de la responsabilidad social corporativa, cuyo incumplimiento conduce a una serie de sanciones. Claro es que frente a tal medida no tardaron de surgir objeciones, por ejemplo España consideró que no podía abandonar el postulado de recomendaciones en la medida que la actividad económica de las entidades se encontraba regida por la libertad de empresa (art. 38 del CE), aunque se entendió que el desarrollo financiero está sujeto a los titulares de las sociedades comerciales ibéricas –sus socios-, estas prácticas aspiracionales están reservadas a un conjunto de requisitos que deben observar para conformar sus órganos de administración, lo cual no obsta que dentro de ese marco los accionistas constituyan sus órganos en la forma que entiendan más adecuadas.¹⁰ El sistema de cuotas en nuestro país quizás puede considerarse extremo, pero manteniendo como norte la facultad de los integrantes de las personas jurídicas de estructurar sus órganos, considero que adoptar una política de incentivos en pos de alcanzar la igualdad de género y de buscar una mayor diversidad en los puestos de dirección podría resultar certero, en tanto considero que lo extremo es el fijar la misma cantidad de integrantes a costa de otro grupo.

El diario Perfil publicó un artículo titulado “*Cómo se desarrolla en las empresas la equidad y la igualdad de género*”¹¹ partiendo de la premisa que a pesar de los trabajos realizados hasta el momento en las organizaciones para promover la igualdad de género y el acceso de las mujeres a puestos de liderazgo y decisión, en el interior de las mismas sigue habiendo aún mucho camino por recorrer, y hace mención que el Banco Ciudad impulsó algunas iniciativas que le valieron un premio de *Global Great Place toWork* por ser uno de los mejores lugares para el trabajo femenino en Argentina; publicación que es festejada desde el presente trabajo, pero insisto con que hay más por hacer desde el momento que se visualiza, por un lado, que cuanto más baja es la escala jerárquica de dirección aumenta la cantidad de personal femenino, porcentaje que sube cuando se consideran los grupos directivos sin hijos o sin hijos y sin pareja; y tiende a incrementarse al considerar el grupo con estudios universitarios. De acuerdo a estos y otros tipos de indicadores, el índice de potenciación de género, la presencia de mujeres en los puestos directivos, según estadísticas de la OIT, sólo se aplica en cuotas. Por ejemplo, las prácticas propias del modelo “*comply or explain*” (cumplir o explicar) típicas de las reglas de Buen Gobierno, como las recomendaciones citadas (Resolución General 797/2019 de la Comisión Nacional de Valores, la Comunicación “A” 7100 del 03/09/2020 del Banco Central de la República Argentina de Lineamientos para el gobierno societario en entidades financieras), e incluso la tan criticada Resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia, van más allá de la serie de reglas de fomento en tanto suponen una vinculación directa con la cuestión. De

¹⁰ Dictamen del Consejo de Estado en Pleno, España, 22 de junio de 2006.

¹¹ <https://www.perfil.com/noticias/politica/como-se-desarrolla-en-las-empresas-la-equidad-y-la-igualdad-de-genero.phtml>

aquellas medidas podemos decir que invitan a corregir la escasez de administradoras mediante propuestas no vinculantes tendiente a hacer efectiva la eliminación de sesgos implícitos en los procedimientos de selección y búsqueda deliberada de mujeres candidatas para representar, administrar y gerenciar personas jurídicas privadas, enmarcado dentro de la denominada responsabilidad social empresarial. Mas, encuentran el crepúsculo cuando mantienen el estándar y porcentaje de selección en desequilibrio demostrando cierta escasez por la efectiva ejecución de las recomendaciones, y no se exigen explicaciones sobre las acciones que se han adoptado para la superación de la barrera.

El objetivo se centra en que los procesos de selección se articulen de forma que no exista suposición ninguna de discriminación por género, edad, elección sexual, etnia, condición social, procurando que sea la cualificación y la competencia la que determine el ingreso de la candidata o el candidato, sin distinción, dado que está demostrado que los criterios de eficiencia empresarial en los que se sustentan estas prácticas no tienen que ver con estas cuestiones, debiendo ser en su caso los únicos parámetros de carácter personal exigibles para acceder a puestos directivos la capacidad y el talento de quien *“sea capaz de aportar valor a la empresa desde su propia experiencia”*.¹² En ese marco de incentivos, entiendo necesario que nuestro país debe instaurar un conjunto de acciones específicas dirigidas a desarrollar políticas de conciliación de la vida profesional y la vida familiar, por ejemplo beneficios impositivos en favor de aquellas compañía que de manera efectiva alcancen un verdadero cambio en las conductas y actitudes que incitan situaciones de desigualdad, a fin de situar a todos los miembros de la sociedad en las mismas condiciones de participación de aquellos bienes que se consideran escasos, como lo son los cargos directivos. Incluso desde la propia empresa pueden realizarse concursos dentro del personal que permitan acompañar proyectos de negocios vinculados a la actividad que se desarrolla, crear un sistema de puntos que se sumen a medida que se alcancen determinados objetivos, efectuar evaluaciones de contenidos que puedan proponer o calificaciones de otros empleados para verificar como es el manejo con el grupo, sólo por mencionar algunas propuestas que permitan a los empleados sentirse parte de la sociedad en la que trabajan, pues está demostrado que el reconocimiento y el sentido de pertenencia influyen de sobre manera en el rendimiento y productividad laboral, donde el dinero no es el principal motor de productividad. Entonces, si la búsqueda es la eficiencia económica dejar de lado estas cuestiones implicaría desechar una gama de posibilidades que podrían resultar provechosas para el ente y por ende para los últimos beneficiarios, los socios.

Los resultados muestran la falta de oportunidades para aspirar a la obtención de cargos gerenciales o directivos, siendo necesario reflexionar sobre los reclamos de la sociedad en general como factores que influyen en la paridad laboral de los diversos grupos que integran la población, sin reparar en el género, en la edad, en la condición sexual, étnica, cultural o socioeconómica, en aras de prestar mayor atención a las demandas de acceso al mercado laboral, aprovechando de tal manera el talento que emana de los distintos colectivos, profesionales o no, y su capacidad de aporte a la sociedad. Las integrantes del sector femenino no somos las únicas capaces de demostrar capacidad, profesionalismo, inteligencia y talento, por eso no debemos limitar al análisis de la brecha de género, creo que necesitamos una perspectiva más amplia y corregir las diferencias en el acceso a los factores de producción y administración por

¹² Iglesias Valcarce, P. CEOE-Departamento de Relaciones Laborales: “La nueva Ley de Igualdad. Implicancias laborales y empresariales. Punto de vista empresarial”, Madrid, 2007, p. 18.

parte de todos los sectores, fomentado la diversidad en pos del interés general, para lograr de esta manera experiencias más prometedoras pues pocos son los datos concretos que cuantifican la contribución económica de aquellos sectores o los desafíos que enfrentan. En este sentido, la Unesco afirmó la existencia de una relación entre el tiempo dedicado al estudio y el empoderamiento social y económico, por ello es menester dotar de herramientas para las elecciones en la vida profesional y privada. El acceso a la educación, claramente, es un tema de gran importancia para los y las postulantes, pero en sí no es suficiente, siendo el acceso a la tecnología, al capital y a la asistencia técnica los más problemáticos. En efecto, las mejoras en las oportunidades económicas pueden redundar en mejoras de la condición social, educacional y de salud, propias y de sus familias. Por ello, creo fundamental el incentivo no sólo personal sino desde el Estado, tanto para que las personas jurídicas adopten medidas que favorezcan la inserción de los distintos grupos sociales, como beneficios tributarios, programas de pasantías o ayuda económica, sino para que los particulares no vean que la Igualdad es el Edén a alcanzar, cuando no se refleja en su realidad.

3. Conclusión: deseo culminar mi exposición haciendo mención que al postular la incorporación a cargos de dirección empresarial con fundamento únicamente en el género, nos quedamos en la simpleza de la problemática, deviniendo fundamental recabar y compartir información sobre programas de inclusión o recomendaciones de las mejores prácticas que han tenido éxito al fomentar el desarrollo, que ofrezcan capacitación y asistencia, que a la vez propongan políticas proactivas en favor de aquellas sociedades que hagan partícipes a los distintos grupos heterogéneos de las oportunidades que se presentan, pero no sólo a éstas por su condición de mujer, sino que ampliándose al campo de la diversidad en tanto una política de igualdad no merece ser limitada a ese punto, provocando entonces que la voluntad de los integrantes de las personas jurídicas para definir su órgano de administración no quede relegada a mujeres si, mujeres no; sino que los intereses privados de las empresas, con base al derecho de asociarse, encuentren en políticas de igualdad y no discriminación un claro apoyo a los esfuerzos de desarrollo empresarial con un enfoque transversal, proyectando la inserción, el fortalecimiento de la autonomía económica tanto de mujeres, como grupos sectoriales y generacionales con el fin de lograr la participación equitativa. Este es el nuevo paradigma para diseñar y ejecutar los cambios de las estructuras organizacionales de las compañías, siendo fundamental tener objetivos claros, una planificación adecuada a esos objetivos y a los recursos disponibles, la participación de los integrantes del órgano de gobierno y, especialmente que los recursos humanos y estatales estén comprometidos con los cambios.

EL SISTEMA DE PRELACIÓN NORMATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIETARIA

Efraín Hugo Richard y José P. Sala Mercado

SUMARIO

El ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, comprende sistemas generales y micro sistemas que lo complementan y se complementan entre sí. En la aplicación de preceptos convergentes deben necesariamente observarse las cláusulas de compatibilidad que constituyen una guía asegurando la coherencia del sistema entendido como un todo complejo. A este efecto, hemos tomado como fuente de estudio algunos supuestos mediante los cuales relacionamos estos conceptos.

Análisis preliminar

El sistema de derecho privado nacional puede graficarse como un ecosistema jurídico comprensivo de un ordenamiento fonal o general, el código civil y comercial (CCCN), y micro sistemas o regímenes especiales que giran en torno al mismo y confluyen en la aplicación. Ocurre que, atento presentarse la aplicación de regímenes convergentes, ya sea convergencia de carácter general-especial o especial-especial, deben necesariamente observarse las cláusulas de compatibilidad que los regímenes detentan y, en definitiva, aquellas que surgen imperativas del CCCN.

A modo ilustrativo como base del planteo y entrando en el particular, suele presentarse en la doctrina cierta turbulencia al tiempo de determinar lo que sería la ley especial aplicable en supuestos como el de una sociedad concursada o la aplicación de las normas imperativas de la LGS a las SAS. Daremos tratamiento a estos dos supuestos particulares para sostener el análisis, sin perjuicio de que los argumentos puedan exportarse a otros escenarios de igual tenor.

Análisis

La normativa del cuerpo general ofrece en los arts. 150 y 963 un criterio de compatibilidad entre los sistemas y que establece el orden de prelación según el cual se aplican los preceptos en el siguiente orden excluyente: la norma imperativa del micro sistema; la norma imperativa del cuerpo general, la autonomía de la voluntad; la norma supletoria del micro sistema; y, finalmente, la norma supletoria del cuerpo general.

Enumerada la prelación, corresponde preguntar:

- 1.- Qué régimen especial rige a una sociedad concursada?
- 2.- Son aplicables las normas imperativas de ley 19550 a las SAS?
- 3.- Pueden aplicarse en armonía regímenes convergentes?

I - Respecto del primer interrogante, quizá la respuesta deba construirse estableciendo criterios de aplicación mediante los que se permita resolver la pluralidad de supuestos en los que se activarían aplicaciones convergente de los dos micro sistemas conexos, concursal y societario.

Con el deseo de alcanzar estos horizontes, adelantamos criterio en cuanto a que la especialidad de la ley societaria y, particularmente sus normas imperativas, no se ve desplazada

por la concursal, a cuyo sistema preventivo se accede libremente o a través de la conversión, como escudo protector. Es decir que existe complementación, desarrollándose las últimas mediante la instauración de un sistema procesal y estableciendo limitaciones a la operatoria societaria que imponen las mismas *ad referendum* de autorizaciones judiciales. Es así que, en cada caso, la materia deberá establecer la compatibilización en la aplicación de uno u otro régimen, todo conforme se desprende del art. 150 CCCN. En principio no advertimos disposiciones imperativas de la norma concursal, procedimentales y dispositivas, que alteren las previsiones imperativas de la ley societaria, tales como el mantenimiento de la naturaleza del negocio societario, aún en las unipersonales, o las de protección a terceros, al margen de impedir acciones directas contra el patrimonio social.

II - En otro orden, mucho se viene debatiendo sobre la aplicabilidad de la ley 19550 a las SAS y las limitaciones que, respecto de éstas, podría o no derivar de la LGS. El artículo 33 de la LACE dispone que “...Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”. La norma no da lugar al titubeo en afirmar que la ley especial es la LACE y, por remisión de ésta, subsidiariamente, rige la LGS en tanto resulte compatible. No habría lectura alternativa al respecto en los términos del art. 150 CCCN, conforme el cual rige el siguiente orden excluyente de aplicación: normas imperativas de la LACE; normas imperativas del CCCN; instrumento constitutivo; capítulo primero de la LGS respecto de cuestiones generales y el régimen de la SRL respecto de los órganos societarios (cf. Art. 49 LACE); y normas supletorias del CCCN.

Por caso, también ocurre una remisión expresa por los arts. 55 y 56 de la LACE a las normas imperativas de la ley de sociedades en materias de causales de disolución, remediación, responsabilidad, condición de viabilidad y etapa de liquidación (arts. 84 y ss LGS). Entendemos que, pese a la claridad del art. 33 de la LACE ya relacionado, se ha entablado el debate por la necesidad que encuentra parte de la doctrina en asegurar, respecto de las SAS, cierto equilibrio en los derechos de los socios. Es así que, se ha propuesto en numerosas disertaciones y artículos académicos, como también se ha dispuesto en resoluciones de organismos de control, que se apliquen a las SAS no solo las normas imperativas de la parte general de la LGS, sino también aquellas insoslayables que regulan a las sociedades anónimas. Respecto de este segundo punto, creemos no corresponde de plano extender el régimen de un tipo distinto a las SAS sin norma de remisión, pues no la hay y, de hecho, como fuera señalado, en materia de órganos, subsidiariamente la LACE aplica el régimen de la SRL (art. 49) y no las de la SA. Ello resulta inobjetable y ha sido el motivo por el que se presentó un proyecto que guarda media sanción del senado por el que se propone extender el régimen de las SA a las SAS, criterio que no compartimos.

Ahora bien, mayor reparo se presenta a la hora de afirmar que no sean aplicables ciertas reglas del capítulo primero de la LGS como el art. 13, en tanto norma comprensiva de las ideas fuerzas de estructuración de una sociedad. Sin embargo, creemos que incluso el art. 13 resulta de aplicación subsidiaria en las SAS, vale decir resulta una norma de cuarto orden en la prelación normativa que impera solo para los casos de no ser sus incisos derogados expresa o tácitamente por la autonomía de la voluntad en los términos del instrumento constitutivo particular. No debe perderse de vista que se preservan derechos privados de los constituyentes enteramente renunciables en cualquier tiempo (*ab initio* o al tiempo de ejercicio) y que la comunidad de riesgos, por ejemplo, puede adoptar las más variadas manifestaciones según los esquemas actuales de negocio. Es por todo ello

que debe optarse por la viabilidad de la derogación mediante instrumento constitutivo de toda norma imperativa de la LGS como sucede con los supuestos del art. 13 de LGS, el derecho de suscripción preferente; la emisión de acciones bajo la par; etc. Todo ello puede pactarse contrariamente en una SAS, siempre que no exista infracción a los deberes de buena fe, licitud de la actividad, ejercicio regular de los derechos evitando abusos, etc.

Conclusiones

Los dos supuestos tomados como base de análisis no pueden ser objeto de criterios homogéneo por cuanto, en un caso, los regímenes resultan enteramente convergentes y debe construirse un razonamiento que permita compatibilizarlos conforme los criterios de prelación normativa establecidos. Ahora bien, en el segundo supuesto, relación de la LACE y la LGS, la propia ley especial (LACE) determina cuándo y cómo se aplicará la LGS, restándole toda imperatividad a sus preceptos, salvo –sin duda– la existencia de tipicidad de primer grado o sea de un negocio societario, lo que es obvio. En suma, creemos haber dejado en claro la modalidad de compatibilización de los regímenes legales convergentes en los dos amplios casos asumidos.

¿LA LIBERTAD IRRESTRICTA COMO PARADIGMA DEL DERECHO SOCIETARIO? (QUIZÁS ¿SOMOS PROCLIVES A LOS EXTREMOS?)

Alberto Antonio Romano

SUMARIO

1. La sanción de un régimen legal, la aplicación e interpretación de las normas en él contenidas, deben realizarse teniendo en miras la realidad sobre la que impactan y los valores a proteger.
2. No parece atendible que el derecho privado en general tenga límites y que el derecho societario requiera no tener límite alguno.
3. Las normas de orden público societario, como toda norma con tal connotación, protegen un interés general y no un mero interés privado. Ellas están dirigidas a lograr el buen funcionamiento de las sociedades, en pos de la protección de los derechos de los socios y de los terceros.
4. La gran mayoría de normas de orden público societario son de disponibilidad relativa.
5. No creemos que el tráfico negocial, sin distinción alguna, necesite de la autonomía de la voluntad a ultranza en el marco societario. Menos aún creemos que ello sea conveniente como política legislativa. Otra cosa es pensar en un régimen solo aplicable a los emprendedores en general y repensar una reforma al régimen societario que contemple normas que se adecuen a sociedades con una alta dosis personalista (empresas familiares y/o de conocidos o amigos) en las que los socios limitan su responsabilidad por las deudas sociales.

I.- Introducción.

Los operadores han optado por el tipo sociedad anónima (en lo sucesivo “SA”) como forma de organización cualquiera fuere las características del emprendimiento (pequeño, mediano o grande), facilitado ello por la exigencia de un capital muy bajo para su constitución.

Quienes no se organizan como SA constituyen sociedades limitando su responsabilidad por las deudas sociales, es decir, sociedades de responsabilidad limitada (en adelante “SRL”) y sociedades por acciones simplificada (en lo sucesivo “SAS”).

El régimen previsto en la ley general de sociedades (en adelante “LGS”) para la SA no se adapta a la gran mayoría de las empresas que funcionan en nuestro país bajo tal tipo de organización.

Para arribar a tal conclusión basta preguntarse, ¿para qué sirve la publicación de edictos por la que se convoca a una asamblea en una SA familiar o de amigos o, en la que aparece una y otra característica, que generalmente cuenta con pocos accionistas? O, ¿por qué no permitir la exclusión¹ en ellas?

¹ Una corriente doctrinaria a la cual hemos adherido (ROMANO, Alberto Antonio “Resolución parcial y disolución”, en Código de Comercio Comentado y Anotado” Adolfo A. N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), Bs. As. 2006, La Ley, Tomo III, p. 222) considera que aún con el régimen societario vigente en nuestro país, la exclusión puede aplicarse por vía analógica a las sociedades anónimas cerradas o de familia (ALEGRIA, Héctor. Repensando temas sobre la exclusión de socios. REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO. Sociedades 2003-2, pág. 127, refiriendo que el artículo 193 de la L.S.C. prevé la exclusión del accionista por no

Con la SAS se introdujo una alternativa de organización más adecuada para sociedades con un alto contenido personalista. Pero, a nuestro juicio, no el régimen previsto para la SAS, sino una interpretación basada en la libertad irrestricta ha conspirado con la simplificación de la SA, tan necesaria en los casos mencionados.

Sin dudas que un régimen de organización más flexible en el derecho societario argentino es bienvenido: el tema está en determinar el alcance de esa flexibilización. Y en función de ello, su aplicación y sus consecuencias.

II. La autonomía de la voluntad en el derecho privado.

El derecho privado contiene principios generales que se encuentran contenidos en distintas normas del Código Civil y Comercial (en adelante “CCyC”: por ejemplo, los artículos, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 279, 958, 961, 1004 y 1061 a 1068 de dicho cuerpo legal.

Y la libertad en el derecho privado tiene límites. A pesar de encontrarnos en dicho ámbito, hay normas de orden público, en el sentido de no disponibles por las partes.

Veámoslo.

El estatuto de una asociación civil no puede restringir la remoción ni la renuncia de un directivo y, una cláusula en contrario es de ningún valor (artículo 176, segundo párrafo, primera parte, del CCyC). El derecho de renunciar a la condición de asociado de una asociación civil no puede ser limitado (artículo 179 del CCyC).

La renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio no tiene eficacia alguna (artículo 944, última parte, del CCyC).

El contrato de locación de cosa para destino habitacional no se puede celebrar por un plazo mayor a veinte, ni por un plazo mayor a cincuenta años para los otros destinos (artículo 1197, primer párrafo del CCyC).

En el contrato de arbitraje, carece de toda eficacia una cláusula por la cual se renuncia a la impugnación judicial del laudo definitivo que es contrario al ordenamiento jurídico (artículo 1656, último párrafo, última parte, del CCyC).

En caso de condominio sobre una cosa, el condómino no puede renunciar a ejercer la acción de partición por tiempo indeterminado, y la indivisión forzosa temporaria no puede pactarse por un plazo mayor a diez años (artículos 1999 y 2000 del CCyC).

La modificación entre las partes de las normas relativas a la prescripción es de ningún valor (artículo 2533 del CCyC).

Omitimos referencias a derechos más protectorios, como, por ejemplo, la normativa que regula los derechos del consumidor o los derechos derivados de las relaciones de familia.

III. La autonomía de la voluntad en el derecho societario.

En nuestro régimen legal encontramos pocas normas de orden público aplicables a las sociedades en general². Su razón de ser no es otra que el buen funcionamiento de las sociedades³, en resguardo de los derechos de los socios y de los terceros.

integración del aporte; ZUNINO, Jorge O. Disolución y Liquidación. Tomo I. Bs. As. Astrea. 1987. p.82; FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. y SPAGNOLO, Lucía. La exclusión de socio en la sociedad anónima personalísima por vía de la desestimación del tipo social, en La actuación societaria. Bs. As. Ad Hoc. 2005. p 156 y sigs.; en contra, NISSEN, Ricardo A. Algunas cuestiones sobre la exclusión de socios, en La actuación societaria. Bs. As. Ad Hoc. 2005, p. 161. y sig., considerando que la exclusión debe aplicarse a las sociedades anónimas cerradas o de familia, pero para ello es necesario una reforma legislativa).

² Confr. RICHARD, Efraín Hugo “Cincuenta años de la ley 19.550. Libertad bajo responsabilidad”, La Ley, ejemplar del 25 de abril de 2022, pág. 2, punto II., quien en II.2. resalta: “...Recalo en un aspecto poco señalado como es la congruencia de esa libertad con su acotamiento por pocas normas imperativas...”.

³ La protección de los derechos inderogables de los socios hace al interés social.

Muchas normas de orden público societario tienen la característica de ser de disponibilidad relativa. Es necesario distinguir entre normas de orden público y normas de orden público de disponibilidad relativa.

Existen disposiciones de orden público⁴ que no pueden ser dejadas de lado por las partes, pero una vez adquirido el derecho, como consecuencia de ello, el beneficiario puede renunciarlo⁵.

Por ejemplo, los cinco incisos del artículo 13 de la LSC son normas indisponibles, irrenunciables por una cláusula estatutaria, pues hacen a la causa fin del contrato de sociedad, son cláusulas que hacen a la esencia del funcionamiento de las sociedades y por ello también se aplican a todos los tipos sociales.

Lo mismo ocurre con el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables previsto en el artículo 69 de la LGS.

Entonces, por ello, no es válida una cláusula estatutaria o contractual que deje sin efecto lo dispuesto en los artículos 13 y 69 de la LGS.

En tal orden de ideas, no hay otras formas de organización que las establecidas en la ley. Si la sociedad que se constituye no se adecua a ello tendrá el régimen previsto en la Sección IV del cap. I de la LGS.

En cambio, el derecho de suscribir preferentemente, que consideramos es un derecho inderogable de los socios⁶, regulado en detalle para las SA, que a nuestro juicio se aplica a las SRL (arg. Artículo 160, quinto párrafo de la LGS)⁷ y a las SAS⁸, queda comprendido dentro de las denominadas normas de orden público de disponibilidad relativa. Por eso pensamos que una norma estatutaria no puede derogar dicho derecho, que resguarda el derecho de propiedad de los socios. Además, según las circunstancias, convalidar su derogación a través de una norma estatutaria puede generar por vía indirecta la violación de lo preceptuado por el artículo 13 inc. 5 de la LGS (norma de orden público, indisponible, irrenunciable).

Ello también aplica para la prima, que consideramos obligatoria cuando hay diferencia entre el valor nominal y el valor real⁹ de la acción¹⁰; es decir, sería inválida una cláusula estatutaria por la cual los socios renuncian a exigir la emisión de acciones con prima cuando ella corresponde.

⁴ Tenemos normas en la LGS que aluden expresamente a la irrenunciabilidad del derecho que se protege (artículo 69) o, a la indisponibilidad de la regla prevista en ella (artículos 256, tercer párrafo, y 157, último párrafo), y otras cuya imperatividad queda sujeta a la libre interpretación. En última instancia, "...corresponde al juzgador la realización de la interpretación de cada norma del ordenamiento para establecer la imperatividad de ella. Para esta esta difícil tarea de interpretación, el juzgador debe tener en cuenta los intereses jurídicamente protegidos por la norma en cada caso particular..." (DOBSON, Juan Ignacio "Interés societario", Astrea, pág. 129).

⁵ Conf. BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, 13ra. Edición, Actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, pág. 62. Y ejemplifica: "...no puede renunciarse por anticipado a la prescripción o a la acción de nulidad por dolo o violencia. Pero el beneficiario puede no ejercer el derecho que la ley le brinda o renunciar expresamente a él, una vez operada la prescripción o producido el acto doloso o intimidatorio..."

⁶ Dice Nissen: "...El derecho de mantener intangible su participación societaria es otro de los derechos que la ley 19.550 otorga a los integrantes de toda sociedad comercial..." (NISSEN, Ricardo A, Curso de Derecho Societario, La Ley, Edición 2019, pág. 190.

⁷ Conf. SANCHEZ HERRERO, Pedro, "Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada", Astrea, Tomo I, pág.245.

⁸ En contra, MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la ley de sociedades", La Ley, ejemplar del 29 de mayo de 2019., pág. 4, quien afirma: "...El derecho de suscripción preferente no aplica a la SRL, no se refiere a la organicidad de la sociedad, ni está en la parte general de la LGS. Además, debe tenerse presente que el espíritu y el propósito de la SAS es el de permitir desigualdades para poner en práctica incentivos de los que se espera un mejor resultado. Por ello, la conclusión debe ser que esos institutos no son aplicables en una SAS, salvo pacto en contrario..."

⁹ El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades elevado al Senado de la Nación, por la Comisión integrada por los Dres. Rafael Mariano Manóvil, Guillermo Enrique Ragazzi, Julio César Rivera, Alfredo Lauro Rovira Gabriela S. Calcaterra, y Arturo J. Liendo Arce, aludía al valor real y establecía la obligatoriedad de la prima cuando hay notable diferencia con el valor nominal (artículo 202).

¹⁰ Como bien dijo la sala B de la CNCom, el 19-05-97, in re "Lurie, Jorge A. c/ Ponieman Hnos SA s/ Sumario", la locución "se podrá", utilizada por el artículo 202 de la LGS, "...no tiende a denotar alternatividad o facultad para elegir libremente acudir al mecanismo de emisión con prima o sin ellas: más bien tiende a subrayar la legitimidad de la emisión con prima ... Del empleo de la locución "se podrá", empleada por el artículo 202 de la ley 19.550, no se sigue necesariamente que no exista obligatoriedad". Conf. CNCom, sala C, 23-feb-2017, in re "Akerman Julián c/ Biocover S.A. s/ ordinario" MJ-JU-M-103753-AR | MJJ103753 | MJJ103753.

El respeto por los derechos inderogables de los socios hace al interés social, hace al buen funcionamiento de las sociedades.

El hecho que el derecho de suscribir preferentemente y el derecho a que se emita con prima cuando existe la diferencia aludida estén previstos en la parte especial de la LGS, no obsta a su aplicación en todos los tipos sociales. Si por donde están ubicadas las normas aludidas concluimos que sólo se aplican a las SA, podríamos caer en la impensable conclusión que las únicas decisiones sociales que se pueden impugnar son las adoptadas en sociedades con tal forma de organización, ya que el sistema de impugnación de las mismas, como todos sabemos, está dentro del régimen que regula a las SA.

Por supuesto que frente a un aumento de capital el socio puede renunciar al derecho de suscribir preferentemente, puede no ejercer ese derecho y también puede renunciar a que se emitan acciones o cuotas con prima cuando ésta corresponde, porque en ese momento aparece la posibilidad de ejercer tales derechos, sólo está comprometido su interés particular, ya no hay razón para que la ley impida lo que el sujeto beneficiado por la norma quiere hacer con su derecho.

Igual criterio corresponde aplicar al trámite sumario previsto para todos los pleitos societarios (artículo 15 de la LGS), a las limitaciones previstas para los honorarios de los administradores (artículo 261 de la LGS), a la posibilidad de pasar solo una vez a cuarto intermedio a fin de continuar dentro de los quince días siguientes (artículo 247, primer párrafo, de la LGS).

¿Es conveniente instaurar en nuestra realidad un tipo social que puede ser adoptado por cualquier operador, en el que se aplica la autonomía de la voluntad a ultranza y en el que la LGS tiene solo un rol supletorio? ¿La realidad comercial nos indica la necesidad de contar con ello?

En la práctica societaria, ¿vemos que en la mayoría de las sociedades a constituirse cada una de las partes involucradas va con su abogado y discute sus derechos societarios, pensando en él y en sus descendientes?

¿No les ha ocurrido que cuando le preguntan a un cliente por que constituyó una sociedad por noventa y nueve años, no tiene ni la menor idea de por qué se hizo así?

La falta de libertad irrestricta en el derecho societario, ¿impide la realización de negocios en nuestro país?

No creemos que la libertad irrestricta para la organización¹¹ y el funcionamiento de cualquier sociedad genere más ventajas que desventajas.

Volvemos a ejemplificar.

No advertimos qué valor se protege al validar una cláusula estatutaria de una sociedad familiar que permita: la renuncia anticipada al derecho de considerar y/o impugnar los estados contables, que una clase de socios reciba todos los beneficios, que se pueda emitir sin prima cuando la misma corresponde por la diferencia existente entre el valor nominal y el valor real de la acción, que se elimine o restrinja la responsabilidad del administrador por incumpli-

¹¹ Confr. CALCARTERRA, Gabriela C. "Alcance y sentido de las normas imperativas de la ley 19.550", en La Ley, ejemplar del 25 de abril de 2022, pág. 5, quien afirma: "...Es fundamental reconocer que la ausencia o escasez de normas imperativas llevaría a un marco de libertad absoluta y es sabido que la libertad absoluta no es libertad para todos. En esta línea de pensamiento, y siendo realistas, debemos dudar de que las partes que participan de la celebración de un contrato social comprenden siempre acabadamente que están dando nacimiento a una persona jurídica y los efectos de ese acto. Tampoco es verdad que en esa instancia ejerzan su autonomía comercial plenamente, debidamente informadas y con la posibilidad absoluta de contemplar hacia el futuro la totalidad de las vicisitudes por las que va a transitar una sociedad de la que, posiblemente, dejen de ser miembros mucho antes de que aquella se extinga y donde se juegan intereses que van más allá de los individuales o compartidos por sus fundadores...".

miento de sus deberes¹², que se fije un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aleje notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

Cuando en relación al tema se alude al derecho estadounidense, cabe tener presente que en él, que no sólo es regido por un régimen distinto (el *common law*) sino que también se aplica a un conglomerado social diferente, aplica el principio de libertad de contratación (*the contract clause*)¹³. Como consecuencia de ello, la autonomía de la voluntad va más allá del viejo adagio latino de *pacta sunt servanda* y nos encontramos con contratos minuciosos y detallados que requieren una mayor intervención de los abogados. Pero, cabe tener en cuenta que esa libertad tiene como contrapartida un severo régimen represivo.

El tratamiento de los delitos societarios y su sanción en la práctica, con un proceso y una infraestructura acorde, son temas pendientes de nuestro ordenamiento.

Cabe señalar que, como una de las supuestas bondades de la libertad irrestricta se ha señalado la disminución los costos de transacción. Sin embargo, con cita del economista estadounidense Oliver Williamson, reconocido por sus estudios sobre los costos de transacción, se ha señalado "...a la hora de analizar la eficiencia que generará la producción por los interesados de una regulación a su medida, se deberá tener presente que esta contratación no estará libre de fricciones y que acarreará costos (que, según señaláramos, su reducción será función de la ley societaria). En consecuencia, aunque pudiesen realizar un contrato completo (o perfecto) y salvaguardasen todas aquellas conductas oportunistas y situaciones futuras, los beneficios podrían no compensar los costos de transacción..."¹⁴.

Tengamos en cuenta que la SAS, concebida para negocios con particulares características¹⁵, es un tipo social que puede ser utilizado para realizar cualquier tipo de negocio, incluso para empresas familiares. Por esto, no creemos que la Ley 27.349 haya instaurado un régimen en el que la autonomía de la voluntad no tiene límites.

Nos lleva a tal conclusión una interpretación coherente del ordenamiento societario (artículo 2 del CCyC) conforme el orden de prelación establecido en el artículo 150 del CCyC. La utilidad de las normas de orden público societario, más allá de la doctrina y jurisprudencia existente sobre el particular, es confirmada en fallos recientes. En tal sentido, se ha dicho:

"...el derecho de información es genéricamente irrenunciable: fue concebido en interés propio del accionista y en el interés de la sociedad..."¹⁶;

"...el acuerdo arribado por los socios sin la participación del ente y en clara violación del orden público societario no puede ser convalidado. Para así decidir he de señalar que, el art.

¹² Si analizamos la composición de las SA, SRL y SAS que funcionan en el país, se concluye fácilmente que nos encontramos con empresas en las que los socios controlantes aparecen ocupando directa o indirectamente a través de terceros que responden a ellos, la mayoría de los cargos en el órgano de administración. Ante la existencia de un grupo de control o un control compartido, quien o quienes controlan designan a los integrantes del órgano de administración y, ellos mismos o terceros que suelen comportarse como simples mandatarios de éstos, ocupan dichos cargos (no hay separación entre gestión y propiedad). Una cláusula estatutaria del tenor referido va a ser es fuente generadora de múltiples abusos.

¹³ La *contract clause* está prevista en la Sección 10ª del Art. I de la Constitución de los Estados Unidos se consagra. En razón de ella los Estados se encuentran impedidos de aprobar leyes que menoscaben las obligaciones que se derivan de los contratos.

¹⁴ MESSINA, Gabriel E. y SANCHEZ HERRERO, Pedro, "Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada", en La Ley Online, AR/DOC/1158/2018, ver punto III.4.f.

¹⁵ Sobre el particular puede verse RAMIREZ, Alejandro H, SAS, Astrea, pág. 15, quien resaltando que la gran protagonista es la llamada economía del conocimiento dice: "...con la sanción de la SAS se buscó crear un tipo societario abierto, sin contrapesos y que al mismo tiempo otorgara responsabilidad limitada a sus socios. Pero, en primer lugar, que los ayudara a organizar un patrimonio con objeto-empresa adecuado a las necesidades de la empresa del siglo XXI. De esta forma, con la SAS se le da un vehículo al emprendedor junto con herramientas de financiamiento, conforme lo exige la realidad actual de los negocios, dado que la Argentina se encuentra muy rezagada en cuanto al apoyo al capital emprendedor en la región..." (pág. 16 y sig.).

¹⁶ CNCom, sala A. in re "Luciuk Mónica Graciela c/ Marquiset S.A. y otros s/ ordinario", 29 de diciembre de 2020, MJ-JU-M-130373-AR/MJJ130373/MJJ130373.

13 de la Ley General de Sociedades aborda y declara la nulidad de aquellos pactos leoninos que se apartan de la causa del contrato (inc. 1° y 4°), violan el principio de intangibilidad del capital (inc. 2° y 3°), o atentan contra la justicia conmutativa (inc. 5°). Se trata de supuestos de nulidad parcial absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, pues se fundan en razones de orden público y no de salvaguardas de un mero interés particular...”¹⁷;

“...la disposición del art. 261 de la Ley 19.550 es una norma imperativa, cuya finalidad es la protección del interés de los accionistas de las sociedades anónimas, lo cual la hace inderogable por los estatutos e irrenunciable de antemano...”¹⁸.

“...constituye un derecho ‘intangibles’ de todo socio de una SRL el relativo a la oportuna y correcta distribución y percepción de las ganancias, derecho que implica para cada socio la posibilidad de exigir un dividendo calculado sobre las ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo a la ley y, necesariamente, con arreglo a lo establecido en el estatuto o contrato social (arts. 11, inc. 7°, y 68 de la Ley 19.550)...”¹⁹.

IV. Conclusiones

La sanción de un régimen legal, la aplicación e interpretación de las normas en él contenidas, deben realizarse teniendo en miras la realidad sobre la que impactan y los valores a proteger.

No parece atendible que el derecho privado en general tenga límites y que el derecho societario requiera no tener límite alguno.

Las normas de orden público societario, como toda norma con tal connotación, protegen un interés general y no un mero interés privado. La gran mayoría de normas de orden público societarios son de disponibilidad relativa.

No creemos que el tráfico negocial, sin distinción alguna, necesite de la autonomía de la voluntad a ultranza en el marco societario. Menos aún creemos que ello sea conveniente como política legislativa. Otra cosa es pensar en un régimen solo aplicable a los emprendedores en general y repensar una reforma al régimen societario que contemple normas que se adecuen a sociedades con una alta dosis personalista (empresas familiares y/o de conocidos o amigos) en las que los socios limitan su responsabilidad por las deudas sociales.

¹⁷ CNCom, sala F, in re “Sioro S.R.L. c/ Froimovisi Jorge Daniel s/ ordinario, 17 de noviembre de 2020, MJ-JU-M-129802-AR|MJJ129802|MJJ129802.

¹⁸ CNCom, sala B, in re Palmeiro Guillermo César c/ Parador Norte S.A. s/ ordinario, 23 de noviembre de 2021, (MJ-JU-M-135824-AR|MJJ135824|MJJ135824.

¹⁹ CNCom, sala A, in re DS Vial S.R.L. c/ Centeno Pablo Guillermo Bernardo s/ ordinario, 2 de noviembre de 2021, MJ-JU-M-135334-AR|MJJ135334|MJJ135334.

EL “CUPO DE GÉNERO” EN LOS DIRECTORIOS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOCIETARIA

Lucía Spagnolo

SUMARIO

- 1.-La autonomía de la voluntad en materia societaria, incluyendo a la elección de los administradores, reconoce como límite el respeto de los DDHH consagrados por la Constitución Nacional.
- 2.-La igualdad de género, como derecho reconocido por los Tratados de Derechos Humanos, requiere no solo la igualdad de derechos y de oportunidades sino también lograr el efectivo ejercicio del poder de decisión en materia empresarial por parte de las mujeres, en forma compartida.
- 3.-La discriminación positiva, incluyendo el “cupos de género” en los directorios, es un instrumento indispensable para la instauración de la igualdad de género en tiempo útil y se constituye una práctica que ya está siendo incorporada en los países más avanzados.
- 4.-Como consecuencia de haber adoptado la Reforma de 1994 el sistema jurídico del “Estado Constitucional de Derecho”, derogando al “Estado Legislativo de Derecho”, los principios y reglas contenidos en los instrumentos constitucionales y convencionales en materia de DDHH tienen operatividad directa en Argentina y pueden ser reglamentados sin que sea necesaria la existencia de una ley expresa del Congreso.
- 5.-De ello resulta la legalidad de las RG 34/2020 y 35/2020 de la IGJ y demás normativas.
- 6.-Además de su justicia moral y legalidad externa, se ha comprobado que los “cupos de género” en los directorios, en atención a los valores, la cultura y la diversa visión propia de las mujeres, permiten atender mejor la situación de todos los “stakeholders” cumplimentando los objetivos de la “responsabilidad social de la empresa”.

PONENCIA

- 1.- El tema central del presente congreso es autonomía de la voluntad bajo responsabilidad. Desde la concepción materialista¹, se entiende por autonomía de la voluntad, una norma que se dicta a una/o misma/o para que rija en la situación determinada en que queramos usarla. Esta puede y debe ser aplicada en relaciones jurídicas individuales, en relaciones contractuales, y en particular en el derecho societario, siempre que no se encuentre comprometida la comunidad en general, y se afecten derechos de terceros. La doctrina señala (Richard 2020²), que el Código Civil y Comercial, ha generado un siste-

¹ <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/43447/1/131318.pdf&origen=HPolitica>. Si hacemos un resumen, reproduciendo en su esencia fundamental los principios de la filosofía jurídica de la Revolución Francesa, tenemos que llegar forzosamente a una consecuencia como síntesis: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, expresión la más perfecta del individualismo que informa a esa filosofía jurídica. Todo en ella converge hacia la exaltación más apasionada de la personalidad humana del individuo. La persona es para ella, un verdadero universo de naturaleza espiritual, independiente con respecto a lo demás que existe en el mundo, libre para determinarse en su acción y capacitada para regirse por sus propias leyes dictadas por su conciencia, es decir, es autónoma en el sentido etimológico de la palabra. Este individualismo jurídico, con profunda tendencia espiritualista, reconoce que la esencia de la persona se encuentra en el alma humana, cuya expresión máxima es a su vez una voluntad libre que constituye el punto de partida de todos los actos del hombre

² Richard Hugo E. “Derecho Societario: Autonomía de la voluntad y normas imperativas. Las crisis y una apostilla sobre la ley de emergencia”. Pub. El Dial. Express.com 3.02.2020.

ma en torno a las personas jurídicas, sin duda aplicable a todas las sociedades, que ratifica la concepción de un régimen de mayor libertad en la configuración de las relaciones de organización, con mayor responsabilidad en cuanto a no generar daños.

Y además agrega que no es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable sino la voluntad de la ley coincidente o no con aquella de las partes.

Es decir si las normas imperativas deben ser aplicables por encima de la voluntad de las partes, y el art. 150 del Código Civil y Comercial, fija la imperatividad de la ley especial o en su defecto el código, y en segundo lugar las normas del acto constitutivo, consideramos que lo establecido con carácter imperativo es la aplicación inmediata de las convenciones internacionales con carácter supremo por sobre el régimen societario con fundamento en lo dispuesto en el art. 2 del Código citado.

Tengamos presente que la sanción de la ley especial data de 1972, y que la humanización del derecho, con la sanción del Código Civil y Comercial 43 años más tarde, trajo grandes cambios de paradigmas en el campo de igualdad de género así como identidad en los derechos entre hombres y mujeres.

La pregunta es, entonces ¿Es acaso la autonomía de la voluntad, inserta y subsumida en la libertad de asociarse libremente, la que puede poner límites al debido cumplimiento de expresas normas internacionales?

La respuesta negativa se impone.

2.-La igualdad de género, como derecho reconocido por los Tratados de Derechos Humanos, requiere la igualdad de los derechos civiles, políticos, laborales y económicos, como así la igualdad de las oportunidades y la no discriminación.

Pero, además de ello, el ejercicio efectivo de la igualdad debe permitir a las mujeres alcanzar en forma igualitaria los cargos en los directorios, que son los ámbitos donde se toman las decisiones en el sistema capitalista, con enorme repercusión social.

3.-Mucho se ha debatido en relación a la paridad de género en las sociedades. En plena pandemia la relegación de la mujer en el mercado laboral ha sido del 10%, radicado su fundamento en las tareas de cuidado, cuales recaen históricamente en el género femenino en un 75%.

Es así que el derecho societario está configurado actualmente, en su teoría y práctica, bajo una hegemonía preponderante patriarcal donde no existe paridad de género y los sujetos en la toma de decisión en los directorios son masculinos en un 80%.

Por ello, de dejarse librada la paridad de género a que las empresas echen mano al principio de la autonomía de la voluntad, resultaría utópico lograr la paridad en un plazo razonable, y no ocurriría antes de 100 años según estudios realizados.

Entonces, resulta indispensable acudir a mecanismos de “discriminación positiva” entre los que su ubica el “cupó”, el que ya ha demostrado gran éxito en materia electoral en nuestro país (ley 24.012 vigente hasta 2017, que llevó luego a la paridad de género de la ley 27.412). Hay que tener en cuenta que según el índice que determina la brecha entre mujeres y hombres en el campo económico y político, (índice de Brecha Global de Género del Foro Mundial) nuestro país se encuentra en el puesto Nro. 30, tomando una medición de 142 países. El primero y menor en diferencia de brecha de género, es Islandia, siguen Finlandia, Noruega, Suecia, Nueva Zelanda, España, Francia. Los últimos puestos son para Pakistán, Chad, y Yemen.

Sin embargo una medición reciente ha puesto a Francia como referente en relación a la paridad de género, dado que el Estado ha puesto el tema de paridad de género como prioridad

en las empresas³.

¿Pero cómo se ha logrado? Precisamente con la obligatoriedad de los cupos de idéntica cantidad de mujeres y hombres en los directorios. Recientemente, el Senado francés⁴ aprobó en diciembre de 2021, la instauración de cuotas de paridad de género, en los consejos de dirección de las grandes empresas. La medida implica exigir las cuotas o cupos, bajo pena de sanciones financieras a esas compañías. De esta forma se busca luchar contra el sesgo de género. La Unión Europea (UE) alcanzó el 7/6/22 un acuerdo entre los estados miembros para fijar una cuota de al menos 40% de mujeres en los puestos directivos de las grandes empresas europeas que cotizan en bolsa para fines de junio de 2026. Esa directiva de los 27 Estados miembros creará un procedimiento abierto y transparente para que los “consejos no ejecutivos” (non-executive directors) de las empresas que cotizan en Bolsa cuenten al menos con 40% de mujeres para junio de 2026, precisó el texto.

La alternativa a esa disposición es que “el 33% de sus puestos de directores ejecutivos y no ejecutivos estén ocupados por miembros del sexo subrepresentado”. Para lograr este objetivo, anunciaron también que habrá medidas vinculantes y los países tendrán que crear un sistema de penalizaciones para las empresas que no alcancen estas cuotas.

También, desde la perspectiva netamente económica, varios agentes financieros, entre estos el Grupo BID (Banco Interamericano de Desarrollo), trabajan firmemente, en programas y ejecutan políticas de financiamiento en empresas lideradas por mujeres, otorgando férrea importancia a los grupos marginados, como han sido las mujeres⁵.

El Programa de Certificación del Sello de la Igualdad de Género (SIG) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es otra iniciativa relevante que buscan disminuir la inequidad de género en diferentes niveles en las firmas de la región, como. El SIG incentiva a: (i) eliminar las diferencias salariales entre hombres y mujeres; (ii) incrementar el número de mujeres en posiciones de toma de decisiones; (iii) favorecer el balance entre la vida y el trabajo; (iv) incrementar la participación de mujeres en empleos no tradicionales; (v) erradicar el acoso sexual en ambientes laborales.

4.- Así como oportunamente en la Constitución de 1853 la premisa fundamental fue el progreso, la constitución de 1994 incorporó la igualdad. Y en tal sentido ya nadie puede cambiar políticamente esa determinación, porque lo establecieron los constituyentes.

En el punto, coincidimos con la profesora Recalde (2022)⁶, en tanto a que si los poderes legislativo, ejecutivo, y judicial, cada uno desde la competencia que le atañe, no toman las medidas que generen el desarrollo humano, que generen libertad e igualdad estructural, entonces están incumpliendo la Constitución y los Tratados, y en tal caso, sus decisiones serían inconventionales e inconstitucionales.

Antes de la Reformas constitucional de 1994 regía un sistema denominado como “estado legislativo de derecho” que se caracterizaba por presentar a la ley como el nexo entre el

³ La palma se la llevan las empresas del índice de referencia de la bolsa de París (CAC 40) en un ránking elaborado por Equileap entre 255 grandes empresas europeas. El estudio tiene en cuenta las diferencias salariales, los puestos ocupados y las licencias de maternidad y paternidad.

⁴ <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20211216-francia-aprueba-cuotas-de-paridad-en-la-direcci%C3%B3n-de-empresas>

⁵ El Programa de Certificación del Sello de la Igualdad de Género (SIG) del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), es otra iniciativa relevante que buscan disminuir la inequidad de género en diferentes niveles en las firmas de la región, como. El SIG incentiva a: (i) eliminar las diferencias salariales entre hombres y mujeres; (ii) incrementar el número de mujeres en posiciones de toma de decisiones; (iii) favorecer el balance entre la vida y el trabajo; (iv) incrementar la participación de mujeres en empleos no tradicionales; (v) erradicar el acoso sexual en ambientes laborales;

⁶ Recalde Cecilia. Género. Desarrollo igualdad y libertad. 15.06.2022

estado y el derecho. Así la ley tiene fuerza normativa y luce como techo del ordenamiento jurídico. La ley se configura como el deber ser del paradigma, por su lado, la Constitución si existe no tiene fuerza normativa y tan solo ostenta una fuerza política no vinculante⁷.

A partir de 1994 rige el “estado constitucional de derecho” que se caracteriza por establecer que la Constitución es el vínculo entre el Estado y el derecho irradiando sus cometidos sustanciales a todo el ordenamiento inferior y a todas las relaciones. En éste paradigma, explica Gil Domínguez⁸, lo constitucional tiene fuerza operativa, es el deber ser del ordenamiento y la ley es el ser.

Todas las normas constitucionales son plenamente operativas y de concreción particular, aun en aquellos casos en que no existe una ley general que regule un determinado derecho que desee ser ejercido por una persona.

Ello así en concordancia con lo sostenido por el Máximo Tribunal⁹ al decir que “el Estado se ha comprometido, en materia de derechos humanos, a garantizar el goce de estos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción, lo que exige que el Estado realice actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos. Por ende, no son suficientes las medidas de protección, sino que es necesario una acción positiva destinada a garantizar el disfrute real de los derechos, lo que no puede hacerse simplemente mediante la promulgación de leyes”. Es necesario, además de “facilitar” el disfrute de un derecho, “hacer efectivo” directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance¹⁰.

5.-Las políticas públicas que debe seguir los Estados partes firmantes de las convenciones internacionales tales como la CEDAW¹¹ y Belém Do Para¹², progresivamente, al menos en nuestro país, han sido puestas en la agenda societaria como debate, y alentado a ciertos cambios regulatorios en los organismos de contralor como la Comisión Nacional de Valores conjuntamente con el Ministerio de Género y Diversidad, Ministerio de las Mujeres Géneros y Diversidad, Resolución Nro. 21029/2021¹³.

En el caso, es muy relevante el accionar en el punto de la Inspección General de Justicia de la Nación con el dictado de Resoluciones Generales 34¹⁴, y 35¹⁵/2020, (obligatoriedad de paridad de género, en ciertas sociedades y asociaciones) y las particulares, entre las que podemos mencionar recientemente la Resolución 748¹⁶/2022. (cambios progresivos en asociaciones exclusivas de hombres).

Tales resoluciones cumplen ampliamente el test de legalidad¹⁷ sin que puedan compartirse las críticas acerca de la imperatividad de los Tratados y la competencia normativa regula-

⁷ Gil Domínguez, El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ed. Ediar, p.15.

⁸ Gil Domínguez, El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ed. Ediar, p.15 y sigs.

⁹ CNCiv, Sala H, 16/02/2002, “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo S.A.”, La Ley, 2003-B-970.

¹⁰ Gialdino, Rolando, “Observaciones y Recomendaciones Generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos”, Rev. Investigaciones, 1/2, 2001, p. 159.

¹¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>

¹² <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

¹³ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/241950/20210317>; ver Fernandez de Andreani, P. Spagnolo Lucía “Avanza la diversidad en las sociedades comerciales” (en colaboración con la Dra. Lucía Spagnolo), Doctrina Societaria y Concursal, ed. Errepar, N° 405 (ago. 2021), pág. 755/766.

¹⁴ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-34-2020-340720>

¹⁵ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233597/20200813>

¹⁶ https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/legislacion1.asp?base=99&id=3342

¹⁷ Fernandez de Andreani, P. Spagnolo Lucía. “La IGJ marca agenda: La paridad de género y la igualdad real entre hombres y mujeres debe proyectarse a todos los espacios sociales”. Doctrina Societaria y Concursal, ed. Errepar (DSCE) XXXII, 14 de agosto de 2020.

toria, que se han venido formulando desde diversos espectros doctrinarios¹⁸.

Por otra parte, al abordar este tema, basta tener presente que el alcance de las resoluciones de la ICJ en relación al universo de las sociedades comerciales solo comprende un porcentaje reducido, menos del 1%, en tanto son solo de aplicación a las sociedades de economía mixta que se encuentren con participación estatal mayoritaria, las que realicen operaciones de capitalización, ahorro público, las que prestan servicios públicos, o sus controlantes.

En cuanto a las asociaciones y fundaciones, no se trata de una cuestión de propiedad privada, porque, como es sabido, estas instituciones propenden al bien común y, en caso de disolución y liquidación, sus bienes deben pasar a otra institución sin fines de lucro, o incluso al Estado.

Por todo ello concluimos que las políticas públicas implementadas en el campo societario tanto las resoluciones 34 y 35 del año 2020, como las resoluciones particulares 738 del organismo de contralor ICJ, contribuyen al debido cumplimiento y eficaz de las convenciones internacionales que nuestro país se ha comprometido a cumplir.

6.- Corresponde aquí recordar a Simone de Beauvoir, quien al preguntarse si alcanza con cambiar las leyes, las costumbres, las instituciones, la opinión pública, da una respuesta a nuestro modo de ver categórica. Y en ese sentido dice, que no hace falta abolir en la mujer las miserias y las contingencias de la condición humana, sino hay que darle los medios para trascenderlas.

Y esto es lo que ha traído para todas las resoluciones de la Inspección General de Justicia, herramientas para posibilitar deconstruir los paradigmas culturales denegatorios de los derechos igualitarios entre hombres y mujeres.

Repasando el sustento empírico y legal, luego de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)¹⁹ la Convención Belém do Pará²⁰, la Convención de Viena²¹, y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995), se adoptó la Declaración y Plataforma de Acción de Género en la cual se dejó expresamente consensuado que la transversalización de la perspectiva de género es una obligación para el desarrollo de políticas públicas por parte de los Estados.

Al respecto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas realiza anualmente análisis de campo en diversos países sobre la aplicación de políticas de género. Es así que el informe del año 2019 arrojó resultados que permitieron concluir que las políticas de diversidad en las empresas mejoran sustancialmente la convivencia, la rentabilidad, y la convivencia pacífica grupal.²²

Para ir concluyendo, tomemos como punto de partida la Revolución Francesa (1789), que expresó el hartazgo de las clases contra la monarquía, no solo por el “pueblo”, sino por di-

¹⁸ Fernandez de Andreani, P. Spagnolo Lucía “El Estado Legislativo de Derecho. La doctrina de los fallos ‘Línea Expreso Liniers SAIC’ y ‘Fundación Apolo’”, Revista de las Sociedades y Concursos, Edición especial Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias y Concursales, Año 22-2021/2. (Nissen Ricardo dir.), pág. 335/346.

¹⁹ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), en diciembre de 1979, mediante resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, tuvo su incorporación a nuestra legislación interna a través de la ley 23.179 desde Junio de 1985, elevada a jerarquía constitucional en 1994 (art. 75, inc. 22, CN), dándole preeminencia como derecho humano.

²⁰ Convención Belém de Pará. Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

²¹ Convención de Viena, “Los derechos de las mujeres, son como los derechos humanos en general, inalienables indivisibles, interdependientes y universales”. (ONU 1993) incorpora e iguala en jerarquía a los derechos de las mujeres como los derechos humanos plasmados en la CIDH.-

²² Animar a las organizaciones y equipos de las Naciones Unidas en los países a seguir avanzando en la aplicación integral del Plan de Acción para Todo el Sistema 2.0 y el sistema de calificación sobre la igualdad de género, por ejemplo ajustando mejor los resultados, los compromisos, las iniciativas de desarrollo de la capacidad y la asignación de recursos financieros;

versos estamentos sociales, como los nobles, los san culottes, la burguesía, y los ilustrados, quienes buscaban el límite al poder absolutista. Ese momento marca el hito del inicio del capitalismo. Recordemos que aparece por vez primera la premisa de igualdad, claro está solo para los iguales, integrados por varones, blancos, burgueses, mayores de determinada edad. Ellos eran ciudadanos, llamados a tomar decisiones. Fue una mujer, Olympe de Gouges, la que defendió la igualdad entre hombres y mujeres, y la igualdad de derechos por el sufragio (1791), en la famosa Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, motivo por el que fue aguijotada en Francia en 1793. Ese hito fundante, la revolución, no solo da sus primeros pasos el capitalismo, sino también el camino para dar inicio a la constitución de los Estados.

Doscientos veinte años después de aquella fecha fueron las leyes de cupo quienes lograron posicionar a la mujer como candidatas electorales.

El siglo XXI trae para sí, el gobierno de las corporaciones quienes son más fuertes que los propios estados. Estas sociedades son en la actualidad quienes tienen el poder dentro del capitalismo. Por ello, no es poca cosa la resistencia patriarcal a que las mujeres integren los directorios, puestos estos en los que reside el poder económico.

Y en ese sentido, es el Estado en cumplimiento de los convenios internacionales suscriptos quien debe conminar a las sociedades comerciales a insertar cupos paritarios para alcanzar la igualdad real y efectiva de mujeres.

7.-Epílogo.

Los movimientos generados por los Estados a través de políticas públicas implementadas para equiparar los derechos de las mujeres, en relación a los hombres buscando la igualdad de estos, en las diversas actividades económicas, parten de normas imperativas desplazando la autonomía de la voluntad. Por nuestra parte pensamos que la democracia paritaria dentro de los directorios debería ser obligatoria no solo en las compañías tomadas por su dimensión económica, sino también en las de menor capacidad productiva.

Considero que por desconocimiento de las políticas implementadas por diversos sectores, incluso financieros, no solo a nivel local sino internacional, el otorgamiento y reconocimiento de derechos de las mujeres a ser parte de la verticalidad en las sociedades comerciales, sobre todo en los directorios, es resistido en la actualidad,

Sin embargo, cerrar la puerta a incorporar mujeres en las sociedades en lugares de toma de decisión, y seguir relegando su función a tareas de cuidado, no solo es inmoral e ilegal sino también implica desconocer las ventajas que resultan de su efectiva incorporación

¿UNA INTELIGENCIA ARTIFICIAL FISCALIZANDO?

Carlos E. Vanney

SUMARIO

Dentro de la amplia libertad que el legislador otorgó a los socios para crear y regular la SAS se encuentra la de darle forma a su estructura orgánica, siendo esta consagración del principio de la autonomía de la voluntad una de las características principales de este tipo societario.

La autonomía de la voluntad en los órganos de las SAS es una cuestión que la ley directa y expresamente consagra, por lo que los socios pueden organizar su sociedad según sus intereses y conveniencia.

Esa libertad incluye la de establecer o no un órgano de fiscalización y, en caso de crearlo, organizar su funcionamiento e integración. Esta integración no se encuentra limitada, como en los otros órganos, a “personas humanas o jurídicas” en la reunión de socios o “personas humanas” en el órgano de administración y en el de representación.

Es por ello que los socios podrán decidir integrar el órgano de fiscalización no solo con personas humanas o jurídicas, sino también con algoritmos, inteligencias artificiales o *machine learning*, las cuales cumplirán la función de control societario.

Los cincuenta años de vida de la LGS han demostrado que los órganos de fiscalización tradicionales que esta prevé no han dado resultado (sobre todo en sociedades cerradas), lo que impone analizar nuevas formas de control.

I. Introducción

En otra ponencia presentada en este mismo Congreso me referí a la autonomía de voluntad en los órganos de la SAS, la cual prevalece frente a las reglas de la LGS. Y en una ponencia presentada en el anterior Congreso Societario sostuve que esta autonomía de la voluntad comprendía la posibilidad de crear un órgano de fiscalización a medida de los socios, sin las limitaciones de los órganos de control de la ley 19550.

Un paso más en esta postura es preguntarnos si un algoritmo o una inteligencia artificial o una *machine learning* podría integrar el órgano de fiscalización de una SAS.

Aunque esto implique *spoilear* la presente ponencia, adelanto que considero que la respuesta es SI.

II. El órgano de fiscalización de la SAS

Respecto de la estructura orgánica de la SAS -objeto de esta ponencia en lo que se refiere al órgano de fiscalización- la LACE establece, en su artículo 36, que “*El instrumento constitutivo, sin perjuicio de las cláusulas que los socios resuelvan incluir, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos*”, y entre estos requiere que el contrato prevea “7. *La organización de la administración, de las reuniones de socios y, en su caso, de la fiscalización. 8. Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. 9. Las cláusulas necesarias para establecer los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros.*”.

Esta enorme libertad que otorga la LACE a los socios para la organización interna de la sociedad solo tiene los límites que la propia ley establece expresamente. Es por ello que,

respetados esos límites, los órganos de la sociedad tendrán la competencia, nombre, funciones, duración, limitaciones, etc. que los socios quieran darle a través de las previsiones del instrumento constitutivo¹.

El órgano de fiscalización es el único que puede existir o no, delegando la ley en los socios la decisión sobre su existencia. Y decidida esta, los socios tienen la más amplia libertad para organizarlo.

Dentro de las limitaciones que la LACE establece respecto de los órganos, está la de su integración, estableciendo la norma que el órgano de gobierno (denominado reunión de socios) estará integrado por “personas humanas o jurídicas”, y que los órganos de administración y de representación estarán conformados por “personas humanas”.

Resulta entonces claro que la ley, cuando quiere determinar o limitar quienes pueden integrar determinado órgano, lo hace expresamente. De tal modo que sabemos que los órganos necesarios de la SAS (administración, representación y gobierno) obligatoriamente deben estar integrados por personas. Pero, respecto del órgano de fiscalización, la ley no dice absolutamente nada por lo que serán los socios los que determinen quienes o “que” lo integrarán (en el caso de que opten por su existencia).

En la única oración en la que se refiere a este órgano, la ley establece que *“en el instrumento constitutivo podrá establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por sus disposiciones y supletoriamente por las normas de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, en lo pertinente.”*²

En definitiva, la LACE nada dice sobre este órgano. Solo que puede existir o no. Y este poder existir o no la LACE no lo limita. Es por eso que considero que la exigencia de la IGJ de que exista un órgano de fiscalización en forma obligatoria si el capital de la SAS supera el monto del inc. 2 del art. 299 de la LGS³, resulta contraria a derecho, ya que la LACE establece que la fiscalización es optativa, y no supedita esta libertad de tener o no ese órgano a condición o circunstancia alguna.

Es por ello que son los socios quienes decidirán, en el instrumento constitutivo, si habrá o no órgano de fiscalización. Y si deciden que existirá un órgano de control, los mismos socios tendrán la libertad de crear “a medida” ese órgano.

En tal sentido, los socios no están encorsetados en designar abogados o contadores⁴ (o sociedades integradas por estos) ni en reglas previas de funcionamiento y competencias, como tampoco estarán obligados a que quienes controlen sean socios⁵. Los socios pueden optar por una sindicatura tradicional -unipersonal o comisión fiscalizadora-, por un consejo de vigilancia en los términos de la LGS o por el órgano que ellos consideren conveniente para realizar el tipo de control que desean para su sociedad.

En una ponencia presentada en el anterior congreso (Rosario 2019) sostuve que los socios, al organizar el órgano de fiscalización *“podrían entonces adecuar la composición de los órganos de fiscalización al objeto social o a la actividad que la sociedad estuviera desarrollando -dentro de su amplio objeto- y decidir otros requisitos vinculados a esa*

¹ Boquín ha sostenido respecto a la SAS que “nada hay que temer a la libertad de actuar. La libertad con responsabilidad es propia de las sociedades avanzadas culturalmente... la jurisprudencia tendrá la última palabra y marcará si como sociedad estamos a la altura del desafío de actuar libre y responsablemente”, Boquín, Gabriela, “Prelación normativa y sujetos pasivos en las acciones de responsabilidad en el régimen de las SAS”, en *Hacia un nuevo derecho societario*, T. II, p. 1216, XIV Congreso Argentino de derecho societario, Rosario, 2019.

² Art. 53 in fine de la LACE.

³ Art. 4 RG IGJ 9/2020.

⁴ Si optan por un órgano del tipo de la sindicatura, ya sea singular o plural.

⁵ Si optan por un órgano del tipo del consejo de vigilancia.

actividad. En tal sentido se podrían establecer otros requisitos profesionales.”⁶ Allí incluso sostuve que “podrían establecer, por ejemplo, que en una SAS con objeto agropecuario los integrantes del órgano de fiscalización sean un genetista, un ingeniero agrónomo y un veterinario, que en una SAS con objeto vinculado al petróleo los integrantes del órgano de fiscalización sean un geólogo, un ingeniero en petróleo y un ambientalista, o que en una SAS con un objeto referido a la actividad deportiva los integrantes de este órgano sean un director técnico, un periodista deportivo y un experto en administración deportiva” . Si la ley les permite a los socios que no quieran controlar a través de un órgano especializado que no lo hagan, debemos permitirles a estos que, si quieren controlar mucho, puedan hacerlo a través del órgano que consideren que mejor lo hará, con las competencias e integración que ellos decidan.

Pero, así como reitero y ratifico lo sostenido hace tres años en el congreso rosarino, en la presente ponencia daré un paso más. Ya que considero que no solo podrán los socios establecer un órgano de fiscalización distinto a los previstos en la LGS, sino que además considero que podrán incluir como integrante del mismo a quien no sea una “persona” . En definitiva, cuando la LACE quiso limitar la conformación de los órganos a determinados integrantes, lo hizo expresamente.

Pero esto no ocurrió con el órgano de fiscalización, por lo que podemos sostener que en este la libertad que la ley otorga a los socios para organizar este órgano es amplísima y que delegó en estos la conformación de este en su totalidad. Tal como sostiene Ramírez, “a los fines de su regulación se aplicarán, en primer lugar, las cláusulas del instrumento constitutivo y, supletoriamente, el art. 158 de la LGS, que remite a los arts. 284 a 298 de la LGS.”⁷ Es por ello que los socios no tendrán limitación alguna para diseñar el órgano de fiscalización de su SAS, ni en cuanto a su nombre, competencia, funciones e integración (en este último punto sin la limitación -reitero- de que el mismo tenga que estar obligatoriamente integrado por “personas”).

III. ¿Algoritmo, inteligencia artificial, machine learning?

Si bien estos tres conceptos muchas veces se confunden, la realidad es que no son sinónimos. Sin ser un experto -ni mucho menos- en estos temas, considero que debemos, aunque sea en una forma muy básica, diferenciarlos⁸.

Un algoritmo es un conjunto de reglas e instrucciones claras que toman datos y generan una solución. Si bien cotidianamente el término es usado en el campo de la computación, los algoritmos no están limitados a este campo y vienen siendo usados hace miles de años. Por ejemplo, la Criba de Eratóstenes es un algoritmo antiguo que permite encontrar todos los números primos menores a un determinado número natural. Una inteligencia artificial es un sistema que busca imitar la capacidad humana de resolver problemas y tomar decisiones para de esta manera llevar a cabo determinadas tareas. Estas además pueden mejorarse a sí mismas. *Machine learning* es una rama de la inteligencia artificial que consiste en generar predicciones sobre un suceso usando datos ya obtenidos.

⁶ Ponencia titulada “LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y LA FISCALIZACIÓN DE LA SAS” que fuera presentada por el suscripto en el XIV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y X CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, que se llevó a cabo en Rosario -Prov. de Santa Fe- en septiembre de 2019.

⁷ Ramírez, Alejandro H. “SAS - Sociedad por Acciones Simplificada”, pág. 282. Ed. Astrea.

⁸ Agradezco en este punto a mi hijo Francisco, estudiante de ingeniería informática, las explicaciones -básicas por cierto para que yo pudiera entenderlas- que me brindara en estos temas.

Dentro de la amplísima libertad que tienen los socios para la conformación del órgano de fiscalización, estos podrían decidir que el control de la sociedad no sea realizado por personas (ni humanas ni jurídicas) sino que el mismo esté a cargo de una IA o una ML. Estos no dependerían de apreciaciones de tipo personal, ni de simpatías por algún miembro de otro órgano, ni podrían incluso decidir -o ser persuadidos- de fiscalizar poco o en forma superficial o tendenciosa.

Lo que aquí se propone puede parecer una forzada interpretación de la ley llevando al extremo un vacío legal -la escasa reglamentación del órgano de fiscalización y la ausencia de norma expresa que establezca que este debe, si o si, estar integrado por “personas”- y pretendiendo hacer decir a la ley -o pretender que esta lo permite- lo que no dice.

Pero comparando esta propuesta con una sindicatura “tradicional” (la de la LGS), debemos preguntarnos y reflexionar sobre cuál ha sido el funcionamiento y resultado de ese órgano en los cincuenta años de vida de nuestra ley societaria, sobre todo en sociedades cerradas en las que no se contrata en general atendiendo a la profesionalidad e independencia del síndico, no tratándose así de un verdadero tercero, sino que muchas veces responde al accionista mayoritario que lo designó y realiza su tarea en forma tendenciosa y muchas veces tuerta.

En definitiva, estos órganos de control integrados por personas y designados por personas, han demostrado su inutilidad o insuficiencia. No sé si una IA o una ML serán mejor, pero al menos brindémosle la oportunidad de demostrar si pueden controlar en forma más eficiente.

Lo que propongo en esta ponencia es un tema que se debate en el mundo⁹ y que incluso ya ha empezado a ocurrir desde hace algunos años. Por ejemplo, Deep Knowledge Ventures, un fondo de Hong Kong ya ha nombrado un algoritmo para su directorio¹⁰. ¿Por qué no nombrar uno para fiscalizar?

La ley -no solo la LACE sino las leyes en general- están llenas de lagunas y vacíos que pueden, y muchas veces deben, ser interpretadas y complementadas por los actores jurídicos. El órgano de fiscalización de la SAS es un ejemplo de esto. La LACE establece -en su art. 33- que las normas de la LGS serán de aplicación “*en cuanto se concilien con las de esta ley*”. Estamos entonces frente a una propuesta que reconoce la libertad que la LACE otorga a los socios para la organización interna de la sociedad, por lo que los órganos tradicionales de fiscalización de la LGS (que -reitero- han fracasado en la práctica en el último medio siglo) no se concilian con los de la SAS, si es que los socios -ejerciendo su libertad- deciden crear un órgano de control diferente a lo conocido. Y estamos hoy ante posibilidades que nos da la tecnología que hace algunos años no contábamos, por lo que creo que ha llegado el momento de aprovecharlas.

No entraré -no es el objeto de esta ponencia- en las infinitas posibilidades que la tecnología nos permite y nos podrá permitir en el futuro, como son los DAO (Decentralized Autonomous Organization), smart contracts, acciones tokenizadas, y varios etc., ya que el texto actual de la LACE no permite algunas de estas opciones (por ejemplo, DAO) al requerir si o si personas humanas en la administración y representación y personas humanas o jurídicas en el gobierno de la sociedad. Aunque, con el texto legal actual y dentro de la amplia libertad de los socios, si podríamos utilizar varias de estas (por ejemplo smart contracts o acciones tokenizadas).

Si bien puede considerarse que el control se tornaría difícil de realizar ya que este com-

⁹ https://www.ey.com/es_pe/news/2018/09/algoritmos-en-el-directorio; <https://thekeenfolks.com/es/chief-artificial-intelligence-officers/>.

¹⁰ <https://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5>.

prende no solo el análisis de operaciones automatizadas, nuevamente estamos en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los socios y estos pueden decidir que ese sea el control que quieren para su SAS.

Así como también podrían decidir que el órgano de control no solo este integrado por una IA o una ML, sino que este se complemente con otros integrantes -personas físicas o jurídicas-, pudiendo incluso asignar funciones a cada integrante del mismo. Pero incluso si no hubiera otro integrante del órgano de control, la propia IA o ML podría informar a quien corresponda el resultado de su análisis.

En tal sentido, podrían entonces los socios asignarle a esta IA o ML un rol determinado controlando, por ejemplo, ciertas operaciones automatizadas e informando a quien se designe -puede ser a los otros integrantes del órgano de fiscalización si existieren (o a otro órgano de control en el caso de que en el instrumento constitutivo se decidiera que exista más de una), a los socios, a los inversores, etc.- el resultado de ese control. Las limitaciones que hoy podemos tener para el ejercicio de este control por parte de una IA o una ML podrán ser superadas en el futuro a medida que el desarrollo de estas y el avance de la tecnología lo permita. El futuro es incierto, y las posibilidades son infinitas.

IV. Conclusión

Así como la LACE ha limitado la integración de los órganos de administración, representación y gobierno a determinadas personas, nada ha dicho del órgano de control.

Podemos pensar que se trató de un olvido del legislador o a la poca importancia que este le dio a la función de control y como consecuencia de ello al órgano de fiscalización.

Pero también podemos sostener que no se trató de una omisión del legislador, sino que este intencionalmente prefirió dotar de aún más libertad a los socios para conformar este órgano, sin encorsetarlo ni limitarlo a determinadas personas o funciones. Máxime considerando el fracaso de los órganos de fiscalización previstos en la LGS en las últimas cinco décadas.

Como consecuencia de ello, los socios podrán crear ese órgano e integrarlo con una Inteligencia Artificial o una *Machine Learning* y no solo con personas humanas o jurídicas, asignándoles funciones específicas y determinando a quienes enviarán sus reportes.

EN LOS ÓRGANOS DE LA SAS LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PREVALECE SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Carlos E. Vanney

SUMARIO

El legislador al crear y regular la SAS dio amplia libertad a los socios para la organización de esta y para el armado de su estructura interna. Y lo hizo confiando en que son los socios quienes están en mejores condiciones para saber qué tipo de sociedad requiere el negocio que quieren encarar. Esta consagración del principio de la autonomía de la voluntad es una de las características principales de este tipo societario.

La autonomía de la voluntad en los órganos de las SAS es una cuestión que la ley directa y expresamente consagra y por lo tanto esta se encuentra por encima de las normas de la LGS que restringen o limitan la libertad de los socios.

De modo que no pretendamos que la ley “diga” algo que no dice, ni digamos lo contrario de lo que expresa el texto legal, el cual consagra claramente el respeto de la autonomía de la voluntad y la libertad de los socios.

I. Introducción:

La ley 27349, de Apoyo al Capital Emprendedor -LACE- fue sancionada en el año 2017 y desde ese momento la constitución de sociedades por acciones simplificadas creció en todo el país.

Algunas provincias resultaron más amables para este nuevo tipo societario, mientras que otras -las menos- resistieron. La ciudad de Buenos Aires comenzó como una jurisdicción amable, pero esa amabilidad mutó a un ataque feroz con el cambio de autoridades en la IGJ. Ese ataque tiene su origen en una desconfianza en sí respecto del tipo societario SAS y un prejuicio en su contra ya que es visto como un instrumento para el fraude (como si antes del año 2017 no hubieran existido los fraudes cometidos por medio de sociedades). Esto llevó a la que IGJ dictara a partir del 11 de marzo de 2020, una serie de resoluciones que resultaban contrarias a derecho ya que violaban lo dispuesto en la LACE y en muchas de estas, no se respetaba el principio de autonomía de la voluntad característico de este tipo societario.

El objetivo de esta ponencia es, justamente, volver a destacar la importancia de la autodefinición de reglas en la SAS, focalizando esa cuestión en los órganos societarios y el rol subsidiario de las normas de la LGS en esta sociedad.

II. Ley de Apoyo al Capital Emprendedor:

El artículo 33 de la LACE crea la SAS, “como un nuevo tipo societario”¹, y establece que

¹ Resulta entonces estéril la discusión sobre si estamos o no frente a un nuevo tipo societario ya que la ley así lo establece expresamente. Quien no esté de acuerdo con esto, lo que debería hacer es promover una reforma legislativa que modifique esta definición del art. 33

este se regiría conforme el “alcance y las características previstas en esta ley” y sosteniendo que “supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades ... en cuanto se concilien con las de esta ley”. En virtud de lo expuesto resulta claro que, en lo que no se concilia con la LACE, no se aplica la LGS a las SAS.

Y respecto de la estructura orgánica de la SAS -objeto de esta ponencia- la LACE establece, en su artículo 36, que “El instrumento constitutivo, sin perjuicio de las cláusulas que los socios resuelvan incluir, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos”, y entre estos requiere que el contrato prevea “7. La organización de la administración, de las reuniones de socios y, en su caso, de la fiscalización. 8. Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. 9. Las cláusulas necesarias para establecer los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros.”.

Este artículo consagra la libertad de los socios para la confección del instrumento constitutivo, con la limitación -o mejor dicho el contenido mínimo- que la propia ley establece que debe contener. Es por ello que los socios deben incluir el modo en que estará organizada la estructura interna de la sociedad, es decir, cómo funcionarán los órganos sociales. Y a esta organización, creada por los socios en base a una previsión expresa de la ley, solo será aplicable la LGS si se concilia, justamente, con la estructura que los socios han creado.

La regulación de la SAS por fuera de la LGS es consecuencia de la voluntad del legislador, que así lo quiso y debe mantenerse, ya que “la importancia de mantener el régimen de esta forma radica en el cambio de paradigma que representa la SAS, como una nueva concepción del derecho societario, de haber sido incorporada a la LGS se correría el riesgo de analizarla desde concepciones diferentes, asumidas como dogmas en la LGS”².

Y también hay ciertas cuestiones respecto de las cuales los socios no podrán ejercer esa libertad, por lo que en ellas no regirá el principio de la autonomía de la voluntad. Como, por ejemplo, lo dispuesto por el artículo 43³. Es por ello que la garantía de los socios por la integración de los aportes -que la ley establece que estos garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración- no podrá ser modificado en el instrumento constitutivo. Es solo un ejemplo, pero **queda claro que cuando la ley quiere limitar la autonomía de voluntad de los socios, lo hace expresa y claramente.**

Rige, por tanto, el principio de autonomía de la voluntad en virtud del cual los socios podrán fijar la integración, competencias, duración, requisitos, etc. de los órganos de la sociedad.

de la LACE.

No se entiende por lo tanto por qué el registrador porteño niega algo tan evidente, e incluso va más allá negando directamente que sean sociedades, cuando sostiene que la SAS “no son —jurídicamente hablando— personas jurídicas ni —por obvia consecuencia— sociedades” (Nissen, Ricardo A. MEMORIA, BALANCE Y ESTADO DE RESULTADOS DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS, A CASI CINCO AÑOS DE LA VIGENCIA DE LA LEY 27.349 – Pág. 3. Ed. La Ley).

Resulta contradictorio también que, quien en una publicación académica niega directamente que la SAS sea una persona jurídica y una sociedad, al dictar resoluciones generales del organismo que dirige sostenga que “las SAS pueden ser un valioso instrumento jurídico a condición de que las utilicen genuinos emprendedores y de que lo hagan en condiciones de transparencia y equidad” (considerandos de la RG IGJ 9/2020)-¿acaso no eran ni siquiera personas jurídicas?- y que también sostenga que “la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) presenta en la ley 27.349, a saber un subtipo de sociedad anónima junto con otros contemplados en la ley 19.550, como la sociedad anónima unipersonal y la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria” (considerandos de la RG IGJ 44/2020) -Aquí parece que la SAS es un subtipo de SA, pero ¿acaso las SAS no eran ni siquiera sociedades?, ¿o estará sugiriendo que la SA tampoco es una sociedad?-.

² Ramírez, Alejandro H. “La regulación de la SAS por fuera de la Ley General de Sociedades”. Ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario (Rosario, 2019).

³ Artículo 43.- Garantía de los socios por la integración de los aportes. Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes.

III. Los órganos de la SAS

El capítulo IV de la LACE, bajo el título “Organización de la sociedad”, se refiere -ya que no me animo a decir que “regula”- a la estructura orgánica de la SAS. Y lo hace a través de cinco artículos. En el primero de ellos -art. 49- establece el principio general de libertad de los socios para determinar cómo será la estructura orgánica de la sociedad, indicando que existirá un órgano de administración, uno de gobierno y que podrá -o no- haber un órgano de fiscalización. Estos órganos “funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la” SRL y por las disposiciones generales de la LGS⁴.

Es decir, la LACE, dispone claramente que la LGS resulta de aplicación supletoria -lo mismo que las normas de la SRL- por lo que la ley general solo podrá aplicarse en lo referido a cuestiones no previstas en la LACE y no establecidas por los socios en el instrumento constitutivo. Es por ello que la **única** limitación a la libertad de los socios es la propia LACE ya que sus normas son lo **único** que se encuentra por encima de la autonomía de la voluntad⁵. Respecto de la aplicación de la LGS, un tema que ha generado mucho debate es si corresponde o no aplicar el art. 13 de esa norma a las SAS. Si bien no es el objeto de esta ponencia, adelanto que considero que no es de aplicación ya que la LACE no remite a la LGS en forma directa sino en forma supletoria. Podrán entonces los socios establecer reglas para su sociedad que resulten contrarias al art. 13 de la LGS.

La ley luego regula en 3 artículos -50 a 52- el órgano de administración y la representación de la sociedad, y luego en el art. 53 regula el órgano de gobierno. Y en este mismo artículo regula, en una sola oración (literal), el órgano de fiscalización⁶.

Respecto del órgano de administración, el art. 50 establece que pueden integrarlo “una o más personas humanas, socios o no, designados por plazo determinado o indeterminado”. Esta norma, que limita expresamente la autonomía de la voluntad de los socios, excluye la posibilidad de que este órgano pueda estar integrado por una persona jurídica⁷ y tampoco por un algoritmo o una inteligencia artificial⁸.

Por su parte, el art. 51 se refiere a las funciones de este órgano, y en caso de ser plural la ley exige que el instrumento constitutivo establezca las funciones de cada administrador o que estos actúen en forma conjunta o colegiada. Aquí vemos una nueva limitación a la autonomía de la voluntad ya que los socios no podrán determinar que sea el propio órgano quien establezca

⁴ Artículo 49 de la LACE.

⁵ Obviamente que también serán de aplicación los principios generales del derecho y el CCCN, sobre todo sus primeros artículos (Art. 9: Principio de buena fe y Art. 10: Abuso del derecho). Pero no será necesario para evitar el abuso o reconocer la buena fe acudir a la LGS, ya que la propia LACE aclara expresamente que es de aplicación supletoria. No deberemos aplicar entonces la LGS, salvo que corresponda por remisión -supletoria- de la LACE. Pero si podemos aplicar, y debemos aplicar, el ordenamiento jurídico en su conjunto (el CCCN por ejemplo).

⁶ Cuesta sostener que en esa sola oración la norma “regula” el órgano de fiscalización, ya que no lo hace, sino que se limita a establecer que ese órgano puede existir o no.

⁷ Tema que, desde hace mucho tiempo, ha sido discutido en doctrina pero que claramente excede los límites de esta ponencia. En una antigua ponencia de Alberto Verón, titulada “La capacidad de una persona jurídica para ser director”, que fuera presentada en el II Congreso de Derecho Societario (Mar del Plata, 1979) se resumen las posturas doctrinarias (de ese momento) sobre este tema, explicando Verón que “Halperin, Zaldivar, Arecha y García Cuerva, y Perrotta, se inclinan por la tesis permisiva. En cambio Farina y Mascheroni ... consideran que no es admisible designar director de una sociedad anónima a una persona jurídica”. Y en los clásicos Cuadernos se decía, respecto del Directorio, que “sin personas físicas que formen la voluntad de la sociedad, esta no puede cumplir con el fin específico para la que fue creada” (Cuadernos de Derecho Societario, Zaldivar, Manovil, Ragazzi y Rovira, Tomo III, pág. 453, 2da. reimpresión. Ed. Abeledo Perrot).

⁸ Lo cual ya se debate en el mundo (https://www.ey.com/es_pe/news/2018/09/algoritmos-en-el-directorio; <https://thekeenfolks.com/es/chief-artificial-intelligence-officers/>), e incluso ya ha empezado a ocurrir desde hace algunos años. Por ejemplo, Deep Knowledge Ventures, un fondo de Hong Kong ya ha nombrado un algoritmo para su directorio (<https://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5>).

esas funciones. Del mismo modo que tampoco podrá nombrarse administradores que tengan -todos ellos- domicilio fuera del país (otra limitación a la libertad de los socios). Respecto de la forma de la reunión -y su citación-, la ley da libertad a los socios para definirla.

Este mismo artículo se refiere luego a la representación legal de la sociedad. No es el objetivo de esta ponencia entrar en la discusión sobre si el representante legal integra o debe integrar obligatoriamente el órgano de administración o si pueden ser personas distintas o incluso órganos distintos⁹. Pero lo que establece la norma al respecto es que la representación legal de la sociedad estará a también a cargo de personas humanas, socios o no y que será el instrumento constitutivo el que establezca la modalidad de designación, pero que, si este no lo prevé, será la reunión de socios la que designe representante legal. Coincido con Ramírez y Balbín en que la LACE diferencia al órgano de administración del órgano de representación¹⁰, y no coincido con la exigencia de la IGJ de que el representante legal de la SAS integre el órgano de administración¹¹.

Por su parte, el art. 52, establece que, a los administradores y representantes legales, les son aplicables los deberes, obligaciones y responsabilidades previstas en el art. 157 de la LGS (es decir los mismos que los gerentes de la SRL). Aquí vemos una remisión expresa a la LGS y una limitación a la libertad de los socios en estas cuestiones. Y continúa la norma refiriéndose a los administradores de hecho y su responsabilidad, no pudiendo los socios eximirlos de esta (otra limitación).

Luego de 3 artículos destinados al órgano de administración, la LACE en un solo artículo -el 53- se refiere al órgano de gobierno. Y dentro de ese mismo artículo, en una sola oración, se refiere al órgano de fiscalización.

Respecto del primero de estos órganos, establece que es la "Reunión de socios", delegando en estos -en el instrumento constitutivo- establecer la forma en que se desarrollarán esas reuniones (presencial, remota, en la sede social, fuera de ella, incluso en forma asincrónica mediante envío de su manifestación de voluntad, etc.). Respecto del domicilio de los socios la ley si fija una pauta, ya que estos deberán fijarlo en el instrumento constitutivo e informar luego cualquier cambio.

La LACE solo brinda pautas generales sobre estos órganos y deja librado a la autonomía de la voluntad muchos aspectos referidos a su funcionamiento. Y nada dice sobre las competencias de estos. Además de ello, cuando la ley quiere establecer un límite a esa libertad de los socios, lo regula especialmente. En definitiva, lo que el legislador quiso es que los socios, en el instrumento constitutivo -y eventualmente en sus reformas- establezcan las normas de cada sociedad en particular. No cabe duda que son los socios quienes mejor pueden saber que les resulta más conveniente y cómo quieren que funcione la sociedad que están constituyendo o de la que forman parte y no un legislador dictando normas limitativas de la autonomía de la voluntad y encorsetando la actuación de una sociedad de la que no formarán parte. Coincido con Hadad cuando sostiene que *"la Sociedad por Acciones Simplificadas vino a terminar con la era paternalista del derecho de sociedades, vino a eliminar el prejuicio tecnocrático"*

⁹ Mi postura sobre esta cuestión ya ha sido definida en una ponencia presentada en el anterior congreso de Derecho Societario (Rosario, 2019) titulada "Representar sin administrar", título que ya permite descubrir cual es, justamente, esa postura.

¹⁰ Conf. Ramírez, Alejandro H. "SAS - Sociedad por Acciones Simplificada", pág. 179. Ed. Astrea. En igual sentido: Balbín, Sebastián "SAS", pág. 121. Ed. Cathedra Jurídica.

¹¹ Esta exigencia no fue decidida por el actual registrador porteño, sino que data de la anterior administración de la IGJ: RG 6/2017 IGJ, "Art. 29.- El representante legal de la sociedad debe revestir el carácter de administrador de la misma. En caso de silencio del instrumento constitutivo y sus ulteriores reformas respecto del ejercicio de la representación legal, todos los administradores podrán representar a la SAS en forma individual e indistinta."

de pensar que el legislador y la doctrina están en mejores condiciones que los socios y sus abogados para brindar a las sociedades reglas más eficientes”¹².

De modo que incluso podríamos sostener que es posible en la SAS cruzar las competencias tradicionales de los órganos societarios o modificarlas. En tal sentido, coincido con Balbín cuando sostiene que *“la imposibilidad de intromisión de un órgano en la esfera de actuación de otro, propio de la LGS, cede en cambio en la SAS. En ésta, las competencias asignadas resultan abiertas a la voluntad de los suscriptores del instrumento constitutivo –socios-, quienes pueden determinarlas libremente sin mayores cortapisas que las de la propia LACE, pudiendo incluso superponer sus tareas de encontrarlo de utilidad”*¹³. En lo que no coincido con ese autor es en que la decisión de disolver anticipadamente la sociedad la LACE, equivocadamente, la reserva a la reunión de socios. No veo aquí un equívoco de la ley, sino una manifestación expresa del legislador que quiso que una decisión de tamaña importancia solo pueda ser decidida por ese órgano, limitando en este punto la autonomía de la voluntad. Esto, justamente, refuerza la postura de que las competencias de los órganos de la SAS pueden ser decididas libremente por los socios, en cuanto la propia LACE no limite esa libertad, ya que, cuando ha querido hacerlo, lo ha hecho en forma expresa, como en el caso de la decisión de la disolución anticipada.

Es por esto que considero que no podemos limitar -salvo que la ley expresamente lo haga- la libertad de los socios para organizar la estructura orgánica de su sociedad, solo porque esto pueda “chocar” con nuestros preconceptos adquiridos a través de muchos años de aplicar la LGS. En definitiva, quién mejor que los propios socios para decidir cómo organizar la sociedad internamente y decidir también que facultades le otorgan a cada órgano. Si se equivocan, como sostiene Hadad, perderán su dinero. Pero no lo estarán perdiendo por tener que quedar obligatoriamente sometidos a decisiones de otros (legisladores) si estos limitan la libertad de los socios en la organización de su SAS.

Respecto del órgano de fiscalización -mencionado en la última oración del art. 53- la LACE se limita a establecer que este puede existir o no, sin establecer limitaciones a esa decisión de los socios de contar o no con él¹⁴. Respecto de la organización interna de este órgano y de la libertad de los socios para integrarlo con otros profesionales -no solo con abogados o contadores- considero, y así ya lo he dicho, que, si los socios *“decidieran que la SAS tendrá órgano de fiscalización, este podrá ser diseñado por los socios con total libertad, sin las limitaciones funcionales, profesionales o numéricas, que tienen los tipos societarios de la LGS”*¹⁵.

No debemos temer que los socios, al encarar un nuevo negocio o proyecto, quieran hacerlo con un instrumento -la sociedad- a la medida de sus necesidades o deseos. No solo en lo que respecta a la organización interna de la SAS, sino también en cuanto a las competencias de estos órganos. E incluso no temamos si los socios deciden renunciar a ejercer ciertos

¹² Hadad, Lisandro, “Ud. debería confiar en que aquellos que arriesgan su propio dinero hagan los cálculos adecuadamente. Podrán estar equivocados, pero estarán menos equivocados que los académicos y los legisladores que están decidiendo con el dinero de otro”. Ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario (Rosario, 2019).

¹³ Balbín, Sebastián “SAS”, pág. 26. Ed. Cathedra Jurídica

¹⁴ Es por esto que creo que el art. 4 de la RG 9/2020 de la IGJ viola la ley cuando establece la obligatoriedad de la existencia del órgano de fiscalización si el capital de la SAS supera el monto del inc. 2 del art. 299 de la LGS.

¹⁵ Vanney, Carlos. “La autonomía de la voluntad y la fiscalización de la SAS” Ponencia presentada en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario (Rosario, 2019). Allí incluso sostuvo que los socios “podrían establecer, por ejemplo, que en una SAS con objeto agropecuario los integrantes del órgano de fiscalización sean un genetista, un ingeniero agrónomo y un veterinario, que en una SAS con objeto vinculado al petróleo los integrantes del órgano de fiscalización sean un geólogo, un ingeniero en petróleo y un ambientalista, o que en una SAS con un objeto referido a la actividad deportiva los integrantes de este órgano sean un director técnico, un periodista deportivo y un “experto en administración deportiva”.

derechos o les dan facultades que tradicionalmente -léase LGS- estaban reservadas a los socios, a quienes no lo son o pueden no serlo.

Nos pueden gustar o no las SAS, podemos estar de acuerdo o no en la forma en que el legislador la reguló. Pero lo que no podemos hacer es pretender que la ley diga lo que no dice. Las vías que uno como ciudadano tiene cuando una ley no es de su agrado, o incluso cuando piensa que es una mala ley, es promover una reforma de esta. No es no aplicarla o interpretarla -muchas veces forzadamente- en forma contraria. Y por supuesto que también resulta absolutamente improcedente, y además ilegal, pretender reglamentarla (desde algún registro público) *contra legem* solo por no ser este tipo societario del agrado del registrador de turno.

IV. Conclusión

Siempre dentro de los límites de la legalidad, buena fe y del abuso del derecho, herramientas y principios que nos brinda el CCCN podremos evitar los abusos en los casos concretos cometidos mediante la utilización de figuras societarias (SAS o cualquier otro tipo). Pero no por el temor a esos abusos -que en el universo de los negocios y de las sociedades son marginales, aunque sean mediáticamente escandalosos- podemos dejar de lado la ley y hacerle decir a esta lo que no dice.

Si el legislador dotó de amplia libertad a la SAS, delegando en los socios de esta el armado de la mayor parte de su estructura orgánica, es porque confió en el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de estos, siendo esta una de las características principales de este tipo societario¹⁶.

Creo que, en definitiva, la autonomía de la voluntad en los órganos de las SAS es una cuestión que la ley directa y expresamente consagra. Y está incluso por encima de las normas de la LGS que restringen o limitan la libertad de los socios. ¿No nos gusta esta libertad? No hay problema, no tiene por qué gustarnos. Pero si es así, promovamos una reforma. No le hagamos decir a la ley lo que esta no dice o no digamos lo contrario de lo que dice el texto legal. Y esta -la LACE- consagra claramente el respeto de la autonomía de la voluntad y la libertad de los socios.

¹⁶ Pérez Hualde, Fernando. "La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificada"; LL, 2017-F,561.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES

Humberto G. Vargas Balaguer

SUMARIO

La autonomía de la voluntad reconoce límites en las normas imperativas.

Existen tres aspectos fundamentales del contrato de sociedad que no pueden dejarse de lado: a) la causa fin del contrato (“comunidad de riesgos”); b) el objeto del contrato, como actividad para cuya realización la sociedad se constituye y, c) no causar daños a terceros (*alterum non laedere*).

En función del orden de prelación establecido por el art. 150 del Código Civil y Comercial (CCyC), en la presente ponencia se intentan determinar las normas imperativas de la Ley General de Sociedades (LGS) y de la ley general, que marcan los límites a la autonomía de la voluntad en materia societaria.

1. Introducción

En el derecho societario actual la tendencia es otorgar mayor preeminencia a la autonomía de la voluntad, dejando de lado la rigidez e imperatividad con la que estuvo signado el sistema en otras épocas.

Acorde a estos tiempos, en nuestro país se ha flexibilizado sustancialmente la legislación, dando un amplio margen a la autonomía de la voluntad.

Reflejo de ello es el CCyC. Al respecto, el profesor Richard expresa que “el CCyC ha generado un sistema en torno a las personas jurídicas, sin duda aplicables a todas las sociedades, que ha venido a ratificar la concepción de un régimen de mayor libertad en la configuración de las relaciones de organización, con mayor responsabilidad en cuanto a no generar daños”¹.

Un cambio radical en tal sentido, es el nuevo régimen de la Sección IV del Capítulo I de la LGS (Sociedad Simple), que consagra una regulación flexible y permisiva de las sociedades no constituidas regularmente, basada en la libertad contractual y de formas.

Lo mismo ocurrió con la sociedad por acciones simplificada (SAS), ley 27.349, que adoptó como eje central de su regulación a la autonomía de la voluntad².

Ahora bien, la autonomía no es un derecho absoluto sino que está limitada por normas imperativas que, como tales, son indisponibles y no pueden ser suprimidas por acuerdo de partes.

La cuestión a dilucidar pues, son los límites a la autonomía negocial en materia societaria.

2. Autonomía de la voluntad

La *autonomía de la voluntad* o *autonomía privada* es considerada en Argentina -al igual que en la gran mayoría de las naciones- como un principio general del Derecho, de fuente constitucional³.

¹ RICHARD, Efraín Hugo, “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario-X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019, t. I, p. 23; “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94, inc. 5º, LGS, por la Ley de Emergencia”, LL, 2020-A-594, Cita Online: AR/DOC/10/2020.

² RAMÍREZ, Alejandro H., SAS, Astrea, Bs. As., 2019, p. 81.

³ VARGAS BALAGUER, Humberto G., Garantías modernas en el Código Civil y Comercial, Astrea, Bs. As., 2021, p. 172.

Como afirma el maestro peruano Fernández Sessarego⁴, ella es el núcleo generador de las relaciones jurídicas.

De Castro y Bravo considera que la autonomía de la voluntad, en un sentido muy general, es el “poder de autodeterminación de la persona”. Luego, al precisar la noción de la denominada “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”, el jurista español la define como “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de su facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁵.

Díez-Picazo y Gullón, quienes aclaran que en puridad no es del todo correcto la expresión “autonomía de la voluntad” sino que corresponde hablar de “autonomía privada”⁶, consideran que este principio significa “tanto como autorregulación o autorreglamentación, y esta el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo”.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad no es un principio absoluto puesto que si se le otorga tal carácter significaría reconocer el imperio sin límite del arbitrio personal.

De ahí que, según expresan Díez-Picazo y Gulló, la cuestión de la autonomía privada radique en el señalamiento de los límites, “de tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía”⁷.

Los autores en comentario señalan tres límites a la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público. Pero, a este respecto, subrayan que lo primero que se observa es “la falta de fijeza absoluta de los límites de la autonomía”. Ellos son líneas fluctuantes porque “tanto el concepto de orden público como la concreción de lo moral o inmoral en materias de derecho privado, son variables que están en función de la coordenadas históricas vigentes”⁸.

En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en el mes de septiembre de 1997, se concluyó en que la autonomía de la voluntad descansa sobre dos bases: la *libertad de contratar* o *autodecisión*, que da derecho a contratar o a no contratar; y la *libertad contractual* o *autorregulación*, que da derecho a regular el contrato conforme al propio albedrío. Las partes, si deciden contratar, pueden elegir el tipo contractual, hacer una adaptación especial de este tipo, o utilizar una figura atípica⁹. Correlativamente, la autonomía de la voluntad implica otras dos libertades, que deben ser ejercidas de común acuerdo por las partes: la *libertad para modificar el contrato*, o sea para revisar sus términos, y la *libertad para extinguir el contrato*, es decir, para dar por concluida la relación contractual (art. 1200, CC; actual art. 1076, CCyC)¹⁰.

El CCyC, en los arts. 958, 959 y 960, presenta un claro reforzamiento de la autonomía de la voluntad.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Reflexiones en torno a la ‘autonomía de la voluntad’”, LL, Sup.Act 29/05/2003, 1, Cita Online, AR/DOC/10470/2003.

⁵ DE CASTRO y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Civitas, Madrid, 1985, ps. 11/12.

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio, Sistema de derecho civil, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, v. I, p. 375.

⁷ DIEZ-PICAZO - GULLON, ob. cit., ps. 378/379.

⁸ DIEZ-PICAZO - GULLON, ob. cit., p. 379. A los efectos indicados, los autores hispanos manifiestan que es relevante el papel del juez como intérprete de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época.

⁹ Comisión n° 3, Contratos: Autonomía de la voluntad: problemática actual.

¹⁰ Fundamentos del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, de 1998, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999, p. 55.

3. Normas imperativas en materia societaria

Expone Richard que las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Las normas que son imperativas para sus destinatarios, las que se les imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, se fundan en que sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable, sino la voluntad de la ley, coincidente o no con aquella de las partes¹¹.

No hay sistema jurídico que prescinda de la aplicación de normas imperativas. Pero ningún sistema jurídico está integrado totalmente por normas imperativas, ni únicamente con disposiciones de autodecisión y autorregulación de los derechos.

En materia societaria, apunta Calcaterra, las normas imperativas se justifican en la necesidad de la comunidad de garantizar la seguridad jurídica de las relaciones de la sociedad como sujeto y como contrato, y en cuanto tales, imponen un límite a la autonomía de la voluntad. La mayoría de las normas imperativas de la ley 19.550 no son límites sino tuteladas, pues buscan garantizar el equilibrio de intereses entre la sociedad y los terceros y entre los socios entre sí, a fin de cumplir un presupuesto básico del carácter contractual de las sociedades: el objeto en cuanto actividad de la sociedad y su causa fin¹².

Manóvil, por su parte, indica que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés que el legislador entienda que, por algún motivo, lo requiera¹³.

El CCyC incorporó con el art. 150 un dispositivo fundamental para las personas jurídicas privadas, estableciendo el siguiente orden de prelación: 1) las normas imperativas de la ley especial; en su defecto, 2) las normas imperativas del CCyC; 3) las cláusulas del contrato y sus modificaciones; 4) las cláusulas del reglamento; 5) las normas supletorias de la ley especial, y 6) las normas supletorias del CCyC.

Ello así, en primer término, deben considerarse las normas imperativas de la LGS; lo cual nos conduce a indagar cuales detentan ese carácter.

Previo a determinar las normas imperativas, en particular, del ordenamiento societario, es necesario tener en cuenta, en general, tres aspectos centrales del contrato de sociedad generador de una persona jurídica, que no pueden dejarse de lado, a saber:

a) la causa fin del contrato (arts. 281 y 1013 del CCyC), que no solo debe existir al tiempo de su formación, sino también en ocasión de su ejecución; la falta de causa puede provocar diferentes ineficacias (art. 1013).

En el contrato societario, la causa fin es la *comunidad de riesgos*, lo que se desprende del art. 1 de la LGS, al expresar que los socios "...se obligan a realizar aportes...participando de los beneficios y soportando las pérdidas";

b) el objeto del contrato (arts. 279 y 1003 del CCyC), como actividad para cuya realización la sociedad se constituye, y

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo, "Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94, inc. 5°, LGS, por la Ley de Emergencia", LL, 2020-A-594, Cita Online: AR/DOC/10/2020.

¹² CALCATERRA, Gabriela S., "Alcance y sentido de las normas imperativas en la ley 19.550", LL, 25/04/2022, 4, Cita Online: AR/DOC/1303/2022.

¹³ MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades", LL, 2019-C-823, Cita Online: AR/DOC/718/2019.

c) no causar daños a terceros (*alterum non laedere*¹⁴).

En consecuencia, son indisponibles todas las cuestiones atinentes a la causa fin del negocio societario, al objeto en cuanto actividad, al capital social, a las causales de disolución, al proceso de liquidación, al régimen de responsabilidad de la sociedad, de sus socios, controlantes y administradores.

Como derivación de lo expuesto, en nuestra opinión, son normas imperativas de la LGS los artículos: 13 (cláusulas nulas), 18 (objeto ilícito), 19 (objeto lícito, con actividad ilícita), 20 (objeto prohibido), 32 (participaciones recíprocas), 54 (dolo o culpa del socio o del controlante), 59 (diligencia del administrador: responsabilidad), 94 incs. 4 y 5, 96, 99, 100 (conservación de la empresa), 101/112 (liquidación), 157 (gerencia: responsabilidad), 274 (mal desempeño del cargo).

En según lugar, conforme art. 150 del CCyC, deben considerarse las normas imperativas de la ley general, entre otras, artículos: 9 (buen fe), 10 (abuso del derecho), 12 (orden público y fraude a la ley), 279 (objeto del acto jurídico), 281 (causa del acto jurídico), 961 (buena fe contractual), 1003 (objeto del contrato), 1004 (objetos prohibidos), 1013 (causa del contrato), 1014 (causa ilícita), 1061 (intención común).

En suma, y en respuesta al interrogante que nos formulamos al inicio de esta ponencia, las normas aludidas marcan los límites a la autonomía negocial en el ámbito societario.

4. La autonomía de la voluntad y el art. 13 de la LGS

Cierta doctrina postura que en virtud de la autonomía de la voluntad los socios pueden apartarse de las denominadas cláusulas leoninas del art. 13 de la LGS, al considerarlas disponibles. No compartimos este criterio.

Según lo referimos anteriormente, el art. 13 es una norma imperativa y, como tal, no admite pacto en contrario de las partes, toda vez que supondría la afectación de un rasgo esencial del contrato plurilateral de sociedad, cual es la causa fin; elemento estructural de cualquier contrato que, en el esquema societario, es la *comunidad de riesgos*, donde los socios corren con un riesgo común participando de los beneficios y soportando las pérdidas. El mismo se encuentra consagrado en el art. 1 de la LGS, y con mayor claridad en el art. 1 del Anteproyecto de Modificación de la LGS, redactado por la Comisión designada por Decreto DPP - 58/18 del Honorable Senado de la Nación.

Dicho elemento (*comunidad de riesgos*) es lo que distingue a la sociedad de otros contratos, en particular, los contratos asociativos¹⁵.

En torno al dispositivo legal en cuestión, manifiesta Brunetti que los supuestos allí previstos violentan la causa del contrato de sociedad¹⁶. Zunino, por su parte, sostiene que principios de justicia distributiva, de intangibilidad del capital social, y aun preceptos constitucionales que hacen al derecho de propiedad, inspiran la sanción de nulidad con que el artículo tacha a estas estipulaciones¹⁷.

Estos conceptos, lejos de ser atávicos, son actuales y vigentes.

¹⁴ Principio general que regula cualquier disciplina jurídica y al que la Corte Suprema de Justicia le asigna jerarquía constitucional (art. 19, CN), Fallos, 308:1167.

¹⁵ COLOMBRES, Gervasio R., Curso de Derecho Societario, Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, p. 167; RICHARD, Efraín Hugo, "Concepto de Sociedad", en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario-X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019, t. I, ps. 192/193; MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades", LL, 2019-C-823, Cita Online: AR/DOC/718/2019.

¹⁶ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las sociedades, Uteha, Bs. As., 1960, t. I, p. 261.

¹⁷ ZUNINO, Jorge O., Régimen de sociedades comerciales, 26ª edición, Astrea, Bs. As., p. 23.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE, EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

María Guadalupe Villagrán

SUMARIO

En la ponencia se analiza cómo ha receptado nuestra jurisprudencia la autonomía de la voluntad y qué valor tienen como fuente del derecho. La pregunta es si ésta opera como un principio o como una regla. Con fundamento en el análisis de diversos fallos, se concluye que opera como un principio, lo que condiciona la forma en que se aplica al resolver casos concretos. También se postula cuáles son los otros principios que la limitan.

I.- Introducción

Esta ponencia pretende ser una respuesta a la siguiente pregunta. Cuáles son los principios que los jueces aplican cuando resuelven conflictos societarios en los que se encuentra en crisis el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Cuáles son los otros principios que entran en tensión y que limitan su aplicación.

Entiendo que el análisis de la jurisprudencia representa un enfoque ineludible al momento de estudiar cómo está operando en la práctica la autonomía de la voluntad, como argumento para fundar las resoluciones judiciales.

Si la autonomía de la voluntad constituye un principio y no una regla, será fuente de derecho, con independencia de las reformas normativas que se susciten en el futuro. Entonces, resulta relevante determinar en qué sentido se orientan las decisiones de los jueces, cuáles son sus límites.

La doctrina parece enfocar su análisis exclusivamente en las leyes vigentes y su posible reforma. También presta atención a la orientación que están siguiendo las regulaciones sobre la materia, en el derecho comparado. Sin embargo, no se vislumbra un análisis de los criterios y las directivas que nuestra jurisprudencia está señalando en la resolución de los casos concretos.

En la mayoría de los artículos escritos y publicados sobre el tópico, existen escasas referencias a las sentencias de los tribunales nacionales con competencia en la materia¹.

Es que, si la mirada sobre la autonomía de la voluntad que tienen los jueces se apoya en la convicción de que ésta es la que mejor regula y orienta la conducta de los socios, la que mejor atiende a las necesidades de la sociedad y del mercado o por el contrario, los tribunales realizan una interpretación extensiva de las normas de orden público, en miras de interés social, ese será el criterio que seguirá imperando en sus sentencias, incluso cuando las leyes sean

¹ Richard, Efraín Hugo, Cincuenta años de la Ley de Sociedades 19.550. Libertad bajo responsabilidad, LA LEY 25/04/2022, 25/04/2022, 2; Cita: TR LALEY AR/DOC/1319/2022; Vítolo, Daniel Roque, Un largo viaje desde la planificación y la imperatividad hacia la libertad y la flexibilidad, LA LEY 25/04/2022, 25/04/2022, 8, Cita: TR LALEY AR/DOC/1305/2022; Calcaterra, Gabriela S., Alcance y sentido de las normas imperativas de la ley 19.550, LA LEY 25/04/2022, 25/04/2022, 4, cita: TR LALEY AR/DOC/1303/2022; Schneider, Lorena R., Menosprecio al ordenamiento jurídico e injustificado retroceso hacia la burocratización en las SAS. La importancia de la autonomía de la voluntad, LA LEY 11/08/2020, 11/08/2020, 1, Cita: TR LALEY AR/DOC/2504/2020; Mercado de Sala, María Cristina, A 50 años de su sanción... La Ley de Sociedades Comerciales ayer y hoy..., LA LEY 25/04/2022, 25/04/2022, 6, Cita: TR LALEY AR/DOC/1304/2022; entre otros.

reformadas.

Para sostener esta idea, postulo que existe una clara conexión entre las valoraciones de los jueces y los argumentos a los que recurren cuando deben resolver cuestiones que tensionan la aplicación de la autonomía de la voluntad con otros principios.

Este trabajo asume que el derecho está integrado por principios y reglas². Ambos operan como fuente del derecho y es ésta la concepción que asume el CCyC.

Sabido es que uno de los criterios para diferenciar los principios de las reglas radica en la forma en que operan al momento de resolver conflictos prácticos. Con ese enfoque, la presente ponencia se propone responder dos preguntas.

La primera de ellas es si la autonomía de la voluntad funciona en nuestra jurisprudencia como principio o como regla. La respuesta a este interrogante condiciona la siguiente: Si lo hace como principio, cuáles otros lo limitan. Por el contrario, si lo hace como una regla, cuáles son sus premisas de aplicación³.

II.- La autonomía de la voluntad como principio en la jurisprudencia.

El primer interrogante es si la autonomía de la voluntad opera en nuestra jurisprudencia como principio o como regla.

Sin desconocer que se trata de un recorte parcial, se analizan aquí algunos de los fallos más relevantes que tratan el tema.

1.- CSJN, *Inspección General de Justicia c. Ghiano, Re y Asociados S.A.*⁴:

En el caso, la Inspección General de Justicia había denegado la inscripción del acto constitutivo de una sociedad anónima cuyo objeto social incluía la prestación de servicios e incumbencias profesionales a los graduados de ciencias económicas que autoriza la ley 20.488.

La Corte asumió que la palabra “asociación” tenía un sentido general más amplio que el literal que menciona la norma y que era comprensivo de otras estructuras societarias, civiles o comerciales. Para resolver de ese modo ponderó el derecho a la libertad de asociación consagrada en el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 20 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y en la Constitución Nacional –art. 14–. Sin embargo, afirmó que éste no reviste carácter absoluto, sino que se encuentra sujeto a las restricciones previstas por la ley, necesarias en una sociedad democrática, en interés del orden público o en el marco de los principios de la solidaridad social.

En conclusión, en este caso se tuvo presente el derecho a la libertad de asociación y se postuló que éste se encuentra limitado por restricciones que se imponen en miras del orden

² Alexy, Robert; *Teoría de la Argumentación Jurídica*, 2ª Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2014; MacCormick, Neil, *Razonamiento Jurídico y Teoría del Derecho*, Ed. Palestra, Lima:2018. Robert Alexy postula que el sistema jurídico tiene tres niveles. Está integrado por reglas, principios y procedimientos. Señala que las reglas y principios que integran esta “dimensión procedimental” deben ser seguidas para que el resultado de la actividad argumentativa sea válido, correcto o racional. También MacCormick, desde una concepción positivista del Derecho, reconoce que las resoluciones requieren fundamentos racionales que implican optar entre soluciones opuestas y que involucra necesariamente argumentos consecuencialistas, porque deben tener sentido dentro del sistema jurídico, al que define como un cuerpo consistente y coherente de normas.

³ Cianciardo, Juan; *Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción*; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre de 2003, pp. 891-906. En los casos de conflictos entre reglas hay que decidir la precedencia de una u otra, y esa decisión conllevará la anulación de la regla preterida. En efecto, cuando un principio colisiona con otro el juez no sólo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá, luego de una ponderación, la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido. Es decir, aplicará un principio, en el sentido de preferirlo, y no otro, dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias, aplicaría el principio que ahora resulta postergado. “[E]sto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”.

⁴ CSJN, DJ 18/05/2011, 11; cita online: TR LALEY AR/JUR/75441/2010.

público y de la solidaridad social.

2.- Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, *Inspección General de Justicia c/ Veritran Holding LTD*⁵

Una sociedad extranjera que pretendía tomar participación en una empresa local. En este caso se entendió que las personas pueden utilizar los instrumentos que consideren más adecuados para su planificación económica; para canalizar los más diversos propósitos lícitos, como herramientas de reorganizaciones empresarias y como mecanismos idóneos para aislar riesgos vinculados con inversiones y proyectos. Estos son fines lícitos.

Se ponderó, como límite al valor “tráfico comercial” y como derivación de éste, el derecho de los terceros a conocer el régimen de organización y responsabilidad de las sociedades con quienes contratan.

3.- Cámara Comercial Sala C, *Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers SAIC*⁶
En el caso se analizó la facultad de la IGJ para regular la integración de los órganos societarios de modo de respetar la diversidad de género en la composición de sus órganos de administración y fiscalización.

Aquí primó la autonomía para decidir respecto de la conformación de los órganos societarios. Se dijo que existe el derecho a elegir libremente y en base a la experiencia profesional de los interesados, los que constituyen aspectos esenciales para la constitución de una sociedad y para el desarrollo fructífero de los negocios.

La regulación societaria tiene por norte, no el cuidado de los derechos de quienes administran o fiscalizan un ente de esa especie –en nuestro caso, los derechos de las mujeres que habrían de ser nombradas–, sino los de la sociedad destinataria de la gestión, los de sus socios y los de los terceros.

Se alude al principio de primacía del interés de la sociedad, de sus socios y de los terceros, por sobre el interés de quienes integran los órganos societarios. Éste se orienta al desarrollo fructífero de los negocios.

4.- Cámara Comercial, Sala C, *Eleta, Francisco Antonio y otros c/ Imágenes Diagnósticas y Tratamiento Médico S.A.*⁷

En un supuesto en el que se había fijado el número de directores, de modo que se impedía el ejercicio del voto acumulativo, se dijo que el principio mayoritario tiene un límite: ninguna mayoría, por más elevada que sea, puede válidamente postergar el interés social implícito en la finalidad común.

El interés social sirve para determinar si la estructura creada para “hacer andar” a la sociedad se ha ajustado o no al contrato del cual emana y a cuya finalidad debe servir.

La mayoría encuentra su límite típico en la necesidad de respetar el interés social que supone el interés de cada uno en participar en los beneficios de su actividad organizada.

Este interés social, por ende, no debe ser confundido con el de la sociedad, ni con el de ningún otro sujeto predeterminado, pues no tiene un titular unívoco.

Se alude también al interés público en la actuación de las sociedades –que en su conjunto canalizan importantes tramos de la economía del país– como fundamento para regular cuestiones, de modo indisponible. Ello ocurre cuando se detecta en una materia, un interés que

⁵ (CNCom) (Sala C); 29/06/2022, Expediente N° 3153/2022/CA01.

⁶ Cámara Comercial Sala C, *Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers SAIC*, 9/08/2021, Expediente N° 1651/2021/CA01.

⁷ (CNCom) (Sala C), 12/08/ 2020, Expediente n° 22906/2015.

trasciende al que es meramente particular.

No obstante, la protección de ese interés público prima en la ponderación de los principios en juego, cuando el legislador tiene a la vista una indefinida cantidad de sujetos. No cuando aparece un sujeto concreto que ve lesionado su interés particular, supuesto en el cual existe solo un legitimado individual en cuya concreta tutela no aparece ningún interés superior, sino sólo el suyo.

En conclusión, el ejercicio de la autonomía de la voluntad que la mayoría puede ejercer, debe subordinarse al interés social.

5.- Cámara Nacional Comercial, Sala D; *M., G. O. c. Bartolomé Cruz y Arenales S.A. y otros*⁸

En un supuesto de agravamiento del régimen de quorum previsto en el artículo 243, primero y segundo párrafo de la Ley 19.550, se entendió que una disposición estatutaria –en ese sentido–, no era válida y que lo dispuesto al respecto por la norma citada es imperativo e inderogable. Los agravamientos del quorum, consagrados por el estatuto con relación a lo dispuesto por el art. 243 de la ley 19.550, deben considerarse prohibidos por la ley, siendo el acto que los aprobó nulo de nulidad absoluta y por tanto, imprescriptible la acción declarativa pertinente.

Para resolver de este modo se consideró como finalidad de la norma, la de facilitar la formación de la reunión de los socios y el ágil desarrollo de la gestión social. Se ponderó como valor que orienta la decisión, el de proteger la actividad normal del ente social y el de impedir que éste se puede paralizar.

En este caso, primó el interés del ente social sobre el de la autonomía de los socios. Se dijo expresamente que el ordenamiento jurídico no puede ser facilitador de conductas abusivas. Por el contrario, debe precaverlas.

Se señaló como límite, la necesidad de impedir dislocar el sistema de la ley societaria argentina aprobado por el art. 243, primer y segundo párrafo, de la ley 19.550.

Aquí, el carácter imperativo de la norma representa una necesidad de funcionamiento y equilibrio del sistema en su actual expresión y del derrotero establecido por la ley de sociedades comerciales.

Se alude también al interés general de la sociedad y a los beneficiarios de las normas societarias inderogables, quienes saben que siempre pueden contar con tales derechos.

En conclusión, las cláusulas deben conformarse a las disposiciones imperativas de la ley, a los principios de orden público y a las buenas costumbres, pudiendo en lo demás y *a fortiori*, si la misma ley da opción o lo autoriza expresamente, reglar todos los otros aspectos que puedan interesar a la vida y funcionamiento de la sociedad.

Los estatutos imponen su obligatoriedad, con fuerza análoga al principio consagrado por el art. 1197 del Cód. Civil, sólo en cuanto no contengan disposiciones que afecten al orden público o vayan contra su esencia o lo expresamente prohibido por la ley sobre la materia. Su indiscutible naturaleza negocial no se opone a que sus disposiciones únicamente puedan considerarse válidas en tanto no contradigan normas o principios legales de naturaleza imperativa.

En este caso se alude a las normas imperativas que se consagran en miras a principios de orden público –que incluye la necesidad de no dislocar el sistema de la ley societario argen-

⁸ (CNCom)(SalaD); 14/08/2014; DJ29/10/2014, 61; Cita: TR LALEY AR/JUR/47006/2014

tina- y al interés social del ente.

6.- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B; *Larrosa, Oscar y otro c. Villaguay S.A.C.A. y F.*⁹

En el caso de un acuerdo entre los socios por el que se pretendía una disolución, liquidación y partición privada sin intervención de la autoridad de contralor, se dijo que los socios no tienen potestad para decidir el cese de la actividad comercial y repartirse la totalidad de los bienes de la sociedad *a piacere*, pues ello implica la disolución, liquidación y partición privada sin intervención de la autoridad pública de contralor, con alta potencialidad dañosa para terceros y acreedores, atento la omisión de publicitar la disolución social.

Toda desviación o exceso de la finalidad específica de este instrumento técnico para cubrir una realidad diversa, no merece la protección del orden jurídico. El nacimiento del sujeto pluripersonal es precedido de un período de constitución, su extinción también requiere la etapa previa de liquidación; ello es exigido por el interés de la sociedad, los socios y en especial los terceros que contrataron con aquélla.

Nuevamente se alude al interés de la sociedad, de los socios y de los terceros.

III.- Conclusión sobre la primera cuestión

Si la autonomía de la voluntad opera como regla, la decisión que la aplica anula la regla que entra en conflicto. Por el contrario, si entendemos que se está frente a un principio, que constituye un mandato de optimización, no se juzga sobre su validez, sino que se pondera y otorga precedencia a un principio sobre otro, en atención a las particularidades del conflicto.

Esa solución, la de otorgar mayor peso a un principio sobre otro, al depender de las particulares circunstancias de la causa, puede variar frente a hechos diferentes, que permiten aplicar el principio que primero resultó postergado.

De la reseña jurisprudencial realizada es posible concluir que los jueces, al resolver los conflictos concretos, recurren a la autonomía de la voluntad como principio que regula la organización y funcionamiento del sistema societario argentino.

Afirmo que se trata de un principio y no de una regla porque en los supuestos en los que su aplicación cede en miras a la primacía de otra norma, tal decisión no implica su derogación ni su anulación. Solo cobra preponderancia otro principio, en función de su mayor adecuación con la finalidad que se pretende alcanzar.

En conclusión, los jueces, al resolver conflictos concretos, acuden a la autonomía de la voluntad, que funciona como un mandato de optimización que manda hacerlo efectivo en cada caso, en la mayor medida posible.

IV.- Respuesta a la segunda cuestión: Qué principios limitan la autonomía de la voluntad en la jurisprudencia.

En algunos supuestos se advierte cómo la sentencia da preeminencia al principio de la autonomía de la voluntad. En otros, a disposiciones en las que se encuentra involucrado el orden público, el interés social, el de los socios minoritarios y terceros. Incluso se acude a principios que exorbitan el sistema societario, como el tráfico comercial o el de la libertad de asociación en sentido amplio.

⁹ (CNCom)(SalaB), 05/08/2005, Publicado en: LA LEY 01/12/2005, 01/12/2005, 5 - LA LEY2005-F, 642 - Cita: TR LALEY AR/JUR/3253/2005.

A los fines de este trabajo entiendo por principios propios del sistema, los que pueden ser deducidos de la ley general de sociedades y como exorbitantes a éste, aquellos que reciben valores generales aplicables a todo el ordenamiento jurídico.

En conclusión, en nuestra jurisprudencia operan principios que restringen la aplicación de la autonomía de la voluntad. Fundamentalmente el orden público, que en materia de sociedades se identifica con el interés social –concepto de gran indeterminación¹⁰–, el de los terceros y el de los socios minoritarios. También, principios exorbitantes al sistema societario, vinculados con valores como la circulación de la riqueza, la producción de bienes y la transparencia del mercado.

¹⁰ Schneider, Lorena R., Menosprecio al ordenamiento jurídico e injustificado retroceso hacia la burocratización en las SAS. La importancia de la autonomía de la voluntad, LA LEY 11/08/2020, 11/08/2020, 1, cita online: Cita: TR LALEY AR/DOC/2504/2020. La autora postula que frente a ello, es necesario afirmar que la indeterminación de esta noción obligará a definir su verdadero sentido y alcance solo una vez desatado el conflicto de intereses o el dilema que atraviese el ente social, es decir, en cada caso en particular. Solo así quedarán fijados con nitidez los contornos del interés social y podrá ser entendido en sus justos términos.

COMISIÓN I:
DERECHO SOCIETARIO
ACTUAL Y LEGISLACIÓN
VINCULADA

Tema 2:
CONCEPTO DE SOCIEDAD.
PERSONALIDAD. EMPRESA.
PRODUCTIVIDAD. RIESGO.
VIABILIDAD. EMPLEABILIDAD.

LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO

Luis Felipe Aguinaga Baro

SUMARIO

A lo largo del presente trabajo de investigación, se arribó a priori a conclusiones que permiten sentar las bases para la integración de ambas normas como un sistema jurídico societario único. En primer lugar se acordó que la sociedad por acciones simplificada resulta ser una sociedad y no otro negocio jurídico. También se acordó que la SAS es un nuevo tipo societario creado por fuera de la LGS, con las implicancias que ello trae aparejado. Respecto a la ley aplicable, el artículo 150 CCyC es claro al sostener que resulta de aplicación directa las normas de la ley especial por sobre el resto del ordenamiento jurídico. La LACE hace una remisión expresa que permite la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGS en cuanto concilien con las de aquella. Remisión que no resulta clara dada la condición exigida y que permite diversas interpretaciones sobre la aplicación de la Ley General de Sociedades a las sociedades por acciones simplificadas. Analizada la normas, se concluyó que la aplicación supletoria referida en el artículo 33 LACE no indica que las disposiciones de las LGS son supletorias, sino que supletoriamente será de aplicación todas sus normas, imperativas y dispositivas, en caso de ausencia de regulación en la LACE. Sin embargo, la condición impuesta por la norma en análisis respecto a que las disposiciones deban conciliar con las normas de la LACE, obliga a que aquellas sean compatibles con el espíritu y los fines de las sociedades por acciones simplificadas.

La sociedad por acciones simplificada como sociedad

La sociedad por acciones simplificada fue introducida por la Ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor como un nuevo tipo societario. Esta fórmula de incorporación prevista en su artículo 33, remite directamente a la Ley General de Sociedades como un nuevo tipo a los ya previstos en la ley especial que regula las sociedades en nuestro sistema jurídico.

Esta referencia implícita que mantiene con la Ley General de Sociedad, indica que la sociedad por acciones simplificada no resulta ser un negocio jurídico distinto a una sociedad. En principio, posee los mismos elementos señalados en el artículo 1 de la LGS como rasgo común a todo tipo societario existente en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: la forma organizada, los aportes y la participación en los beneficios y pérdidas. La constitución de una sociedad por acciones simplificada (SAS), impone como requisito la existencia de los elementos mencionados, toda vez que la misma ha sido concebida por el legislador como un nuevo tipo societario, es decir, una sociedad.

Ahora bien, se entiende que lo afirmado en el párrafo anterior no admite argumentos en contra, sin embargo, no se pierde de vista la circunstancia que la SAS es un nuevo tipo societario creado por fuera de la Ley General de Sociedades, con las virtualidades que ello trae aparejado, las que serán motivo de análisis en el presente trabajo.

Algunos autores entienden que el legislador optó por la técnica legislativa de concebir a la SAS de forma autónoma y permitir la creación de un microsistema autónomo y auto-

suficiente, vinculado estrechamente al sector emprendedor.¹ Afirman también que al momento de proyectar la SAS, su tipo y sus características colisionan con el régimen general de la Ley 19.550.² De la misma manera, se invoca la autonomía legislativa y el ecosistema emprendedor como fundamentos para evitar la aplicación de las normas de la LGS a la sociedad por acciones simplificada. No se comparte esta postura. Tal como se demostrará a lo largo de la presente investigación, acarrea mayores inconvenientes pretender esquivar la aplicación de la LGS que integrar ambas normas como parte del sistema societario.

Concebida la SAS como una sociedad y no otro negocio jurídico, los socios se obligan a realizar aportes como contrapartida al derecho de participar en los beneficios de la sociedad por el desarrollo de una actividad económica, a la cual le otorgan una forma organizada para el cumplimiento de su objeto y frente a la cual asumen el riesgo común de soportar las pérdidas. Este riesgo común que consiste en la asunción de los resultados de la actividad económica de la sociedad, es decir, la participación en los beneficios por parte de los socios soportando las pérdidas, se traduce en el rasgo distintivo entre la sociedad y cualquier otro negocio jurídico. Ahora bien, la manera en que se equilibra el riesgo común entre los participantes, resulta fundamental a la hora de conceptualizar el negocio jurídico que se pretende desarrollar como sociedad. Sobre este punto se profundizara oportunamente.

Finalmente, aceptada la SAS como un nuevo tipo societario dentro del sistema jurídico societario de nuestro país, resta definir cuál es la ley que le resulta aplicable. En su condición de persona jurídica privada, el artículo 150 CCyC que establece el orden jerárquico de aplicación de las normas para las personas jurídicas privadas, dispone en primer lugar la aplicación de las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, las del Código Civil y Comercial de la Nación; luego la aplicación de las normas del acto constitutivo y de los reglamentos; y finalmente dispone la aplicación de las normas supletorias de la ley especial, o en su defecto, por las normas supletorias del Código Civil y Comercial. Así las cosas, es menester identificar entre la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor y la Ley General de sociedad, como se relacionan ambas normas a los fines de determinar la ley especial indicada por la norma citada. Asimismo, se impone dilucidar si las normas legales pueden ser dejadas de lado por las partes en el instrumento constitutivo, y si esto resulta afirmativo, en qué casos.

Para completar lo expuesto en el párrafo anterior, es necesario advertir que existen normas imperativas en la LGS con sustento en el interés general, en sentido estricto, en el interés de los terceros de buena fe contratantes de manera voluntaria o no con la sociedad, las que consideramos indisponibles e irrenunciables por las partes. Además existen normas imperativas que regulan aspectos vinculados a derechos de los socios y al normal funcionamiento de la sociedad, que si bien no resultan disponibles por las partes por su carácter de imperativas, pueden ser renunciadas por los socios al momento de aplicarlas. Y finalmente, existen normas supletorias, disponibles por las partes, que los socios pueden dejar de lado de común acuerdo y por vía contractual.

Y respecto a la posibilidad de incorporar normas legales en el instrumento constitutivo que sean contrarias a las normas imperativas de la LGS, se anticipa que no se acepta tal

¹ Ramírez, Alejandro, La regulación de la SAS por fuera de la Ley General de Sociedad, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 914.

² Ramírez, Alejandro, La regulación de la SAS por fuera de la Ley General de Sociedad, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 914.

posibilidad. Algunos autores aceptan la inclusión disposiciones contrarias a las normas imperativas de la LGS en función de si se trata de derechos de los socios o de terceros. Así cuando una norma tiene como objetivo proteger al socio, puede ser dejada de lado y dar paso a lo que se convenga en contrario. En cambio, si se procura proteger a un tercero, no puede ser contrariada por cláusula estatutaria alguna.³ No se comparte esta opinión dada la dificultad de establecer cuando el destinatario de la disposición puede ser un socio o un tercero. Al respecto, se sostiene la negativa en cuanto a la posibilidad de contradecir normas imperativas de la LGS en el instrumento constitutivo.

Aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades a la SAS

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor contiene tres remisiones expresas a la Ley General de Sociedades que indican su aplicación supletoria. La primera remisión de aplicación supletoria sujeta a una condición y las dos restantes resultan ser directas. Asimismo, tal como se explicó *ut supra*, existe una remisión implícita al artículo 1 LGS cuando se define a la SAS como un nuevo tipo societario.

En orden a lo manifestado, el artículo 33 LACE dispone que supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, en cuanto concilien con las de esta ley. Luego, en materia de órganos, el artículo 49 LACE dispone que los órganos de la sociedades 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. A su vez, dentro de la organización de la sociedad la LACE realiza dos menciones directas: la primera referida a la responsabilidad de los socios (artículo 52 LACE), y la otra en materia de fiscalización (artículo 53 LACE). Y finalmente, la tercera remisión expresa cuando refiere a la disolución y liquidación de las sociedades, establece que las mismas se disuelven además por las causales previstas en la Ley General de Sociedades, y que la liquidación se realizará conforme a las normas de la Ley General de Sociedades.

Prevista de esta manera en el cuerpo de la LACE la aplicación supletoria de la Ley General de Sociedades, es dable realizar un análisis reflexivo sobre lo narrado anteriormente. En primer lugar se debe destacar que las normas que refieren a la aplicación supletoria de la LGS no son claras. Ellas dan lugar a diversas interpretaciones sobre cómo y cuándo deben aplicarse las normas y en qué condiciones. Esta falta de claridad sobre la vigencia de las normas de la LGS, ha llevado a algunos autores a sostener la no aplicación de las disposiciones de esa norma en la SAS, como así también, en el otro extremo, algunos autores defienden la existencia de normas imperativas en la LGS, que no podrían ser dejadas de lado por los socios de la SAS. Así planteada esta cuestión y previo a proponer una solución, resulta necesario aclarar conceptos y fijar algunas bases para ser tomadas como punto de partida. La SAS es un nuevo tipo societario donde prima la autonomía de la voluntad como principio rector. Sin embargo, ese principio de la autonomía de la voluntad no reviste el carácter de absoluto. La buena fe y el ejercicio abusivo de los derechos aparecen como limitantes a priori de la autonomía de la voluntad. Y como segunda barrera, se anticipa que una interpretación integrada de ambas normas como sistema normativo societario sirve como principio orientador de la autonomía de la voluntad.

³ Fabier Dubois, Eduardo, La Sociedad por Acciones Simplificada y el Sistema Societario. Cuatro preguntas y el miedo a la libertad, La Ley Online, AR/DOC/1158/2018.

La fórmula prevista en la LACE para relacionar ambas normas prevé la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGS en cuanto concilien con las normas de la LACE. Es menester descubrir la voluntad que tuvo el legislador al redactar la norma. Resulta clave interpretar el sentido que este le dio al concepto de supletoriedad, así como también comprender que significado posee la expresión “en cuanto concilien con las de esta ley”.

En una primera interpretación se cree que la aplicación supletoria refiere a la operatividad de las disposiciones de la LGS cuando no existe una norma expresa en la LACE, como complementaria la primera de la segunda y ante el silencio de esta última. Una segunda interpretación nos obliga a revisar si la aplicación supletoria refiere a la facultad que tienen los socios de apartarse de las normas de la LGS en el instrumento constitutivo. No existen dudas al respecto cuando hay colisión entre una norma de la LACE y las disposiciones de la LGS, primando las primeras por sobre las segundas, que solo son supletorias en caso de silencio en la LACE.

Ahora bien, a los fines de determinar el sentido de la aplicación supletoria, en primer lugar se debe afirmar que la aplicación supletoria refiere a todas las disposiciones de la LGS, tanto las normas imperativas como las supletorias, con la diferencia, y en esto se adelanta la solución a proponer, que las normas supletorias pueden ser dejadas de lado por los socios en el instrumento constitutivo pero no así las imperativas. En segundo lugar, se advierte que el artículo 33 LACE no indica que la LGS es supletoria, sino que se aplica supletoriamente.⁴ Cuando una norma es supletoria se entiende que las partes pueden apartarse de ella y disponer algo contrario, en cambio, al disponer la norma en análisis que la LGS se aplica supletoriamente significa que rigen las normas de la LACE por sobre las disposiciones de aquella, y que en caso de ausencia de regulación o silencio, se aplican las normas de la LGS que complementan a la LACE.

Finalmente, para comprender el sentido que posee la expresión “en cuanto concilien”, se debe determinar primeramente cual es el significado del vocablo “conciliar”. Según la Real Academia Española, conciliar significa “poner de acuerdo a dos o más personas entre sí y hacer compatibles cosas opuestas entre sí”. Si bien las normas en cuestión no son opuestas dado que ambas tratan sobre la misma materia, la LACE exige para la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGS que estas últimas sean compatibles con aquella. Y aquí nace un nuevo interrogante respecto a que debe ser compatible entre las dos leyes; se refiere a que la materia se encuentre regulada en ambas normas, aunque sea de manera genérica en la primera lo que obliga a recurrir a la LGS, o hace referencia a los fines de la ley, al espíritu que esta contiene, a la intención que tuvo el legislador al momento de sancionarla. Si optamos por esta última idea, por la que se entiende que conciliar requiere hacer compatibles ambas normas respecto a sus fines y su espíritu, es necesario acudir a elementos interpretativos a los efectos de lograr una integración entre ambas leyes. Es decir, que las normas de LGS podrán ser de aplicación a la SAS en la medida que concilien con los fines y el espíritu de la LACE.

Problemática en la integración de ambas normas

Como se explicó al comienzo del presente trabajo, dista de ser pacífica la aplicación de las disposiciones de la LGS en las sociedades por acciones simplificadas. La falta de claridad en la LACE respecto a la remisión y aplicación supletoria de las normas de la LGS, ha dado lugar a diversas interpretaciones. Parte de la doctrina rechaza la aplicación de la misma en las sociedades

⁴ Messina, Gabriel y Sánchez Herrero, Pedro, *Autonomía y eficiencia de las Sociedades por Acciones Simplificada*, Buenos Aires, La Ley 2018-C, 938.

por acciones simplificadas, mientras que algunos autores defienden la existencia de normas imperativas en la LGS que no pueden ser dejadas de lado en la constitución de una SAS. Los que propugnan la no aplicación de las disposiciones de la LGS en las sociedades por acciones simplificadas, argumentan que la SAS es un tipo societario vinculado estrechamente al apoyo del sector emprendedor, por lo que legislador optó por otorgarle autonomía legislativa y, de esta manera, permitir la creación de un microsistema normativo autónomo y autosuficiente con principios propios.⁵ Que su tipo y sus características colisionan con el régimen general de la Ley 19.550.⁶ Sostienen además que la LACE posee un principio rector basado en la autonomía de la voluntad contra el rigorismo formal y publicista de la LGS. Aun cuando se aceptare la aplicación supletoria de la LGS en las SAS, esta deberá realizarse teniendo en cuenta los principios jurídicos inspirados en la LACE, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad teniendo únicos límites a la seguridad jurídica del derecho mercantil, la protección de los derechos de terceros y la sanción de todo fraude o uso indebido de la norma.⁷ Incluso han propuesto la incorporación de una cláusula de no aplicación de la Ley General de Sociedades en la SAS.⁸

En el otro lado, existen autores que defienden la aplicación de las disposiciones de la LGS en las sociedades por acciones simplificadas. Algunos argumentos resultan ser la interpretación exegética de la propia norma, la cual indica en su artículo 33 LACE la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGS. También se sostiene que reconocer a la SAS como una sociedad, exige admitir que, en la medida necesaria para interpretar esa concepción, la LGS se integra en forma directa, no subsidiaria, con la ley 27.349. De tal modo, no solo se aplican a la SAS los artículos 1 y 13 LGS, sino también sus derivados.⁹ Afirman también, en materia de estructura orgánica, como en lo concerniente a la determinación de los derechos de los socios, que si bien quedó librado a la autonomía de la voluntad, en caso de vacío contractual, debe suplirse con las regulaciones de la LGS.¹⁰ Finalmente, plantean que todas las normas del Capítulo I de la ley 19.550 son aplicables a las SAS tal como lo son a los otros tipos societarios. Y agrega este autor que la expresión “supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de sociedades”, no significa que las normas de esta sean supletorias.¹¹

Descriptas las corrientes interpretativas sobre la aplicación de la LGS en las sociedades por acciones simplificadas, se propondrá una solución basada en la integración de ambas normas como un único sistema jurídico societario.

Integración de ambas normas como ley especial

A lo largo del presente trabajo de investigación, se acordó en primer lugar que la sociedad por acciones simplificada resulta ser una sociedad y no otro negocio jurídico. También se

⁵ Ramírez, Alejandro, La regulación de la SAS por fuera de la Ley General de Sociedad, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 913.

⁶ Marzorati, La renovación societaria en una ley para emprendedores. La génesis de la SAS, ED, 272.

⁷ Hadad Lisandro, Ud. debería confiar en que aquellos que arriesgan su propio dinero hagan los cálculos adecuadamente..., XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 999.

⁸ Hadad Lisandro, Incorporación de la cláusula de no aplicación de la Ley General de Sociedades para la organización jurídica interna de la SAS, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 995.

⁹ Villanueva, Julia, La SAS como sociedad y sus implicancias normativas, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 975.

¹⁰ Villanueva, Julia, Acerca de la improcedencia de aplicar a la SAS las normas imperativas de la ley 19.550, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 981.

¹¹ Sánchez Herrero, Pedro, Autonomía de la voluntad y normas imperativas en la sociedad por acciones simplificada, XIV Congreso Argentino y X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, año 2019, p. 1005.

determinó que la SAS es un nuevo tipo societario creado por fuera de la LGS, con las implicancias que ello trae aparejado. Respecto a la ley aplicable, el artículo 150 CCyC es claro al sostener que resultan de aplicación directa las normas de la ley especial por sobre el resto del ordenamiento jurídico. La LACE hace una remisión expresa que permite la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGS en cuanto concilien con las de aquella. Remisión que no resulta clara dada la condición exigida y que permite diversas interpretaciones sobre la aplicación de la Ley General de Sociedades a las sociedades por acciones simplificadas. Analizada la normas, se concluyó que la aplicación supletoria referida en el artículo 33 LACE no indica que las disposiciones de las LGS son supletorias, sino que supletoriamente será de aplicación todas sus normas, imperativas y dispositivas, en caso de ausencia de regulación en la LACE. Sin embargo, la condición impuesta por la norma en análisis respecto a que las disposiciones deban conciliar con las normas de la LACE, obliga a que aquellas sean compatibles con el espíritu y los fines de las sociedades por acciones simplificadas. En este estado, negar la aplicación de la LGS a las sociedades por acciones simplificadas con excusas como que la SAS se reguló por fuera de la misma, que su principio rector es la autonomía de la voluntad y limitar su campo de acción al microsistema emprendedor, puede conducir a resultados más injustos y desfavorables para las partes que si aceptamos la aplicación de la misma. La ausencia de las disposiciones y principios rectores de la LGS, aun con las modificaciones que se reclaman sobre la misma, reclamo con el que se coincide, podría avalar que los derechos de los socios, pero por sobre todo de los terceros, queden sin protección en algunas circunstancias. Con ello no solo se hace referencia a normas como el artículo 1 y 13 LGS, sino también a disposiciones como el artículo 54 LGS, es decir, negar la aplicación de esta norma limitaría la facultad que tienen los socios y terceros para imputar conductas a sujetos distintos en caso de actuación con fines extra societarios. Y no solo se hace referencia a este caso, sino que se detectan un sin número de situaciones como lo son, entre otras, la exclusión del socio cuando no se encuentre prevista en el instrumento constitutivo, o el derecho de receso, o la resolución parcial por muerte del socio, que normas aplicaríamos frente a los herederos del causante.

Ahora bien, aun aceptando la aplicación de la LGS si nada prevé el instrumento constitutivo, surge un nuevo interrogante respecto de cuáles son las normas que debemos aplicar de manera supletoria. Haciendo referencia al caso mencionado en el párrafo anterior sobre la muerte del socio, se cuestiona cuáles son las normas que se deben aplicar a los efectos de arribar a una solución. Se puede pensar que por ser una sociedad accionaria se aplican las normas de la sociedad anónima, por lo tanto, los herederos se incorporan a la sociedad, o se podría afirmar que corresponde la aplicación del artículo 155 LGS que requiere la existencia de un pacto de incorporación y frente a la ausencia de este pacto opera la resolución parcial de la sociedad. Sobre este dilema interpretativo, es intención realizar también una propuesta integradora de ambas leyes.

Lejos de propugnar la no aplicación de las disposiciones de la LGS, se intentará implementar un sistema de interpretación que permita integrar ambas normas como la ley especial aplicable a las SAS. Dicho sistema se sustentará en cuatros estamentos o niveles interpretativos que permitirán aplicar las disposiciones de la LGS de manera compatible con las normas de la LACE, cuando exista silencio o falta de regulación en esa ley o en el instrumento constitutivo. Dos estamentos o niveles de análisis *ex ante*, que si bien el análisis es posterior y a cargo de un juez, la integración se interpreta al momento en que se redactó el instrumento constitutivo, y los otros dos de aplicación *ex post*, mediante la integración supletoria del ordenamiento

jurídico en cada caso concreto frente a la ausencia de regulación. De esta manera, se planea lograr dos objetivos, el primero consiste en obtener instrumentos constitutivos que no contraríen normas imperativas y normas vinculadas con su calidad y naturaleza de sociedad; y como segundo objetivo, se plantea arribar a soluciones mediante la aplicación supletoria de la LGS de manera compatible con la LACE, en caso de silencio o ausencia de regulación frente a las circunstancias que puedan darse durante la vida de la SAS.

A los fines de comenzar el andamiaje por el sistema interpretativo a proponer, conviene recordar que la aplicación supletoria prevista por el artículo 33 LACE, hace referencia a todas las normas de la LGS en cuanto concilien con las de aquella ley. Por tal motivo, no se descarta la aplicación de las normas imperativas de la LGS, las cuales, lejos de concebirlas como un obstáculo para las sociedades por acciones simplificadas, se constituyen en un principio orientador de la autonomía de la voluntad, que tiene un gran campo de acción en la organización interna de la SAS.

En virtud de lo expuesto, tales normas no pueden ser inobservadas por los socios en el instrumento constitutivo al momento de constituir la sociedad o en sus posteriores reformas. No se coincide con los autores que priorizan las normas del instrumento constitutivo respecto a las de la ley 19.550. La sola consideración de la SAS como sociedad y no como otro negocio jurídico, dada la remisión implícita a la LGS como nuevo tipo societario, impone la aplicación a priori de todas aquellas disposiciones relacionadas con su carácter y naturaleza de sociedad, su condición de sujeto de derecho y las referidas a su organización interna respecto a competencias, funciones y responsabilidad. Ellas son normas imperativas y no disponibles por las partes, tal como fueron conceptualizadas en el presente trabajo de investigación, que si bien pueden ser renunciadas al momento de aplicarlas, las mismas no pueden ser renunciadas a priori por las partes. Por tal motivo, no podrán incluirse en el instrumento constitutivo disposiciones o cláusulas que contraríen las normas descriptas. Primer nivel o estamento *ex ante* del sistema de integración de las normas.

Asimismo, como se manifestó oportunamente, la amplitud de la autonomía de la voluntad como principio rector en la SAS, no puede ser concebida de manera absoluta. Un primer limitante como orientador de la autonomía de la voluntad se analizó en el párrafo anterior como primer estamento *ex ante* de integración. Ahora bien, siguiendo esta línea de análisis, encontramos como segundo nivel *ex ante* del sistema de integración a la buena fe y el abuso del derecho. Ambos principios consagrados en el Código Civil y Comercial de la Nación, impiden el apartamiento y la desviación de la autonomía de la voluntad por parte de los socios en las SAS. Funcionan como dos principios orientadores de la autonomía de la voluntad, toda vez que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y, por su parte, el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación que contraríe los fines del ordenamiento jurídico o exceda los límites de la buena fe, la moral y las buenas costumbres no resulta amparado por la ley.

Resuelta la integración *ex ante* de las normas de la LGS, toca ingresar en el análisis estricto de la aplicación supletoria de las disposiciones de la LGS. Dos aclaraciones previas, la primera consiste en que tal integración se plantea *ex post*, es decir, luego de la constitución de la sociedad y durante la vida de la sociedad, y en segundo lugar, se aplica exclusivamente en caso de silencio o ausencia de regulación en la LACE o en el instrumento constitutivo.

Como primer estamento o nivel de interpretación *ex post*, se propone acudir a la tipología de la SAS. Se piensa acertado hablar de tipología y no de tipicidad. Embid Irujo entiende que ambos términos son diferentes. La tipicidad sugiere de inmediato un conjunto cerrado de formas jurídicas previstas en la ley, mientras que la tipología se conecta a un ámbito

abierto, donde además de contar con la existencia de tipos normativamente regulados se aspira comprender su puesta en práctica gracias a la aportación derivada de la libertad contractual. En virtud de ello, a los efectos del sistema de interpretación que se propone, se hace referencia a la tipología como el conjunto de elementos tipificantes que la SAS posee y de las características de sus componentes. Tener en claro la composición de la sociedad y sus características, permiten integrar ambas normas de forma compatible o conciliada en cada caso concreto y ante la falta de regulación de alguna cuestión.

A modo ilustrativo se propone el siguiente ejemplo: si se está en presencia de una SAS cerrada que se dedica a la elaboración de productos cuya receta viene de una tradición familiar secreta, los socios de la sociedad pertenecen a la propia familia, y estos omiten dar tratamiento adecuado a la transmisibilidad de las participaciones societarias en el instrumento constitutivo. Entonces, frente a la falta de regulación contractual del derecho de preferencia y el silencio de la LACE sobre este tema, una alternativa posible consiste en inclinarse por la libre transmisibilidad de las acciones, dado que la SAS es una sociedad accionaria, o bien, considerando la tipología de la sociedad resulta más acertado reconocer el derecho de compra preferente de los socios y aplicar las disposiciones de la sociedad de responsabilidad limitada. Se opta por esta segunda solución, aun teniendo en cuenta la composición accionaria del capital en la SAS, cuya solución directa pero no así la más justa nos llevaría a convalidar cualquier transferencia de las acciones, aun sin el consentimiento del resto de los socios.

Y sobre la base fáctica del ejemplo detallado en el párrafo anterior, una solución distinta se alcanza en el supuesto de la incorporación de herederos. En este caso, frente a la falta de regulación en el instrumento constitutivo de la muerte de un socio, si se aplican las normas de sociedad de responsabilidad limitada, ante la falta de previsión de un pacto de incorporación, opera la resolución parcial de la sociedad, y por ende, los herederos del socio fallecido no se incorporan a la sociedad. Ahora bien, si analizamos la tipología societaria y sus características, sociedad de familia que explota una tradición familiar secreta, resulta más acertado aplicar las normas de la sociedad anónima que permite la incorporación de los herederos. En este caso la solución nos remite a las normas de otro tipo societario.

Finalmente, como segundo nivel de interpretación *ex post* para lograr la integración de ambas normas como ley especial societaria de las sociedades por acciones simplificadas, se propone analizar e interpretar el negocio que se encuentra por debajo de las SAS, lo que sumado al nivel anterior, permitirá la aplicación supletoria de la LGS de una manera compatible con las normas y previsiones contractuales de la SAS.

Tal como se expone desde el comienzo del presente trabajo de investigación, la SAS no puede ser analizada e interpretada a la luz de los principios de la LGS. Este nuevo tipo societario flexible, con gran campo de acción de la autonomía de la voluntad, requiere de soluciones flexibles y acorde a los elementos descriptos respecto a la composición de la sociedad, como así también a las características del negocio subyacente. Seguramente, frente a una misma circunstancia, la solución no será la misma en una SAS familiar cuya actividad consista en la descrita *ut supra*, que en una SAS de gran concentración de capital, con accionistas-inversores. En virtud de ello, cada caso concreto además de analizar los elementos que componen la sociedad, como primer estamento de interpretación *ex post*, requiere interpretar el negocio al que la sociedad se dedica como segundo nivel de interpretación *ex post*, a los fines de arribar a una aplicación supletoria de la LGS que concilie con las normas y el espíritu de la SAS. De esta manera, se puede afirmar que la integración de ambas normas, de forma compatible, constituye la ley especial de aplicación a las SAS, conforme lo indica el artículo 150 CCyC.

LA UNIPERSONALIDAD SOBREVINIENTE EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Luis Felipe Aguinaga Baro

SUMARIO

La Ley 26.994 modificó el artículo 94, inciso 8, de la Ley General de Sociedades, que establecía la reducción a uno del número de socios como causal de disolución de la sociedad, suprimiéndolo de las causales enumeradas por la norma. Además incorporó el artículo 94 bis que establece que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.

La primera parte del mencionado artículo 94 bis establece el principio general en materia de unipersonalidad derivada, quitándole efecto disolutorio a la reducción a uno del número de socios. Clara resulta ser la situación para el caso que las sociedades mencionadas en el artículo reduzcan a uno el número de socios, viéndose éstas sociedades que tiene dos categorías de socios obligadas a realizar la transformación de pleno derecho que impone la norma si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.

Sin embargo, la redacción del artículo es defectuosa y contiene un vacío legal respecto de la reducción a uno del número de socios para el caso de la sociedad colectiva y la sociedad de responsabilidad limitada. También entendemos que el mismo inconveniente se presenta frente a la simple sociedad anónima, aquella que no presenta órgano de fiscalización y que además deberá adecuar la denominación social a la exigencia impuesta por el artículo 164 LGS.

Por medio del presente trabajo de investigación se intentará proponer una alternativa para el caso que una sociedad de los tipos omitidos por el artículo 94 bis reduzca a uno el número de sus integrantes, no realice la transformación impuesta por la norma en sociedad anónima unipersonal y en el término de tres meses no decida otra solución. Se arriba a la conclusión que la sociedad puede continuar plenamente vigente, como una sociedad regular, con las reglas de su tipo y sin necesidad de recomponer la pluralidad de sus miembros.

Planteo

La Ley General de Sociedades introdujo en el año 2015 la figura de la unipersonalidad en nuestro sistema jurídico societario. Su incorporación, lejos de ser pacífica, dejó atrás casi un siglo de debates y discusiones. Sin embargo, la forma en que la sociedad unipersonal se incluyó a nuestro sistema normativo no tuvo los efectos esperados por aquellos que ansiaban su entrada en escena. A ello debemos sumar los desencuentros entre el anteproyecto de reforma y el proyecto definitivo elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso.

El anteproyecto de reforma a cargo de los Dres. Manovil, Richards y Roitman, elaboró una norma bajo el principio general "libertad bajo responsabilidad"¹, a través de la cual propuso la incorporación de la sociedad unipersonal aplicable a todos los tipos societarios que no

¹ Richards, Efraín Hugo, La Unipersonalidad en el Proyecto de Ley General de Sociedades, El Derecho Societario y de la Empresa en el Tercer Milenio, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pag. 321.

requieren dos categorías de socios.

La Comisión de Reformas, integrada por los Dres. Kemelmajer, Highton y Lorenzetti, recepcionó la norma y sus fundamentos casi literalmente: “Se receta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de la responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple.”²

Sin embargo, es el Poder Ejecutivo quien finalmente modificó sustancialmente el proyecto de reforma al elevarlo al Congreso de la Nación, dándole un enfoque con mayor rigor formal, introduciendo modificaciones respecto al tema de la unipersonalidad constitutiva y derivada. Principalmente, la existencia de la sociedad unipersonal quedó limitada a la forma de sociedad anónima unipersonal (SAU). Se advierte aquí, que la desafortunada modificación introducida por el Poder Ejecutivo, restringió el campo de acción de la sociedad unipersonal, condenándola a un flamante fracaso.

Se entiende que resultan mayores los desaciertos que las virtudes al analizar la adopción de la unipersonalidad bajo la forma de sociedad anónima unipersonal, cargada ésta de requisitos incompatibles con el empresario individual. Ello se ve plasmado no solo por el poco o casi nulo rodaje que tuvo esta figura, que tiene su certificado de defunción con la aparición de la sociedad por acciones simplificada en su versión unipersonal, sino también por las dificultades interpretativas que advertimos en sus normas.

Es sobre esta última afirmación sobre la que queremos profundizar en el presente trabajo, acerca de las dificultades interpretativas del ingreso de la unipersonalidad en nuestro sistema societario, tal como quedó redactado el proyecto definitivo de reforma, en especial referido al artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades, donde se trata el tema de la unipersonalidad sobreviniente.

El artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades

La Ley General de Sociedades previó expresamente en la incorporación del artículo 94 bis que la reducción a uno del número de socios no constituye una causal de disolución. La unipersonalidad derivada no acarrea la disolución del ente, como lo imponía anteriormente el inciso 8 del artículo 94 de la LGS, el cual quedó derogado luego de la reforma.

El actual artículo 94 bis LGS, expresamente dispone que *“La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres meses”*.

La primera parte de la norma establece el principio rector del asunto. Dispone que la reducción a uno del número de socios en una sociedad no resulta ser una causal de disolución y, por lo tanto, no coloca a la sociedad en estado de liquidación. Del juego interpretativo entre el artículo 1 y el 94 bis LGS, podemos afirmar que la sociedad no queda extinguida al quedar reducido a uno el número de sus socios.

Sin embargo, la norma introducida por la reforma del año 2.015 continúa su redacción imponiendo la transformación de pleno de derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal. A simple vista son varias las cuestiones que se pueden analizar de esta segunda parte del artículo en cuestión,

² Richards, Efraín Hugo, La Unipersonalidad en el Proyecto de Ley General de Sociedades, El Derecho Societario y de la Empresa en en Tercer Milenio, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas.

en especial lo referido a la transformación de pleno derecho y la omisión de algunos tipos societarios en el texto de la norma.

Finalmente, el artículo 94 bis termina su redacción estableciendo un plazo de tres meses para que la sociedad pueda decidir otra solución, bajo pena de disolución. En sentido estricto, el plazo de tres meses que merece análisis en cuanto a su operatividad.

La transformación de pleno derecho

El artículo 94 bis establece la transformación de pleno derecho para las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal. De este precepto se pueden extraer algunas observaciones que se analizarán a continuación. La expresión “*de pleno derecho*” refiere a una consecuencia jurídica que se produce sin necesidad de que ocurra un hecho o un acto, sino que su consecuencia se produce por el mismo derecho. Es decir, que los efectos se producen sin requerimiento o instancia de parte, y que lo produce la misma norma jurídica independientemente de la voluntad de las personas, sin requerir el cumplimiento de formalidades previas tales como una intimación o un requerimiento o el transcurso de un plazo.³ Es decir, que la producción de un determinado efecto jurídico es independiente o prescindente de la voluntad y de la acción del o los sujetos comprendidos o alcanzados por tal efecto, de manera tal que, acaecido el hecho, conjunto de hechos o actos previstos por la ley, como presupuesto de la causación ipso iure de ese efecto, el efecto se jurídico se produce inexorablemente.⁴

De esta manera, parecería que se produce una especie de transformación automática que para esta opinión no existe. La transformación nunca opera en forma automática. Si bien la ley puede imponerla en determinadas circunstancias, se requieren una serie de actos por parte del socio único para llevarla a cabo (artículo 77 LGS), tales como: acuerdo unánime de los socios, confección de un balance especial, otorgamiento del acto que instrumente la transformación, publicación de edictos y, finalmente, la inscripción del instrumento con copia del balance.

Algunos autores entienden que “aunque la figura de la transformación de pleno de derecho no está legislada, ello significa que pasado los tres meses de la reducción a un socio, se le aplicaran directamente, en sus relaciones internas como externas, las normas de las sociedades anónimas unipersonales, sin necesidad de ningún acto societario interno ni registración alguna.”⁵

A pesar de esta postura, se ratifica la posición compartida en el párrafo anterior, entendiendo así que no existe la transformación de pleno derecho, atento a que una transformación requiere la redacción de instrumentos, la modificación estatutaria, emisión de acciones, conformación de órganos, previsiones estatutarias de su funcionamiento, designación de autoridades, todas situaciones que no pueden darse por cumplidas de pleno derecho. Por lo tanto consideramos que la redacción del artículo 94 bis en lo que aquí respecta es defectuosa y de cumplimiento imposible en la práctica.

Asiste a la razón de lo aquí afirmado, las conductas asumidas por los organismos registrales. La IGJ en su resolución 7/2015 impone en su artículo 202 el inicio del procedimiento de transformación ante este Organismo, y establece una serie de requisitos a cumplimentar por la sociedad. Asimismo, la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos

³ Carlino, Bernardo, La sociedad unipersonal en la Ley General de Sociedad.

⁴ Romero, Raul J., La enigmática Sección III del Capítulo I de la Ley General de Sociedades, SJA 02/12/2015, pag 9.

⁵ Rodríguez Aqarone, Pilar M. Personas Jurídicas en LXIX Seminario Teórico Practico Laureano Arturo Moreira, 2015, pag 11.

Aires prevé los requisitos para el trámite de la transformación societaria para el supuesto previsto en el artículo 94 de la Ley General de Sociedades n° 19.550.-

Como corolario de esta discusión, que según esta opinión se encuentra resuelta de manera clara, el artículo 94 bis LGS, no dispone ningún tipo de sanción —ni a la sociedad, ni al socio único— si vencido el plazo de 3 meses desde que sobrevino la unipersonalidad nada se decide. Ahora bien, si se tratare de una sociedad en comandita, simple o por acciones, o de capital e industria, deberán transformarse en sociedades anónimas unipersonales, tal como lo expresa la norma. En caso que no se adopte ese tipo, la sociedad deberá caer bajo la regulación de las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I (anómalas, informales, atípicas o conforme proyecto reforma Ley 19.550.- sociedad simple), por carecer de uno de sus requisitos esenciales tipificantes, como es el mantenimiento de las dos categorías de socios (artículo 17 LGS). El socio único responderá frente a terceros en forma simplemente mancomunada, pero en forma subsidiaria respecto de la sociedad.

Como bien se adelantó, aun en el caso que se tratare de una sociedad anónima la transformación de pleno derecho no opera. Esta seguirá bajo este tipo societario, pero deberá adaptarse a las exigencias del artículo 299 LGS y cambiar su denominación a S.A.U. En caso que nada hiciera el socio único, no se piensa que la misma deba regirse por las normas de la Sección IV del Capítulo I de la ley, sino que será pasible de las sanciones del artículo 302 LGS y sus directores y síndicos responsables en los términos del artículo 305 LGS.

El plazo de tres meses

Como se adelantó en el planteo del problema objeto de análisis en el presente trabajo, se considera que la redacción final del artículo 94 bis LGS, con respecto al plazo de tres meses otorgado a la sociedad, merece algunas reflexiones.

En primer lugar, se debe hacer referencia en cuanto a la operatividad de este plazo de tres meses, es decir, en qué momento es exigible la transformación de pleno derecho. Una postura considera que esa transformación de pleno derecho es exigible en el momento que la reducción a uno del número de socios se produce, otra posición afirma que dicha transformación opera una vez transcurrido el plazo de tres meses.

Si se acepta la primera postura, donde la transformación de pleno derecho opera al momento de la reducción uno del número de socios, estaríamos en presencia de un plazo resolutorio. En este caso, si se decidiera otra solución dentro del término de tres meses, la transformación operada quedaría sin efecto.

Ahora bien, si por el contrario se acepta que la transformación de pleno derecho es exigible una vez vencido el plazo, se estaría en presencia de un plazo suspensivo de los efectos de la norma en estudio. Se encuentra más acertada esta interpretación, no solo porque se considera que es la solución que más se ajusta al instituto en análisis, sino porque además, surge de la redacción propia del artículo 94 bis LGS. La transformación es exigible si no se decidiera otra solución en el término de tres meses.

Asimismo, es dable hacer una aclaración en cuanto la responsabilidad del socio único durante el término de esos tres meses. Téngase en cuenta que el anterior artículo 94, inciso 8, de la LSC le imponía al único socio responsabilidad ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales contraídas durante los tres primeros meses y luego debía considerarse disuelta la sociedad. En el supuesto que nos ocupa, la sociedad podrá seguir funcionando con todas sus características propias del tipo, aún cuando su elenco de socios se vea reducido a uno y no se transformare ni tomare ninguna otra medida dentro de los tres meses de dicha reduc-

ción, no imponiendo la responsabilidad ilimitada y solidaria del socio único.

La S.R.L. devenida unipersonal

Continuando en el análisis, advertimos que el artículo 94 bis LGS nada dice en forma específica respecto a cuál es la suerte que corre la sociedad colectiva y la sociedad de responsabilidad limitada, constituidas originariamente en forma pluripersonal, en las que luego se verifica la situación sobreviniente de reducción a uno del número de sus socios.

Como primera aproximación, se sospecha que la omisión de estos tipos societarios responde a un olvido del Poder Ejecutivo en modificar el artículo 94 bis LGS en el texto que finalmente se elevó al Congreso, cuando se tomó la decisión de reformar el artículo 1 de la Ley, limitando la unipersonalidad a la forma de sociedad anónima unipersonal.

Siendo esta la causa o no, así redactada la norma es obligación de los operadores del derecho interpretar cuál sería el destino de los tipos omitidos en el artículo 94 bis LGS y cuáles serían sus efectos. La doctrina ha arribado a cuatro alternativas de interpretación posibles: La primera interpretación sostiene que dichas sociedades se disuelven con fundamento en lo prescripto por el artículo 163 inc. g) del Código Civil y Comercial de la Nación, al establecer que la persona jurídica se disuelve por la reducción a uno del número de sus miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses.⁶ La segunda solución, que postula la mayor parte de la doctrina, consiste en remitir la sociedad responsabilidad limitada y la sociedad colectiva que vean reducido a uno el número de sus socios a la Sección IV de la LGS, para ser consideradas sociedades simples, residuales, informales o atípicas.⁷

Otra alternativa que surge de la redacción de la norma, impone a tales sociedades la transformación de pleno derecho, por voluntad de su único socio, en una sociedad anónima unipersonal. Como se mencionó *ut supra*, algunos organismos de registro reglamentaron la transformación aludida en el artículo 94 bis LGS mediante el sistema clásico de transformación societaria prevista en los artículos 74 y ss. LGS.

Se propone otra alternativa para el caso que una sociedad de los tipos omitidos por el artículo 94 bis LGS reduzca a uno el número de sus integrantes, no realice la transformación impuesta por la norma en sociedad anónima unipersonal y en el término de tres meses no decida otra solución. Ella consiste en aceptar que la sociedad puede continuar plenamente vigente, como una sociedad regular, con las reglas de su tipo y sin necesidad de recomponer la pluralidad de sus miembros. Del juego armónico de las normas contempladas en la Ley General de Sociedades, permite concluir que las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada devenidas unipersonales continúan su vida jurídica regida por las normas propias del tipo y por su contrato social, en forma inalterada e ininterrumpida.⁸

Esta postura resulta ser la interpretación más ajustada a derecho, que brinda mayor seguridad al tráfico comercial, apunta a la continuidad de la empresa, y protege los intereses de los socios sin dejar de tutelar los derechos de los acreedores. Varios son los argumentos que podemos esbozar a favor de esta alternativa de solución que suscribimos.

En primer término, se observa que de la propia letra del artículo 94 bis de la LGS surge con claridad que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución. Ello

⁶ NISSEN, Ricardo Augusto, Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas, ED, diario del 07/07/2015, numeral 5.

⁷ Daniel VÍTOLO, Manual de Sociedades, Editorial Estudio, 2016.

⁸ MANOVIL, Rafael M. "Las sociedades devenidas unipersonales".

invierte por completo la solución que brindaba el derogado inciso 8 del artículo 94 LGS. En virtud de ello, ninguna sociedad se disuelve por la reducción a uno del número de miembros. A su vez, la definición de sociedad contenida en el artículo 1 LGS permite sostener que una estructura jurídica que tuvo pluralidad de socios, sigue siendo sociedad cuando queda un solo socio, dado que se permiten las sociedades de un solo socio.

Asimismo, advertimos que no resultan aplicables las normas sobre disolución contenidas en el artículo 163 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que por aplicación del orden prelativo de normas que contiene el artículo 150 de ese mismo cuerpo normativo, el cual dispone que es la ley especial la que tiene prioridad en la especie, por lo que resulta de aplicación la normativa prevista sobre la materia en la LGS.

En contra de la postura que está a favor de la liquidación de la sociedad, se interpreta también que la no disolución de la sociedad colectiva o de responsabilidad limitada devenida unipersonal, se apoya en los principios específicos del ordenamiento societario, sobre todo con el principio de conservación de la empresa establecido en el artículo 100 LGS.

Acreditado entonces que la sociedad colectiva o de responsabilidad limitada en ningún caso se disuelve, cabe desestimar los intentos de fijar soluciones distintas a la única que surge del régimen legal, que es la continuidad inalterada de la personalidad societaria.

La postura que afirma que la sociedades omitidas por el artículo 94 bis LGS deben transformarse de pleno derecho en sociedad anónima unipersonal, no advierte que esa consecuencia se encuentra prevista únicamente para las sociedades en comandita, simple o por acciones, y las de capital e industria, debido a que estos tipos societarios exigen dos categorías distintas de socios. En caso de reducir su número de integrantes a uno, y siendo este un requisito esencial tipificante, las mismas se encuentran obligadas a transformarse en SAU, salvo que el término de tres meses no decidan otra solución. Caso contrario, quedarán regidas por la sección IV del Capítulo I de la Ley 19.500.

Contra la interpretación que incluye a la sociedad colectiva o de responsabilidad limitada en la Sección IV del Capítulo I de la LGS, se puede afirmar que las disposiciones de esa sección se aplican exclusivamente a la etapa genética de constitución de la sociedad, nunca a situaciones sobrevinientes. A tal fin, se observa que el propio título de la Sección IV refiere a las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos. Al igual que su primer artículo, hacen hincapié en la constitución de las sociedades. Se piensa que la omisión de formalidades es atraída por esta sección cuando tiene que ver exclusivamente con el nacimiento de la sociedad y no con una que ya se encuentra girando en el mercado como sociedad regularmente inscrita.⁹

En la misma línea de ideas, se agrega como fundamento a la interpretación propuesta que el artículo 1 LGS dispone en su segundo párrafo que la sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima, refiriéndose exclusivamente al periodo fundacional de la entidad y no a la unipersonalidad sobreviniente. Las sociedades que nacen como sociedades de constitución plural, es decir, que no se establecen originariamente como sociedades unipersonales, sino que adquieren ese elemento en forma posterior, no se encuentran prohibidas por la Ley General de Sociedades, sino que conforme surge de una armónica e integral interpretación del sistema normativo societario vigente, tal situación se encuentra permitida. Es así que se entiende que la exigencia de adoptar el tipo societario de la

⁹ ZALDÍVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA, "Cuadernos de Derecho Societario", Abeledo Perrot, Vol. IV, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1978, p. 298/299.

sociedad anónima para una sociedad unipersonal, solo es un elemento exigido en la etapa constitutiva de la misma, autorizándose las sociedades unipersonales de manera sobreviniente para aquellos tipos que no están enunciados en el artículo 94 bis LGS, siendo estos la sociedad de responsabilidad limitada y la colectiva.

Finalmente, no se puede olvidar que las características del tipo subsisten aun en la liquidación de la sociedad, conforme lo establece el artículo 101 LGS, por lo que no se concibe que una circunstancia no prevista expresamente en la ley traiga como consecuencia la pérdida de la regularidad de una sociedad que no incumple sus requisitos de tipicidad.

Como corolario de lo aquí afirmado, se advierten algunas ventajas de la sociedad responsabilidad limitada en su versión unipersonal derivada, que aceptamos de creación sui generis. Una de ellas, resulta ser que la sociedad responsabilidad limitada devenida unipersonal no quedará alcanzada por lo previsto para la sociedad anónima unipersonal en el artículo 299, inciso 7, LGS. Es decir, no quedará sujeta a control estatal permanente ni tendrá la obligación de contar con una sindicatura, salvo que esta se encontrare alcanzada en el supuesto previsto por el inciso 2 del artículo 299 LGS.

Asimismo, conforme a lo anticipado en el presente trabajo, se advierte también que los terceros acreedores de la S.R.L. devenida unipersonal conservan también algunas ventajas, toda vez que el cambio de situación de pluralidad de socios a único socio importa la modificación del contrato social y requiere la correspondiente publicación e inscripción en el Registro Público. Ello permite a estos conocer la existencia de un solo socio en el momento de su contratación con la misma.

En virtud de lo expuesto, analizados los argumentos a favor de la tesis propuesta, se concluye que una sociedad de responsabilidad limitada devenida unipersonal, que ingresos originariamente en el mundo de la regularidad con su inscripción registral, cuya disolución no se encuentra prevista en la ley, no tiene otra alternativa que continuar operando con todas sus características del tipo y en plena vigencia de su condición de sujeto de derecho.

CONTRATOS ASOCIATIVOS Y SOCIEDAD

Tomás M. Araya

PONENCIA

Es necesario poder distinguir entre contrato asociativo y sociedad atento las diferentes consecuencias jurídicas de cada instituto, particularmente en nuestro derecho en que todas las sociedades son personas jurídicas, con la consiguiente separación patrimonial y sus efectos ante terceros.

En las relaciones informales, la distinción entre contrato asociativo y sociedad debe realizarse no a partir de la calificación o el nombre jurídico dado por las partes, sino de la indagación de los **hechos condicionantes** de cada instituto. La comprobación de si en los hechos condicionantes aparecen los **elementos configuradores** de uno u otro concepto jurídico, nos permitirá aplicar la **disciplina jurídica** aplicable a cada concepto.

La complicación, claro está, está en que algunos de los elementos configuradores de ambos institutos son similares, dado su raíz común. En ambos encontraremos (i) una relación duradera o estable; (ii) una cierta organización, que por supuesto será más tenue en las relaciones informales; (iii) un fondo o patrimonio común; y (iv) una comunidad de fin, que en la sociedad, se acentuará hacia una *comunidad de riesgo común*: los socios correrán el riesgo empresarial de manera conjunta, participando de manera integral de los beneficios y pérdidas.

Junto con el de *comunidad de riesgo común*, el principal elemento diferenciador, que no está en los contratos asociativos y sí deberá estar de manera manifiesta en la sociedad informal – para ser tal – es la **actuación externa conjunta** como un ente distinto de los socios. Si se demuestra a través de *hechos* que existió una *actuación externa conjunta*, una *exteriorización* como sociedad, se reduce el riesgo de que terceros (acreedores personales de los socios) puedan sufrir algún perjuicio por la separación patrimonial y la preferencia que la personalidad jurídica otorga a los acreedores sociales sobre los bienes sociales.

I.

La sociedad tiene – y siempre ha tenido – una indudable **raíz contractual**. Recordemos no solo su aparición en el derecho romano como contrato interno, sino su regulación en el *Code Civil* francés y a partir de ahí en nuestros códigos civil y de comercio que directamente se referían al “contrato de sociedad”. En la doctrina italiana a mediados del siglo pasado toma importancia la figura del “contrato plurilateral de organización” – y luego del “contrato asociativo”-, como figuras superadoras del contrato bilateral.

La dificultad está – y estuvo siempre – en que adicionalmente a ser un contrato, la sociedad – una vez configurada, para lo cual no requiere documento escrito - es (o genera) **un sujeto de derecho**, una persona jurídica, distinta de la de sus socios. Y precisamente una de las consecuencias jurídicas de estar ante una persona jurídica – a mi entender la principal consecuencia¹ – es la **separación de patrimonios**, la “tabicación patrimonial”, que ocurre ante el reconocimiento de la existencia de una persona jurídica².

¹ Para ampliar, ver Hansmann Henry y Kraakman Reinier “The essential role of organizational law”, *Yale Law Journal*, Vol. 110, No. 3 (Dec., 2000), págs. 387-440 (disponible en <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4603/110YaleLJ387.pdf?sequence=2>); y Alfaro Águila-Real Jesús, “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del derecho de sociedades”, *InDret* 1.2016 (disponible en https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1209_es.pdf).

² Ver, por todos, Richard Efraín Hugo, “Organización asociativa”, pag. 52, Zavallía, Buenos Aires, 1994; Palmero Juan Carlos, “Personalidad

Es una separación patrimonial total -respecto de los bienes sociales- **frente a los socios**, a los **acreedores personales de los socios** y a los **acreedores personales de los administradores de la sociedad**³. Ninguno de estos puede agredir los bienes sociales, lo que en los hechos implica una postergación en sus derechos de cobro respecto de los derechos de los acreedores sociales sobre estos bienes.

Si bien la separación patrimonial ocurre - en nuestro derecho - ante *todo* tipo de sociedad⁴, esta circunstancia genera menos tensiones cuando estamos ante una sociedad regular, debidamente constituida y registrada en el Registro Público. En efecto, por una decisión de política legislativa, asumimos que la sociedad inscripta (y por ende, la separación patrimonial que ella genera) se presume conocida por terceros, tal como ocurre con los derechos reales inscriptos.

Ahora bien, cuando nos encontramos con una sociedad que deriva de (o se origina en) una relación informal (es decir, no instrumentada y por supuesto tampoco inscripta) de dos o más personas en la cual estén presentes los elementos configuradores de la sociedad, la separación patrimonial que deriva de la existencia de la sociedad podrá provocar conflictos entre los acreedores sociales (es decir, del ente) y los personales de los socios.

II.

Como es sabido, la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 ("LSC") se organizó a través de la predominancia del modelo "societario regular típico", sancionando con la nulidad, lo atípico y permitiendo la posibilidad de extinguir o rescindir el vínculo a pedido de uno de los socios, ante los negocios irregulares o de hecho (hostilidad normativa)⁵.

Es verdad que la LSC reconoció a las sociedades de hecho personalidad jurídica, pero "*precaria y limitada*". Concordante con ello, se estableció la "separación patrimonial" reducida, que no alcanzaba a los bienes registrables y se ofreció un ámbito que podríamos llamar hostil (sin oponibilidad del contrato inter socios ni frente a terceros, con posibilidad de disolución de la sociedad⁶, con responsabilidad solidaria,), en el cual nadie quería estar⁷.

Sin embargo, la realidad tomó su propio camino, distinto del pensado por el legislador de 1972. Así, aun sin abandonar el paradigma del modelo "societario" como el principal, el legislador de 1983 debió flexibilizar el régimen de la sociedad de hecho. Junto con la mejora del régimen de la sociedad de hecho, se incorporaron los contratos de colaboración empresaria para dar seguridad de que esos contratos (cuanto menos, esos contratos) no iban a ser calificados como sociedades de hecho⁸.

dad", ponencia presentada en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, 1992 y "Relaciones entre contrato y personalidad" en Derecho económico empresarial, Estudio en homenaje al Dr. Héctor Alegría, La Ley, t. II, p. 1343, Buenos Aires, 2011. Ver también las conclusiones del V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba, 1992) (Comisión I.II. "Concepto de sociedad en el derecho moderno. Personalidad y tipicidad. Unificación del derecho societario argentino")

³ Cf. me Alfaro Águila-Real Jesús, ob. cit.

⁴ Para las sociedades informales, el artículo 26 LGS - bajo el título "Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios" - dispone: "Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables".

⁵ Ver Etcheverry Raúl B., "Sociedades irregulares y de hecho"; Ed. Astrea; 1981

⁶ La Exposición de Motivos de la ley 19.550 la denomina como "sociedad rescindible"

⁷ Para una crítica al método de la ley 19.550 puede verse Le Pera Sergio, "Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales"; La Ley, 1980-A; 750. La doctrina se ocupó de señalar el error de esta concepción, que presentaba a la opción societaria como la principal y a la contractual como la secundaria, contrariamente a la estructura jurídica propia de nuestro ordenamiento, según la cual el contrato es un término abarcador de la sociedad (Lorenzetti, Ricardo, "Contratos asociativos y "joint venture""; La Ley 1992-D, 789)

⁸ Zaldivar, Enrique y otros, "Contratos de colaboración empresaria", Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1989; Cabanellas, Guillermo y Kelly Julio, en "Contratos de colaboración empresaria", Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1987; Escuti Ignacio (h), "Sociedades", Astrea,

Llegamos así a 1987 y el proyecto de unificación, que incorpora del derecho italiano la figura de los “contratos asociativos”⁹ en un título especial con disposiciones generales (cap I) y un capítulo II con normas sobre “Sociedad”. Es decir ubicaba al contrato asociativo como “género”, de la cual la “sociedad” (que podía o no tener personalidad jurídica¹⁰) era una de sus especies. Este método es seguido por el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales del año 91, que no habla de Contratos Asociativos sino de “Negocios de Participación” pero que en esencia sigue el mismo sistema, al regular también dentro del género “Negocios de Participación” a la sociedad de hecho¹¹.

Si bien con algunas diferencias, el método es seguido por el Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión del Ministerio de Justicia del año 92 que vuelve al término “Contratos Asociativos” e incluye – ahora sí – como definición del concepto el mismo concepto que el Proyecto del 87 había utilizado para la “Sociedad”, tomada del Código Suizo de las Obligaciones¹². Con el Proyecto del 93 esta propuesta de modificación se deja de lado, y se adopta un nuevo método que separa ambos mundos, por un lado el contractual (que queda en el Código Civil¹³) y por el otro, el societario que continúa en la Ley de Sociedades, mejorando el régimen de la ley 19.550 para las sociedades de hecho.

La regulación propuesta -en esencia- luego se repite en el Proyecto del 98 y en el Anteproyecto del 2012, sancionado en el 2014 como Código Civil y Comercial (“CCC”):

- regula los Contratos Asociativos en el CCC (capítulo 16 – libro tercero);
- Si bien no define la figura del contrato asociativo, señala muy claramente que las disposiciones del Capítulo 16 se aplican a todo “*contrato de colaboración, organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad*”, aclarando que estos contratos “*no son ni por medio de ellos se constituyen personas jurídicas ni sujetos de derecho*”;
- traslada los contratos “típicos” de la LGS (UTE y ACE y el negocio en participación- que deja de ser sociedad) al CCC (esto es, al mundo contractual), junto con el *consorcio de cooperación* de la ley 26.005;
- ratifica que podemos usar estos contratos, con este contenido o con “*otros contenidos*” y que también podemos usar “*cualquier otro contrato*”¹⁴;
- ratifica que – inscriptos o no – estos contratos tienen plena validez entre las partes¹⁵.

Junto con esta *primera* modificación estructural, el CCC realiza una *segunda* modificación estructural, que es una derivación lógica del cambio de paradigma de la nueva regulación: desaparece la hostilidad que – desde 1972 - nuestra LSC tenía con las sociedades irregulares o de hecho.

Buenos Aires, 2006.

⁹ Fontanarrosa Rodolfo, “Derecho comercial argentino. Doctrina comercial de los contratos comerciales”, Zavallía, Buenos Aires, pág. 1139 y sgtes; Richard Efraín Hugo, “Sociedad y contratos asociativos”, Zavallía, Buenos Aires, 1987.

¹⁰ Justamente, este fue uno de los aspectos más criticados del Proyecto del 87. Puede verse Palmero, Juan C. “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación”, RDCO 1987-817 y Manóvil Rafael M., “Las simples ‘sociedades’ y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria” en Revista Jurídica de Buenos Aires (Facultad de Derecho, UBA), 1988-III, p. 29.

¹¹ Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales (Comisión MJ 465/91), Astrea, Buenos Aires, 1993.

¹² Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión del Ministerio de Justicia, 1992, Astrea.

¹³ Arts. 1648 y sgtes del Proyecto del 93

¹⁴ Art. 1446 CCC

¹⁵ Art. 1447 CCC

Se otorga plena vigencia interna a las cláusulas de administración, organización y representación del contrato (si existiere) y se dispone expresamente que el contrato social puede ser “invocado” entre los socios y es oponible a los terceros que lo conocieron efectivamente. Es decir se pasa de un régimen de total inoponibilidad entre socios y terceros a un régimen de oponibilidad total entre socios y oponibilidad reducida al conocimiento efectivo, en el caso de los terceros.

Junto con estos cambios – como sabemos - se derogan las normas sobre sociedad civil, se modifica el art. 17 para eliminar la sanción de nulidad por atipicidad y se crea - en la Sección IV LGS - un régimen residual al cual quedan sometidas las sociedades irregulares, las de hecho, las ex sociedades civiles y las atípicas.

III.

Tenemos así dos regímenes bien diferenciados, con normas “amigables” en ambos ámbitos para dos institutos diferentes pero con elementos comunes, como la sociedad y el contrato asociativo.

Y tenemos una definición legal de sociedad en el art. 1 LGS, no así del “Contrato Asociativo”. El art. 1442 CCC nos dice que las disposición sobre contratos asociativos del Capítulo XVI no se aplican a la sociedad. La aclaración es necesaria ya que - si esta norma no estuviera – las disposiciones **sí** se aplicarían por representar la sociedad una especie del género (contrato asociativo).

La pregunta entonces, cuando nos encontramos ante una relación informal asociativa/societaria, es ¿cómo hacemos para distinguir si estamos ante un contrato asociativo o ante una sociedad?

Una primera posibilidad sería estar a la calificación, al nombre jurídico dado por las partes¹⁶. No creo que ese sea el camino correcto, la respuesta – en opinión – debe buscarse en acontecimientos de la vida real, puntualmente en la conducta de las partes. A partir del análisis de las conductas de las partes, debemos buscar los “**hechos condicionantes**” de cada instituto, para “enmarcar” una u otra realidad social en el instituto en particular y recién ahí aplicar las “**condiciones jurídicas**” de esa disciplina, que – como vimos – son diferentes entre sí¹⁷.

Será entonces la presencia (o no) de esos **hechos condicionantes** lo que nos llevará (o no) a los **conceptos jurídicos** y de ahí a la **disciplina jurídica** aplicable a esos conceptos o al instituto en particular.

IV.

La dificultad está en que algunos de los elementos configuradores de los contratos asociativos y de la sociedad (que deberán verificarse a partir de la comprobación de los hechos condicionantes) son – dado su raíz común - comunes.

En efecto, en ambos institutos (contrato asociativo y sociedad), vamos a encontrar:¹⁸

¹⁶ Así Salvochea, quien señala “La elección entre un contrato asociativo y una sociedad atípica, en el régimen actual, estará en la calificación que las partes den a la relación, y no en los presupuestos fácticos de la situación. Con el sistema actualmente vigente, sólo si las partes omiten dar cualquier calificación a la relación, podrá inquirirse sobre su naturaleza. Y en tal caso, la interpretación de que existe sociedad deberá aplicarse restrictivamente” (Salvochea Ramiro, “Requiem a la tipicidad societaria”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, pág. 875).

¹⁷ Para ampliar, ver Fernández de la Gándara Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, Pórtico, Zaragoza, 1977, pág 215, nota 48 y – de manera general - Rezzonico Juan Carlos, “Contrato. Concepto y tipo”, LL 1985-B-930.

¹⁸ Los elementos configuradores mínimos de la sociedad están descriptos en el art. 1 de la LGS. La referencia a la tipicidad es incorrecta

- una relación duradera o estable;
- una cierta organización, que por supuesto será más tenue en las relaciones informales;
- un fondo común; y
- una comunidad de fin¹⁹.

En la sociedad, este último elemento (comunidad de fin) se acentuará hacia una *comunidad de riesgo común*: los socios correrán el riesgo empresarial de manera conjunta, participando de manera integral de los beneficios y pérdidas.

Finalmente, y – **fundamentalmente**– para que exista sociedad deberá existir una *actuación externa conjunta como un ente distinto de los socios*, que es un elemento necesario para que estemos en presencia de una sociedad en nuestro derecho positivo. Por eso, por no interactuar en el mundo exterior, por no exteriorizarse, la “sociedad en participación” (hoy negocio en participación) – que reúne los otros elementos – no es sociedad y, correctamente, ha sido trasladada al mundo contractual.

Debemos buscar **hechos, conductas**, que deben estar presentes en la relación asociativa / societaria. Verificada su presencia, aparecerán los conceptos jurídicos, como el centro de imputación diferenciada y la personalidad jurídica, que son precisamente las **consecuencias jurídicas** del instituto que habremos reconocido.

V.

La separación patrimonial derivada de una relación informal societaria no inscripta puede, en algunos casos, provocar perjuicios en terceros, atento la postergación de los derechos de los acreedores personales respecto de los bienes sociales. Por ello, el Proyecto del 93 y también el del 98 contenían una norma (que fue eliminada del Anteproyecto luego sancionado como CCC), que indicaba que “la existencia” de un contrato asociativo excluía entre sus contratantes la invocación de sociedad y respecto de terceros que conocían ese contrato.

Art. 1649: “La existencia de un contrato asociativo excluye entre sus contratantes la invocación de sociedad. También la excluye respecto de terceros que conocían ese contrato y es presunción contraria respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual”.

La norma daba preminencia al “*nomen juris*” por sobre las conductas efectivamente realizadas, lo que – como señalé – no me parece correcto²⁰. Menos aún, respecto de terceros por el solo “conocimiento del contrato” o por la fecha de su vínculo posterior o anterior al contrato, que puede no haber tenido ninguna incidencia en la relación.

Pero la norma, equivocada en su redacción, tenía conciencia del problema al que me estoy refiriendo. El reconocimiento de una sociedad (persona jurídica) no limita sus consecuencias al ámbito interno de los socios sino que produce efectos respecto de todos los terce-

y debería ser eliminada atento que dicho elemento no constituye ya un elemento esencial de la sociedad a partir de la modificación del art. 17 LGS y el reenvío de las sociedades atípicas al régimen residual de la Sección IV LGS, junto con las sociedades irregulares y de hecho (ver Salvochea Ramiro, “Requiem ...”, ob. cit.). Correctamente, el Proyecto del 93 y el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades del año 2005 eliminaban la referencia a la tipicidad en el art. 1 LGS.

¹⁹ Para ampliar, ver Palmero Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad”, ob. cit., y Araya Tomás M. “Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales”, LL 12/10/2021. Botteri (h) y Coste sostienen que también la “personificación” es uno de las notas esenciales de la sociedad, a partir de la “exteriorización como un sujeto diferente de sus integrantes” (Botteri José David (h) y Coste, Diego, “El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la ley 26.994” ponencia presentada al XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016)

²⁰ Para ampliar, puede verse Manóvil Rafael M, “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, La Ley 24/10/2012

ros²¹, precisamente por la separación patrimonial que genera.

No es infrecuente que nos encontremos frente a situaciones vidriosas, no claramente distinguibles. En estas situaciones, la determinación de la presencia (o no) de los elementos esenciales de la sociedad – que nos llevarán a la disciplina jurídica “societaria” - debe ser manifiesta e incontrastable. Y de los elementos más arriba indicados, el de la *comunidad de riesgo* y – fundamentalmente- el de la *actuación externa conjunta como un ente distinto de los socios* serán determinantes para distinguir una relación asociativa de una societaria. Si logra demostrarse a través de *hechos* que existió una *actuación externa conjunta*, una *exteriorización* como sociedad, se reduce el riesgo de que terceros (acreedores personales de los socios) puedan sufrir algún perjuicio por la separación patrimonial y la preferencia de los derechos de los acreedores sociales por sobre sus derechos.

²¹ Autorizada doctrina ha criticado que se reconozca esta preferencia de los acreedores sociales frente a aquellos terceros (acreedores personales de los socios) que no hubieran tenido conocimiento del contrato de sociedad (Filippi, Laura - Richard, Efraín H. “Oponibilidad del contrato a terceros que lo conocían y subordinación de acreedores sin importar conocimiento”, en “Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales”, Vítolo Daniel y Pardini Marta, coordinadores, Ad Hoc, 2005, pág. 553 y sgtes; la ponencia es sobre el Anteproyecto de Reformas de la ley 19.550 del año 2005, cuyo texto – en esencia - no difiere del actual art. 26 LGS). No comparto la crítica ya que la preferencia de cobro de los acreedores sociales sobre los bienes sociales es precisamente la consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica.

EL VALOR DEL CAPITAL HUMANO DENTRO DE LA ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD Y LA INFLUENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Juan José Armando

SUMARIO

En el presente trabajo intentaremos redescubrir el concepto de “*empresa- sociedad*” y cuál es su relación con el “*capital humano*” que se vincula a esta; su importancia y que papel cumple la intervención de las nuevas tecnologías dentro de esta gran relación imprescindible e inescindible que existe entre una idea, la empresa luego devenida en sociedad y el capital humano como elemento esencial para que esta pueda llevar adelante su actividad y así fortalecerse y posicionarse dentro de un mercado, hoy cada vez más exigente y competitivo, y por otro lado el aporte de las nuevas tecnologías a dicha relación.

DESARROLLO

Para comenzar a entender y analizar este vínculo casi imprescindible que existe entre capital humano y sociedad o empresa, y que resulta vital como si fuera el motor de un vehículo para este logre funcionar crecer y potenciarse, debemos redefinir que entendemos hoy como “*capital humano*” y por ello, podemos comenzar diciendo que, es la parte más valiosa de una empresa y, en consecuencia, su razón de ser, ya que en la actualidad, lograr incrementar el desarrollo de quienes son sus colaboradores, o trabajadores y así fortalecer sus competencias, conocer sus potencialidades, satisfacer sus necesidades tanto personales como así también profesionales con el objeto de mejorar su desempeño, fidelizar a los mejores talentos, optimizando entonces en sí, la calidad de vida de sus colaboradores, lo que debe ser hoy en día, una estrategia corporativa y aún más, la primer estrategia corporativa a tomarse, en constante evolución dentro de una empresa, independientemente de esta sea considera pequeña, mediana o gran empresa en sí.

Así es que por una parte, quien es “*trabajador*”, debe ser considerado como una persona única, dinámica, responsable y trascendente, que aporta valor, y en consecuencia, para que este pueda convertir su función en el trabajo en una verdadera oportunidad de desarrollo, tanto de carácter colectivo como así también individual; mientras que por otra parte quienes están al mando del equipo “*recursos humanos*” de una empresa o sociedad, deberán trabajar día a día, acorde con el enfoque propio del negocio, ya que se considera también que su gestión de personal contribuye efectivamente de manera significativa en el éxito de la empresa a la cual representan o forman parte.

Decimos que, en este vínculo, existen varias partes, la última de ellas es la que definimos como “*empresa*” y hacemos referencia así, a una unidad económico y social integrada por elementos humanos como venimos expresando, materiales y técnicos que tiene por objeto obtener utilidades a través de su participación en el mercado de bienes y servicios; haciendo uso para ello de lo que se conocen como los “*factores productivos*”. La “*empresa*” es una organización social, por ser una asociación de personas, que trabajan para la explotación de un negocio y que tiene por fin, un determinado objetivo, que puede ser el lucro, atender a una necesidad de carácter social o ambas.

En el último eslabón de esta cadena de relaciones se encuentra, lo que conocemos como “nuevas tecnologías” o lo que conocemos como tecnologías de carácter digital, sistemas de telecomunicación, robótica, redes, tecnologías aplicadas al mejoramiento constante de los procesos productivos, etc. Las que hoy son un elemento más en esta relación y que sin quizás hoy reemplazar del todo a la figura del trabajador le resultan un complemento vital en lo que hace a la gestión de la producción dentro de una empresa, eficiencia y eficacia en los distintos procesos que llevan a ofrecer a una sociedad cada vez más exigente, un producto o servicio de calidad y que exigen por parte de este un compromiso de unión con la tecnología y de actualización constante, para que le sean tanto a este (como trabajador), como a la organización, un elemento de trascendental ayuda en su actuar; mientras que en relación a la empresa o el empresario, le lleva quizás hoy a pensar en poner en práctica un cambio constante en el modelo de negocio inicial basado en estándares técnicos y en el uso de una tecnología cada vez más específica, sofisticada y en enfocarse en un constante progreso y avance para así lograr una mayor eficiencia productiva.

Conclusión:

Como conclusión podemos expresar que, en la actualidad, debe existir una relación, un vínculo real, serio, un compromiso actual, constante y arduo entre el empresario, emprendedor, los trabajadores que se vinculan con este y se identifican con su idea de empresa de trabajo o idea de negocio y los elementos tecnológicos que estos toman para llevar adelante su actividad o modelo de negocio; Todo ello, para que como se expreso en el presente trabajo, la empresa marque un diferencial en su actuación en el mercado, los trabajadores optimicen su tarea con el uso de la tecnología, haciéndola así más efectiva, motivado ello, en una relación amigable entre ambos (trabajador-tecnología), sin tomarlo como se entendía antiguamente como una competencia, sino entendiéndolo hoy como un complemento más que colabora en el día a día del trabajador y que lleva a que la empresa tome el compromiso de actualizarse día a día en post de un crecimiento y posicionamiento diferenciado, constante, decidido y cada vez mayor en el mercado en el que desarrolla su actividad.

INFRAESTRUCTURA SOCIETARIA PARA ENVIAR COHETES AL ESPACIO

Rodrigo Cuervo

SUMARIO

La legislación se adapta a las necesidades del hombre, y el concepto dogmático a la legislación. Por eso el concepto de sociedad ha cambiado infinidad de veces a lo largo de la historia, y lo seguirá haciendo.

*¿Qué ha ocurrido en nuestro derecho privado para que ser o no una “sociedad” haya adquirido tanta importancia?
Sergio Le Pera (Sociedad y persona jurídica)*

El tamaño de las ancas de los caballos romanos limita el desarrollo espacial

Didier Nordon, columnista de la revista francesa *Pour la Science*¹, tiene la curiosa teoría de que el tamaño de las ancas de los caballos romanos, limitan el alcance en el lanzamiento y trayectoria de los cohetes que la NASA envía al espacio.

Parece ser que los ingenieros de la agencia espacial norteamericana preferirían hacer más grandes los dos depósitos auxiliares de combustible que van adosados en los laterales del cohete principal. Sin embargo, han debido conformarse con el tamaño actual, pues los mismos son fabricados por sus contratistas en Utah, y deben ser luego transportados por tren a lo ancho de todo el país hasta la base de lanzamiento en Cabo Cañaveral, Florida, lo cual les impone una importante limitación en su tamaño: la dimensión de los túneles que atraviesan las Montañas “Rocallosas”².

El ancho de los túneles, a su vez, viene lógicamente determinado por el ancho del tren y, a su vez, éste está definido por la *trocha*, la separación que tienen los rieles. En Estados Unidos, esa separación es de 4 pies y 8,5 pulgadas -precisamente, 1435 mm (4' 8^{1/2}")- distancia que los ingleses que diseñaron el sistema norteamericano tomaron de las vías británicas de trenes y tranvías, a fin de que sus locomotoras pudieran ser utilizadas en las colonias³.

Pero, ¿de dónde vienen esos precisos 1435 mm de las vías inglesas? Pues sucede que los ingenieros ingleses que fabricaron las primeras locomotoras trabajaban para los mayores armadores de carros de la época por lo que, sencillamente y sin mucho cuestionamiento, utilizaron para las nuevas máquinas, las mismas estructuras y herramientas que usaban para los carros.

¿Y de donde tomaron dicha medida los carros ingleses? Resulta que durante siglos los carros europeos han tenido dicha medida porque fueron diseñados para adaptarse a las huellas de los caminos que serpentean a lo largo y ancho del viejo mundo, una infraestructura vial que se fue trazando naturalmente -huella sobre huella- por las legiones romanas en sus innumerables expediciones, la cual fue a partir del siglo I aprovechada por el floreciente comercio del Imperio⁴. ¿Y por qué los caminos romanos tenían 1435 mm entre surco y surco? Lógicamente, porque

¹ <https://www.pourlascience.fr/>

² Terminología de doblaje mexicano bastante extraña. ¿No sería preferirle llamarlas “Rocosas”?

³ Actualmente, de hecho, el éxito de las locomotoras inglesas ha popularizado esta trocha como el “ancho internacional” o “estándar”.

⁴ El trazado de rutas del imperio puede verse en el magnífico “Google Maps” desarrollado en <https://www.omnesviae.org/>, en base a la “Tabula Peutingeriana” y el “Itinerarium Antonini”, dos mapas que reflejan las vías terrestres de la época.

esa era la distancia entre las ruedas de los carros militares romanos, la cual a su vez, estaba definida por el ancho promedio de las ancas de los dos caballos que tiraban cada carro.

La *societas* romana y sus sucesivas mutaciones

Además de edificios y caminos, sabemos que los romanos lucieron su inventiva en el ámbito del derecho. Así construyeron, en nuestra materia, un acabado concepto de *societas*, y lo hicieron con el mismo estilo pragmático: práctica sobre práctica, huella sobre huella, del modo en que mejor servía a las necesidades de cada época.

Las civilizaciones que los sucedieron en esta tarea, fueron igual de pragmáticos a la hora de acompañar la evolución de la institución, sea por mérito propio, o por mérito de la selección natural. Estas son algunas de las tantas mutaciones sufridas por el concepto que tanto nos apasiona:

(i) Es sabido que en el derecho romano la *societas* solo era un contrato que se limitaba a regular las relaciones obligacionales de los socios sin reflejo hacia terceros; pese a ello, dicho contrato se vinculaba en general a una comunidad de bienes que surgía entre los socios a su consecuencia⁵.

En el antiguo derecho romano, dichas sociedades se constituían “al modo” de los consorcios familiares (*consortium ad exemplum fratrum suorum*), por lo que habitualmente estaban vinculadas a comunidades de bienes regidas por el derecho sucesorio y de familia. Ello determinó que inicialmente el concepto de la *societas* estuviera sujeto a las exigencias del *ius fraternitatis*, tales como el entendimiento común y trato igualitario de la *affectio societatis*⁶ (que quizás llegó a exigir la *simul cohabitatio*⁷), y sobre todo al hecho de que la participación de los socios en ganancias y pérdidas era forzosamente en partes idénticas (por cabeza), independientemente del aporte de cada socio⁸.

(ii) Sin embargo, en el florecimiento comercial del siglo I, el tráfico exigió una evolución hacía las nuevas *societas* “*quaesturia*”, de objeto puramente comercial y lucrativo: ellas exigieron una revisión de las reglas fundamentales de la *societas* y, con ellas, de su concepto vinculado a los principios del derecho de familia. El fuerte ajuste conceptual se generó por el aporte de la industria que hacía el socio gestor, e impactó directamente en las reglas de distribución de ganancias y pérdidas.

⁵ Y de hecho, la principal calificación de las diversas sociedades correspondía a la naturaleza de los bienes puestos en común. “Si bien la sociedad era, como tal, una pura relación obligatoria entre los socios, sin proyección exterior (falta de personalidad ya indicada), junto a esta relación obligatoria se daba, al efectuarse las aportaciones, una situación de comunidad” (GIRÓN TENA, José, “Derecho de Sociedades”, Tomo I, Parte General, Benzal, Madrid, 1976, p. 147).

⁶ El término fue acuñado por Ulpiano en el siglo III, refiriendo a un “común entendimiento” que debía entre los socios, como el que existía entre los frateres. Para Gallo Gayo (Institutas 3. 151), “la sociedad dura mientras los socios perseveren en el común entendimiento” (cfr., BELLUSCIO, Augusto C., Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, T 8, Astrea, Bs.As., p. 536). Según explica Manóvil, la *affectio societatis* es aún hoy una referencia al necesario trato igualitario que debe darse a los socios, derivado de la idea de riesgo común (Cfr. MANÓVIL, Rafael, “Grupos de Sociedades”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, p. 568 y sgtes.); ello hoy no significa igualdad en ganancias y pérdidas, pero eso fue justamente una de las cosas que sí conllevaba la *affectio* en el derecho romano, inicialmente de modo imperativo, y luego como regla supletoria.

⁷ Si bien los glosadores interpretaron que la exigencia de habitar en común no era un requisito verdaderamente jurídico y exigible, la sociedad colectiva de la edad media –descendiente mediato de la *societas omnium bonorum*– aún exigía la *simul cohabitatio* e, inclusive, la no rendición de cuentas entre los socios.

⁸ Si bien esta forma de distribución con el tiempo quedó como regulación supletoria, pareciera que la fuerza de la tradición llevó a resquebrajar la distribución por cabezas, al menos en actividades no mercantiles. El mecanismo que sí se utilizó con el tiempo, es que –dada la igualdad en la participación de ganancias que imponía la ley o la tradición– los socios compensaban un menor aporte en bienes con aportes de prestaciones de trabajo. Cfr. BLANCH NOUGUÉS, José María, op. cit., p. 42, nota 31.

Efectivamente, cuenta Gayo que con motivo de la irrupción del nuevo papel del socio industrial, se despertó un gran debate entre los juristas Quinto Mucio Escaevola (145 a.C. – 80 a.C.) y Servio Sulpicio Rufo (105 a.C. – 43 a.C.), una discusión que sería por él calificada como de *magna quaestio*⁹. El primero¹⁰ fue el sistematizador de la *societas* y, fiel a las raíces históricas del instituto, sostuvo que no podía violarse la distribución igualitaria de las ganancias y pérdidas, puesto que ello era un elemento propio de la naturaleza del contrato de sociedad¹¹. El segundo vivió una generación posterior y tuvo muy presente el papel que estaba jugando el socio industrial en el pujante comercio; sobre el principio *volenti non fit iniuria*, defendió la idea de que en toda *societas* era lícito pactar una diversa proporción de ganancias y pérdidas entre los socios (aún de forma no proporcional al aporte), e inclusive que la participación de ganancias fuera diversa que la participación en las pérdidas (vgr. $\frac{1}{4}$ de las pérdidas y $\frac{3}{4}$ de las ganancias); siendo consecuente con esta última idea, inclusive aceptó que el socio industrial podía ser exonerado de contribuir en las pérdidas¹².

Cuenta Gayo que la posición de Servio Sulpicio se impuso, lo cual era esperable del pragmatismo romano ante la dinámica creciente del mercado. Sin embargo, en el siglo I d.C. y en razón de aquel éxito, dos fieles discípulos y comentaristas de la escuela de Quinto Mucio Escaevola, Casio y Sabino, dedicaron grandes esfuerzos para matizar la opinión imperante¹³. Quizás en gran medida por ello, la *magna quaestio* terminaría vinculada con prohibición de las sociedades *donationis causae*¹⁴ y la *societas leonina*¹⁵ -célebre invento de Casio- que luego sería fuertemente apalancado por los principios cristianos.

Sin perjuicio de todo aquello, Servio Sulpicio cambió para siempre el “concepto” de sociedad, puesto que la participación igualitaria en los resultados dejó de ser parte de la *natura societatis*. Efectivamente, sus ideas quedaron materializadas en el derecho romano, pasando por los glosadores y el derecho intermedio al código francés y, de allí, a los regímenes modernos. En la actualidad, el reparto de ganancias y pérdidas se rige en principio por la voluntad de los contrayentes (art. 11 inc. 7, LGS) y, de hecho, nadie discute que pueda pactarse diversa participación en ganancias y pérdidas (técnicamente, aun 99% en ganancias y 1% en pérdidas), al punto que la exoneración por las pérdidas del socio industrial, es en general autorizado en los derechos de filiación francesa e, inclusive, un rasgo obligatorio (“tipificante”) de nuestra sociedad de capital e industria.

⁹ Cfr. a la romanista BLANCH NOUGUÉS, José María, op. cit.

¹⁰ Quinto Mucio Escaevola fue un importante Cónsul y Senador romano, y el primer gran sistematizador del *ius civile* y de la calificación general de las sociedades; fue quien enraizó bajo la categoría de “*societas*”, tanto a la nueva sociedad consensual del *ius gentium* como a la institución hereditaria del *ius civile* del *consortium ercto non cito*.

¹¹ En los fragmentos de Gayo y Justiniano se atribuye a Quinto Mucio Escaevola el término de que aquel pacto era “*contra naturam societatis*”. Se ha apuntado que, si bien la idea respondía al pensamiento general del jurisconsulto, pareciera que el término corresponde en realidad a una interpolación hecha por un pensamiento jurídico más tardío, en tanto los desarrollos sobre la “naturaleza” de las instituciones jurídicas corresponden a una dogmática posterior que no tuvo disponible Mucio Escaevola, dado que en el siglo I a.C. ni siquiera estaba claramente definido el término *contractus*. Cfr. ROTONDI, G., “*Natura contractus*”, *BIDR.*, 24, Milano, 1911, p. 5 ss. (p. 13) [Scritti Giuridici, 2, Milano, 1922, p. 165 ss.], citado por BLANCH NOUGUÉS, José María, op. cit., p. 37, nota 13.

¹² En realidad, este último punto no implica que el socio industrial no participe de modo alguno en las pérdidas, sino de que limita o acota su contribución en ellas hasta la circunstancia de no recibir retorno alguno por el trabajo ya aportado, ya que el socio arriesga y “pierde” el trabajo hecho en beneficio común.

¹³ Principalmente, condicionaron la validez de esta exoneración de responsabilidad solo en la medida de que el valor del trabajo equivaliera a la pérdida que debería afrontar; una versión más de la prohibición de los acuerdos “leoninos”. Cfr. BLANCH NOUGUÉS, José María, op. cit.

¹⁴ Fue definida como aquella sociedad en la cual un socio participaba sin haber realizado aporte alguno. La prohibición no devenía lógicamente por haber algo inmorale, sino por no existir en tal negocio la causa de interés o riesgo común que se entendía propia del contrato de sociedad.

¹⁵ Siguiendo la fábula del león de Esopo, para los romanos era “*leonina*” sólo la sociedad que privaba a uno de los socios de las ganancias; dicha cláusula conllevaba la nulidad de todo el contrato de sociedad.

(iii) La caída del Imperio Romano de Occidente en mano de los pueblos germanos (476 d.C.) generaría una dramática evolución en la institución societaria que surgiría de la mezcla de las prácticas jurídicas romanas y las de los invasores; de hecho, el “concepto” de *societas* romano literalmente se perdió con el Digesto¹⁶ en los inicios del siglo VII, hasta que dicho libro fue redescubierto por Irnerio a fines del siglo XI. Por ello, las figuras asociativas de esta época giraron en torno a dos conceptos germánicos básicos, ambos vinculados a la propiedad en mano común y con efectos hacia terceros: las *Gemeinderschaft*, vinculadas a los diversos tipos de comunidad familiar y las *Genossenschaft*, asociaciones de naturaleza consorcial de copropiedad sobre bienes comunales.

(iv) A la hora de buscar antecedentes de nuestra actual “sociedad”, es común que el foco se ponga en la sociedad colectiva, la cual evolucionó a partir de sus antecesoras comunidades germánicas en el entorno del floreciente derecho comercial de la baja edad media. Ella se fue configurando en los pueblos medievales germanos e italianos a partir de la continuación de la explotación agrícola o comercial del causante en forma indivisa por parte de los hijos. Mucho se ha discutido si ella es la continuación de la antigua comunidad de herederos romana (*consortium inter fratres*), de la comunidad en mano común germánica, o de ambas¹⁷. Lo que sí parece indiscutible, es que la variedad más famosa de esta especie fue la *Fraterna Compagnia*, aparecida en Venecia a comienzos del milenio, y que pareciera haberse extendido desde allí a otras *Compagnias* surgidas en el interior de toda la península. Ahora bien, como es lógico, todo este proceso de adaptación normativa implicó también que el concepto de sociedad tuviera que mutar una vez más. Poco a poco, el término “*societas*” no solo se predicó del contrato que con tal nombre concibieron los romanos, sino también de la comunidad patrimonial surgida en consecuencia. Esta reconfiguración parece haber estado fuertemente influida por los Glosadores, la preponderante escuela de derecho de Bologna formada por Irnerio luego del azaroso redescubrimiento del Digesto a fines del siglo XI y, con él, de la sistemática más elaborada del derecho romano clásico. Ello se hará evidente en el trasvasamiento conceptual ocurrido en los derechos de filiación latina: la “Comunidad” de bienes del derecho germánico (*Gemeinderschaft*) será designada como “*Compagnia*” en la jerga comercial y de las normas estatutarias de los pueblos latinos, principalmente italianos e hispánicos¹⁸; en simultáneo, los dogmáticos de la glosa se encargarán de forzar la identificación de la *Compagnia* a la “*Societas*” romana y la incluirán en su campo semántico¹⁹.

¹⁶ El Digesto era, dentro del Corpus Iuris Civilis de Justiniano, el libro que compilaba la dogmática de los juristas. Las sociedades, lógicamente, estaban tratadas en el libro 17, de los contratos.

¹⁷ En cuanto a los antecedentes de la “compañía” medieval, lo cierto es que tanto el antecedente romano como el germano son jurídicamente similares, en tanto ambos refieren a la comunidad de bienes de los herederos.

¹⁸ Pareciera que en la península itálica, el término “*Compagnia*” (del veneciano “*Fraterna Compagnia*”) fue reservado para la comunidad de bienes en mano común, derivada de la aportación común en compañía fraterna, mientras que los negocios participativos sin comunidad de bienes eran designados mediante el término romano de “*societas*”, con algún agregado que calificaba el tipo de negocio: “*societas maris*” (nombre de la commenda en Génova) o las “*societas terrae*” (de igual estructura que la commenda, pero para negocios terrestres), cfr. LOPEZ, Robert y RAYMOND, Irving, “Medieval Trade in the Mediterranean World: Illustrative Documents”, Columbia University Press, New York, 2001, p. 186. Por el contrario, en los reinos de habla hispánica, el término “compañía” prácticamente sustituyó al de *societas* como si fuera su traducción al castellano, abarcando todo tipo de fenómeno asociativo (cfr. GARCÍA ULECIA, Alberto, “Las condiciones de licitud de la compañía mercantil en Castilla bajo el Derecho Común”, *Revistas de la Universidad de Sevilla, Historia, Instituciones, Documentos*, 1980, N° 7, p. 1 y sgtes).

¹⁹ El trabajo de identificación y absorción conceptual de la “compañía” medieval por parte de la “*societas*” romana, parece haber culminado con la consagración legislativa de Napoleón y su posterior divulgación. Fue a partir de allí donde se abandonó el uso del término “compañía” en los ordenamientos de filiación francesa, pese a que su uso subsistió en la terminología legal y vulgar de los sistemas anglosajones; cfr. ANAYA, Jaime Luis, “Las Metamorfosis de las sociedades comerciales (una visión desde el derecho argentino)”, *Revista*

Un claro ejemplo de este trabajo dogmático-conceptual y de notable interés en nuestro derecho es el tratamiento de la “Compañía” que hacen las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio (1250 d.C.), siguiendo fielmente a los glosadores de la época: en la Partida V sobre los *contratos*, se conceptualiza a la “compañía” como acuerdo que tiene por fin la unificación patrimonial²⁰, pero explicando en la nota que ella es el contrato “*societas*” romana, siguiendo las explicaciones de Azzo²¹, el mayor civilista de la época. A su vez, en el última parte de la Partida III, dedicada al *dominio*, se trata a la compañía como un régimen patrimonial “comunal de todos los compañeros”²², cuyos efectos *erga omnes* se justificaban con una suerte de publicidad posesoria común *facta* que, a su vez, se sostenía en la función probatoria y de publicidad que daba la escritura de constitución²³, regulada para la compañía en la Partida III, justamente en forma previa al dominio.

En definitiva, es en esta época cuando el concepto de sociedad romano comienza a predicarse no solo del *contrato* de sociedad (artículo 1 de nuestra LGS), sino también el estado de *comunidad patrimonial* que surge como consecuencia del mismo (artículo 2 de la LGS).

(v) A su vez, quizás por la vorágine comercial de aquella época, el nuevo concepto de sociedad elaborado por los glosadores también mutará y se especializará, limitando sustancialmente la amplitud de sus antecesores romanos y germánicos. Esta nueva *societas* quedará recortada por dos costados: por un lado, se la limitará a las comunidades surgidas de un contrato y, por el otro, a aquellas que tengan por objeto el lucro económico²⁴, sin perjuicio del carácter civil o comercial que luego se le pudiera reconocer según los criterios de la nueva categoría mercantil. Nuevamente, las Siete Partidas dan muestra de ello, en tanto luego de definir a la Compañía²⁵, la glosa explica las restricciones que debían hacerse al concepto romano, tal y como lo había entendido Azzo, en consideraciones que serían luego tomadas por el Código de Napoleón y expresamente parafraseadas por Vélez, en la famosa cita de

de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo Perrot, Set./Oct. 2011, N° 250, p. 321 y 322.

²⁰ La propia conceptualización inicial de las compañías en el Título X de la Partida V, explica la unificación necesaria del “haber”: “Compañía fazen los mercaderos, e los otros omnes entre si, para poder ganar algo, mas de ligero, ayuntando su auer en vno”.

²¹ Cfr. Partida V, Título X, glosa a la Ley I, “Los códigos españoles concordados y anotados: Código de las Siete Partidas”, Tomo III, Madrid, 1848, p. 680. Azzo (Azzone, Azo, o “Azón” en español) fue una imponente figura que coronó la escuela de los glosadores; fue también maestro del famoso Accursio, quien continuó y culminó su monumental obra de sistematización de las glosas. La relevancia jurisprudencial de su *Summa Codicis* llegó a ser tal, que en Italia existía un adagio que rezaba “Quien no conozca a Azzo, no vaya a Palazzo (Palacio de Justicia)”.

²² “Partida Tercera, Título XXVIII, Ley XLVII: “Como gana ome el señorío de la cosa que tiene alogada, si despues la compra desse mismo que se la alogara (...) Otro si dezimos, que quando fazen los omes compañías entre si, poniendo, que todos los bienes que han, o ganaren dende adelante, que sean comunalmente de todos los compañeros; que luego que tal compañía ayan fecha, e firmada, e otorgada entre si, que passa el señorío de todas las cosas, que cada vno dellos ha, a los otros, tambien como si vnos a otros se ouiessem apoderado en todos los bienes, que ouiessem, corporalmente” (las cursivas son mías); cfr. “Los códigos españoles concordados y anotados: Código de las Siete Partidas”, op. cit., p. 333.

²³ Esta función es expresamente manifestada en la explicación preliminar al largo título de las escrituras: “El antigüedad de los tiempos, es cosa que faze a los onies olvidar los fechos passados. E porende fue menester que fuesse fallada Escritura, porque lo que ante fuera fecho, non se olvidasse, e supriesen los omes por ella las cosas que eran establecidas, bien como si de nueuo fuessem fechas.”

²⁴ La *societas* romana podía surgir de una situación de hecho ajena a la voluntad de las partes: para Gallo, de hecho, el propio dominio era una *societas* que no resultaba del consentimiento y, cuando en tiempos de Justiniano los romanos concibieron las obligaciones quasi ex contractu, clasificaron al condominio como un quasi-contrato de sociedad (esto tampoco debería sernos tan extraño si recordamos que nuestra Sociedad de Coparticipación Naval se presume constituida a partir de la copropiedad de un buque -art. 183, Ley 20.094-). Por otra parte, debe recordarse que en Roma existían las *societas non quaesturia* y que la sociedad regía situaciones de condominio no lucrativas, concebidas como *societas* que no derivaban de un contrato. Asimismo, en el derecho germánico, tan atado al derecho sucesorio y de familia, las sociedades justamente derivaban de situaciones no contractuales; por su parte, los germanos prescindieron siempre –y en general lo hacen aún hoy- del fin de lucro como elemento configurante de la categoría jurídica en estudio. Cfr. GIRÓN TENA, José, “Derecho de Sociedades”, op. cit., p. 27.

²⁵ Con un concepto abarcativo de las mercantiles y civiles: “De las compañías que fazen los mercaderos, e los otros omes entre si, para poder ganar algo, mas de ligero, ayuntando su auer en uno. (...) Ley I: Compañía es ayuntamiento de dos omnes, o de mas, que es fecho con intencion de ganar algo de so vno”.

las Partidas en la nota al art. 1648 del Código Civil sobre las “condiciones esenciales para la existencia de la sociedad”²⁶.

Sin embargo, el propio Azzo explica que él refiere a un concepto “riguroso” de la *societas* romana (más bien lo re-construye), uno que reconoce no inferir de “las leyes” ni del Digesto, sino de una *definición* dada al parecer por Cicerón y con apoyo doctrinal en otros glosadores²⁷. Así, el boloñés concluye que aun cuando el Digesto refiere expresamente que existe “sociedad” entre dos vecinos que compraron un terreno para disfrutarlo en común –el famoso ejemplo de Vélez- “propiamente hablando”, en realidad no la hay. Al parecer, esta adaptación conceptual fue un artificio dogmático que permitió forzar sutilmente la *societas* a las necesidades comerciales de la época, sin perder el respaldo que daba la vigencia del derecho romano que buscaban los glosadores y comentaristas²⁸.

En este marco se va construyendo el nuevo concepto de la vieja sociedad: un acto *bi-lateral* (*societas-contrato*) que genera una propiedad *común* (*societas-comunidad*)²⁹ ordenada a una finalidad lucrativa que puede generar pérdidas (mercantil o civil). Desde aquí comenzará a delinarse la causa fin de la nueva versión del instituto y que, por la profundidad de la dogmática alemana, será la estrella de todos los desarrollos dogmáticos hasta nuestros días: el “riesgo común”, que marcará que la función económica y social de la *societas* sea afrontar, entre varios, una actividad lucrativa riesgosa.

(vi) Bajo la fuerte influencia del derecho canónico, el fundamento central del *riesgo común* societario será aportado por Santo Tomás de Aquino por el principio *res perit domino*: el escolástico explicará que, a diferencia del mutuo, quien pone su capital en una compañía no pierde su titularidad, por lo que debe correr el riesgo de su pérdida³⁰. Sin embargo, el significado concreto de dicho “riesgo” y los alcances de su “comunidad” resucitará interminables debates vinculados a la *magna quaestio*, los pactos leoninos y la causa del contrato de sociedad, una discusión que subsiste hasta hoy³¹.

²⁶ “Nota: 1648. L. 1, tít. 10 Part. 5, Cód. francés, art. 1832; italiano, 1697; napolitano, 1701; holandés, 1655. La simple comunidad de intereses, resultante aun de un hecho voluntario de las partes, por ejemplo, una adquisición hecha en común, no forma una sociedad, cuando las partes no han tenido en mira realizar el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio, o un resultado cualquiera, que dividirán entre sí. Así, los seguros mutuos, en los cuales cada uno de los asociados se obliga a soportar su contingente en los siniestros, que los otros puedan sufrir, no ofrecen ni la esperanza, ni la posibilidad de un beneficio, sino sólo evitarse un mayor daño, no forman la sociedad del derecho civil”. De todas formas, la ley de Asociaciones Mutuales (título de la ley y art. 1) también designaría luego a aquellas como “Sociedad”, y con mayúscula (cfr. Art. 16 inc. b.).

²⁷ Recurriendo a herramientas semánticas, Azzo restringe así el concepto de sociedad, negando tal condición a situaciones que eran designadas con tal categoría por el propio Digesto: “Se nos describe aquí la *societas*, siguiendo a Azo en la suma C. de este título, donde dice, que la *societas* es una convención de dos ó mas que se proponen mayor lucro ó un uso mas ventajoso; cuya definición, dice, no hallarse en las leyes, pero sí en Marco Tulio. Adviértase que propiamente hablando, bajo el nombre de sociedad viene tan solo la que se origina de convención, como de la que se trata: así que, aun cuando se diga existir sociedad entre dos vecinos, como en la 1.4. D. de his qui deiec. vel effud., con todo, en materia odiosa, como que á las palabras no se les da entónces interpretación lata, bajo el nombre de socio no viene el que únicamente lo es con motivo de la vecindad, 1. 3. §. 6. D. de neg. gest.; y así dice haberlo decidido en un caso particular Abb. (...). La sociedad incidental que se contrae á causa de la comunión, según la 1. 25. §. 16., D. (...) tampoco lo es en rigor, como lo nota la Glos. en el S. 3. en la palabra *societate* y en la palabra *ejus*, Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc..” (glosa de la palabra “Compañía” de la Partida III, Título X, Ley I).

²⁸ Los glosadores y comentaristas consideraban al derecho romano no como fuente histórica, sino como derecho vigente. Con el devenir de los siglos, y en contraste con el *mos galicus* -de carácter historicista- se designó como *mos italicus* este enfoque jurídico epistemológico iniciado por los glosadores y que tenía por objeto político filosófico reconstruir y sostener la vigencia y unidad del Imperio Romano a través del restablecimiento de la vigencia directa y ligeramente adaptada del derecho romano, y la unidad política del Sacro Imperio Romano Germánico.

²⁹ La pluralidad de partes fue siempre un elemento de la “esencia” de la sociedad.

³⁰ Justamente, uno de los puntos más discutidos de la época será la comunidad o no del aporte (su “comunicabilidad”) y su vinculación al modo de pactar la distribución de ganancias y el soporte de las pérdidas.

³¹ Sobre todos estos puntos, ver el interesantísimo estudio histórico dogmático de GARCÍA ULECIA, Alberto, “Las condiciones de licitud de la Compañía Mercantil en Castilla bajo el Derecho Común”, en Historia, Instituciones, Documentos, 1980, N° 7, p. 51 y sgtes, disponible en <https://revistascientificas.us.es/index.php/HID/issue/view/571>.

En aquella época, parte de la doctrina -fundada en la igualdad de la *fraternitas* y con argumentos del Concilio de Milán- volvió a tiempos previos a Servio Rufo, al sostener el extremo de que las pérdidas y las ganancias debían ser siempre soportadas en proporción al aporte bajo pena de nulidad; en el lado opuesto, algunos otros llegaron incluso a aceptar la licitud del pacto en el que uno o varios socios aseguraban a otro el capital aportado, lo cual hoy pareciera (pero no lo está) prohibido por nuestra LGS y sin duda lo está por el proyecto de reformas de 2019³².

(vii) Ahora bien, más allá de toda la evolución anterior, la noción de la compañía (*societas-comunidad*) como sujeto de derecho, debió esperar a la reconstrucción conceptual de Savigny y la pandectística alemana, la que creará e incluirá a la “persona jurídica”³³ dentro del combo conceptual denominado “sociedad”. A partir de aquí, y con la visión antropomórfica de Gierke, el concepto de “sociedad” referirá a la de un verdadero “tercero”, “un sujeto de derecho” equiparable en gran medida al ser humano (art. 2, LGS).

La sociedad como tercero (y como “corporación”³⁴) permitirá luego abandonar la exigencia de la pluralidad de miembros, afectando de tal modo un elemento fundamental del “concepto” anterior de sociedad. Lógicamente, a partir de aquí el *riesgo común* del que hablara Santo Tomás como esencia de la sociedad, ya no será *común*, será solo un riesgo separado del riesgo propio del patrimonio general del socio.

¿Cómo seguimos?

El concepto de la sociedad ha mutado infinidad de veces, adaptándose en cada tiempo y lugar conforme la legislación cambiaba en respuesta a las necesidades del tráfico. Evolución similar (aunque más sutil) ha tenido en el derecho argentino, pero la falta de espacio me impide referirlas.

El punto es que no existe, por lo tanto, un concepto de sociedad. Será tarea nuestra, como la de aquellos ingenieros ingleses, construir y reconstruir el ancho conceptual de los rieles por los que deban transitar las sociedades del mañana. No dudo que tendremos en cuenta su experiencia y que no limitaremos la infraestructura de los proyectos futuros a las angostas huellas del pasado.

Sin embargo, creo que el desafío principal en el desarrollo de dicha tarea será que nues-

³² Los incisos primero y segundo del art. 13 de la LGS habla de “restituir” a un socio el capital, prohibición que sin duda recae sobre una cláusula que establezca que la restitución provenga del propio patrimonio social -lógicamente necesario para mantener el carácter de aporte a riesgo del socio, y descartar el mutuo- pero no es clara respecto del caso en que el aseguramiento lo haga otro/s socio/s con su propio patrimonio; el Proyecto, por su parte, amplía dicha prohibición expresamente a los contratos conexos, con lo que parece dar a entender que comprende así también el segundo caso, lo que a mi entender ya no estaría justificado. Efectivamente, en la época de las discusiones que nos trae García Ulecia -siglos XVI y XVII- la doctrina estaba aún muy lejos de reconocer a “la compañía” como un tercero respecto de los socios, sino que era un mero patrimonio común afectado. Por ello, los supuestos planteados por la doctrina en que un socio asegura a otro su capital, entran en la discusión de si el socio asegurador se transforma o no en mutuario, y el asegurado en mutuante. Una evolución posterior de la técnica personificante permitirá aclarar la discusión en términos patrimoniales, ya que el socio que aporta el capital a una sociedad y es garantizado por otro socio (quien se obliga a pagar eventualmente con su propio patrimonio), es verdadero socio pues pone a riesgo su aporte en la sociedad, al igual que los demás; en caso de pérdida, deberá a su vez cobrar el seguro al otro socio de sus bienes propios, corriendo a su vez el riesgo de la insolvencia de éste. Planteado en estos términos, no hay dudas que el socio asegurado arriesga su aporte en beneficio de los acreedores de la sociedad.

³³ Tanto para Savigny y Gierke, como para todo el derecho europeo de influencia germánica (inclusive el derecho italiano), el término “persona jurídica” se predicará exclusivamente de las asociaciones y sociedades corporativas, al menos hasta hace muy pocos años en que el mismo fue ampliado por vía doctrinal y jurisprudencial

³⁴ Desde el derecho romano, las *collegia* (corporaciones que atendían intereses públicos o de bien común) tenían las siguientes características que el concepto de persona jurídica permitió luego predicar de las *societas* y las demás personas jurídicas privadas: (i) requerían previa concesión o autorización del poder civil o eclesiástico, (ii) nucleaban habitualmente a una gran cantidad de miembros con una organización relativamente compleja -aunque podían subsistir aún con uno solo de ellos- lo que justificaba que, (iv) estaban jurídicamente habilitadas para tomar decisiones por mayoría (justamente, en “colegio”); (v) en atención a todo ello, en las *universitas* los miembros limitaban su responsabilidad personal a los aportes que realizaban.

tra inventiva jurídica deberá procurar que aquellos negocios que sean calificados como “no-societarios” puedan cumplir igualmente el fin práctico querido por las partes en vez de ser castigados con el peso de la nulidad, ya sea mediante su conversión (art. 384, CCN) o mediante el encuadramiento coherente de todo o parte del negocio en alguna de las innumerables alternativas que ofrece el derecho privado.

Como señaló Le Pera: “¿cuál es, finalmente, la marca, el dato, el test decisivo para saber que realmente estoy frente a una sociedad? Esta última pregunta es secundaria respecto de otra más importante. ¿Qué ha ocurrido en nuestro derecho privado para que ser o no una “sociedad” haya adquirido tanta importancia?”³⁵

³⁵ LE PERA, Sergio, “Sociedad y persona jurídica”, La Ley 1989-A, 1084 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo I, 515, AR/DOC/14914/2001, p. 8.

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY SOCIETARIA URUGUAYA

Alicia Ferrer Montenegro

Sociedad, empresa y organización son vocablos que muchas veces se utilizan indistintamente en el mundo no legal.

Y es correcto que así sea, por cuanto la figura legal sobre la cual reposa la empresa o la organización resulta secundaria para muchos operadores del mundo económico.

En nuestro mundo –el de las ciencias jurídicas– se construyó la figura de la sociedad concebida como contrato plurilateral de organización, donde el eje está en los socios o accionistas y no en la organización o empresa que desarrolla la actividad para la cual fue concebida. Desde hace ya décadas, en el mundo, la noción de sociedad contrato ha ido dando pasos hacia la noción de sociedad empresa, que posee una dinámica que trasciende la persona de sus integrantes, sostenida por una estructura económica y jurídico-formal que la mantiene casi al margen de aquellos, al decir de Ferro Astray.

Lo que fue sucediendo es que al no poder el empresario individual atribuir a su empresa un patrimonio propio e independiente del suyo personal se correrá el riesgo o de que no inicie la empresa o que recurra a la creación de una sociedad aparente que oculte la titularidad del verdadero propietario. La utilización del ropaje societario con fines de protección del patrimonio en el desarrollo de determinadas actividades es frecuente.

Existen innumerables sociedades ficticias, las denominadas “de cómodo”, en realidad destinadas a encubrir la actividad empresarial de una sola persona física.

La solución acogida en la reforma de la ley no hace más que reconocer esta realidad.

También existen precedentes en el derecho uruguayo de la admisión de la unipersonalidad societaria.

Así, la solución dada al tema de las sociedades anónimas uruguayas, cuya constitución exige de dos o más fundadores, pero una vez constituida puede, al amparo del artículo 10 del Decreto 335/90 tener un solo accionista.

O que, a pesar de que el artículo 156 de la ley societaria dice que cuando se pierde la pluralidad de socios la sociedad tiene un año para disolverse o recuperar la pluralidad, pasan y pasan los años sin que el único socio sobreviviente mantenga la sociedad bajo la forma originalmente adoptada, pero en la unipersonalidad total.

Con la sanción de la Ley 19.820 de emprendedurismo, se consagró la figura de la SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA regulada en los artículos 8 a 48 de dicha norma, se reconoce formalmente la posibilidad de constituir una sociedad mediante la voluntad de un solo sujeto persona física o jurídica (menos las sociedades anónimas).

El Proyecto de Ley de sociedades comerciales a estudio del Parlamento, establece en su artículo primero la unipersonalidad genérica de las sociedades comerciales.

La Exposición de Motivos de la ley dice sobre esta cuestión que “La existencia de sociedades unipersonales constituye actualmente una posibilidad recogida por la inmensa mayoría del derecho comparado, que prevé la constitución de sociedades comerciales por una

sola persona”

Nuestra doctrina se ocupó del tema y desarrolló interesantes trabajos sobre el mismo que fueron tenidos en cuenta en la reforma de la ley.

Primero que todos, en el año 1991 a poco de entrada en vigencia de la Ley 16.060, el Maestro Ferro Astray en Anuario de Derecho Comercial 5 proponía legislar sobre sociedades unimembres y detallaba la profusa legislación comparada que sustentaba su posición.

En el año 1992 publiqué conjuntamente con Teresita Rodríguez Mascardi un trabajo en la revista del Colegio de Abogados en la cual se sostenía que las sociedades unipersonales son una realidad cotidiana en nuestro medio empresarial y que contra la doctrina mayoritaria en ese tiempo y pese a la ausencia de normativa su existencia no podía ser ignorada. Ambas reiteramos en trabajo posterior la impostergable necesidad de legislar sobre el tema¹.

En ese mismo año, la Revista de Derecho Comercial y de la Empresa N° 57-58² publicó un trabajo del Dr. Pérez Fontana que cerraba con esta frase: *Para concluir, en nuestra opinión volvemos a resaltar que la admisión de una sociedad constituida por un solo socio es una verdadera herejía jurídica.*

El Profesor Rippe, en el Anuario de Derecho Comercial 7³, insistió con la necesidad de su regulación. “Nosotros pensamos en términos generales que en una economía abierta, integrada, globalizada debe primar cada vez más la decisión y la voluntad de las partes en el manejo de sus actividades negociales singulares; que en una Sociedad en donde necesariamente habrá enorme competencia nacional, regional, internacional, en todos los sectores, el agropecuario, industrial, comercial, de servicios, debe ofrecerse toda posible alternativa instrumental para que las personas, los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades empresariales, con capacidad de adaptabilidad y flexibilidad en las respuestas a las nuevas, cambiantes circunstancias objetivas del mercado. Y el elenco para ello, no debería ser cerrado sino un elenco abierto. Esta es una solución que venimos sosteniendo hace muchísimos años.... ¿Es una posibilidad la sociedad con un solo socio y la empresa individual de responsabilidad limitada? Obviamente lo es, no es tanto un tema de tipología formal, es una tema de opciones acordes a las exigencias de la realidad.”

No pueden desconocerse opiniones como la de la Prof. Nuri Rodríguez⁴ para quien la sociedad es una estructura ideada para la colaboración de los hombres en las actividades económicas, por lo cual la sociedad unipersonal desvirtúa el contrato societario. Afirma que no puede haber sociedad de un solo socio.

Vallarino⁵, sostuvo que “la sociedad comercial es un instrumento jurídico. Como tal debe estar al servicio de los hombres. Ellos la han creado pensando en la realización de comercio en forma asociativa. Pero la realidad indica que también sido utilizada para ejercerlo en forma individual. La finalidad perseguida, es limitar la responsabilidad de la persona física que ejerce el comercio y que no desea poner en riesgo todo su patrimonio. ...A pesar de las objeciones que se puedan formular a la sociedad unipersonal, el instrumento ha sido probado y se presenta como apto para satisfacer una necesidad del ser humano que no ha

¹ Rodríguez Mascardi, Teresita y Ferrer, Alicia. Sociedad Unipersonal. Sobre la impostergable necesidad de legislar. En Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial FCU Montevideo. 2013. Página 285 y ss.

² Pérez Fontana, Sagunto. Sociedad con un solo socio. Una herejía jurídica. Revista de Derecho Comercial y de la Empresa N° 57-58. FCU Montevideo. Enero Junio 1992. Página 8.

³ Rippe, Siegbert. Sociedad de un solo socio. En Anuario de derecho Comercial N° 7. FCU Montevideo. 1996. Páginas 50 y 51.

⁴ Rodríguez Olivera, Nuri. Curso de sociedades Comerciales. Tomo 1. Ed. Universidad. Montevideo.

⁵ Vallarino, Claudia. Sociedad Unipersonal. En Derecho Societario Ferro Astray In memoriam. Ed. B de F. Montevideo 2007. Página 106.

sido satisfecha por otro instrumento jurídico.”

La doctrina fue inclinándose por la inclusión legal de la sociedad de un solo socio. Surge diáfamanamente de las posiciones expuestas en Evaluación de la ley de sociedades comerciales. Semana Académica 2009⁶ y en trabajos publicados en libro correspondiente el año siguiente.⁷

La sanción de la Ley 19.820 que regula a las Sociedades por acciones simplificadas, consagró a texto expreso la unipersonalidad genética de este tipo social, terminando con la discusión.

De esta forma, superada la pluralidad de socios por las construcciones doctrinarias, la cuestión pasó a ser un tema de política legislativa.

Con el camino despejado por la ley 19.820, resulta más sencillo proponer la constitución de sociedades por un solo sujeto.

La nueva redacción del artículo 1 de la Ley de sociedades comerciales, recepta a la sociedad unipersonal en su nueva redacción: “Habrá sociedad comercial cuando una o más personas físicas o jurídicas, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de actividad comercial organizada, con el fin de participar en las ganancias y soportar las pérdidas que ella produzca.”

Es claro que el propósito buscado con la creación de la sociedad unipersonal es la limitación de la responsabilidad al patrimonio de ésta sin alcanzar el patrimonio personal del titular. En ese sentido parece correcta la adopción de la forma societaria porque ella deja en claro el fin perseguido.

El legislador, no obstante, limitó la unipersonalidad a la constitución de la sociedad anónima, de responsabilidad limitada y sociedad por acciones simplificada como surge del inciso segundo del mismo artículo. ¿Por qué no se acepta en las sociedades colectivas? Básicamente por dos cuestiones: a) es un tipo social prácticamente en desuso y consecuentemente no hubo voluntad de modificar su estructura: b) cuando se resuelve adoptar este tipo no se justifica la unipersonalidad porque el patrimonio individual de los socios siempre estará comprometido con la suerte de la sociedad aunque en forma subsidiaria.

Los demás tipos sociales requieren, por su propia estructura de más de un socio.

La existencia legal de una sociedad unipersonal tiene como consecuencia ineludible la renuncia a una noción fundamental de nuestro derecho, ya que tendremos que abandonar el concepto de sociedad- contrato. Como sostuvo Ferro Astray⁸ con su reconocida claridad conceptual, “Frente a la sociedad unipersonal, la sociedad- contrato sigue siendo una incongruencia, pero en cambio no lo es la sociedad-empresa que posee una dinámica que trasciende la persona de sus integrantes, sostenida por una estructura económica y jurídico formal que la mantiene casi al margen de aquellos”.

Esto queda plasmado en la nueva redacción del artículo primero y la propia definición de la sociedad, permitiendo que la misma pueda instituirse por voluntad de una sola persona, como se viera supra. Es que los coautores de la reforma legal coinciden en lo expresado por Olivera⁹ en que “no existe ninguna restricción conceptual para que el legislador opte por

⁶ Evaluación de la ley de sociedades comerciales a los 20 años de su promulgación. FCU. Montevideo. 2009 Ver trabajos de Azofra, Holz, Imas, Alejandro Miller, Pereira, Vallarino y Marta Vera desarrollados en páginas 9 a 65.

⁷ Sociedades y Concursos en un mundo en cambios. FCU Montevideo. 2010 Cianciarullo, Daniela página 19 y Xavier de Mello, Eugenio página 95.

⁸ Ferro Astray, José. Sociedad Unipersonal. Anuario de Derecho Comercial N° 5 FCU. Montevideo. 1991 Página 12.

⁹ Olivera, Ricardo. La sociedad unipersonal en la ley general de sociedades: una visión desde el derecho comparado y desde la experiencia

otorgar a la voluntad unilateral de una persona individual legitimación para la constitución de una sociedad. Se trata de una cuestión de técnica legislativa y no una cuestión de esencia del instituto”.

Por cierto que implica la desaparición del concepto de la *affectio societatis* -discutido por la doctrina-, y del fin común como causa de la sociedad. Las cualidades personales de quienes celebran el contrato de sociedad, y el afán de colaboración en una empresa común resultan irrelevantes frente a esta figura legal.

La aceptación de este modelo, implicó eliminar la causal de la disolución de la sociedad prevista por el numeral 8 del art. 159, así como la derogación del art. 156 que previó que cuando por efecto de una causal de rescisión quede afectada la pluralidad de socios, el restante podrá optar por disolver la sociedad o continuar la misma mediante la incorporación de nuevos socios en el plazo de un año, lo cual lleva a la caída de la causal de anulación del contrato cuando la sociedad queda reducida a un solo socio.

Cierto es que se corre el riesgo que la sociedad unipersonal puede ser utilizada como un instrumento de fraude a la ley. Se entendió que es el mismo riesgo que se corre con lo que el Maestro Ferro Astray llamaba sociedades simuladas o aparentes (SRL 98/2 o anónimas 99/1) que bajo supuesta pluralidad ocultan al empresario individual. Siempre teniendo en cuenta que nuestro sistema legal contiene normas societarias y parasocietarias que permiten combatir el fraude a la ley, particularmente las disposiciones de los artículos sobre inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad y los relativos a las nulidades.

Hay mecanismos legales y procesales suficientes para prevenir y sancionar el fraude: acción pauliana, acción simulatoria, disregard, nulidades.

En definitiva, la modificación propuesta tuvo en cuenta:

a.- La finalidad económica es la que lleva al hombre a crear constantemente nuevas figuras jurídicas. Los juristas deben adecuar esas construcciones prácticas a los esquemas conocidos y reconocidos legislativamente.

b.- La sociedad comercial ha sido desde comienzos del Siglo XX herramienta de limitación de responsabilidad del empresario. Es el patrimonio social la garantía de los terceros sin importar el número de socios que la integran.

c.- En el derecho positivo uruguayo, es ahora posible la constitución de una sociedad con un solo socio por aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

d.- La unipersonalidad de la sociedad regulada en el Proyecto de Ley favorecerá el desarrollo de la micropymes y su formalización, considerando que este tamaño de empresas las que más actúan en la económica y más empleo y actividad generan.

EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY URUGUAYA DE SOCIEDADES COMERCIALES

Ricardo Olivera García, Alicia Ferrer y Alejandro Miller

Introducción.

El pasado 2021, los profesores de Derecho Comercial Ricardo Olivera García, Alicia Ferrer Montenegro y Alejandro Miller, integrantes del Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República elaboraron un proyecto de reforma del régimen vigente en Uruguay para las sociedades comerciales, dado por la Ley N° 16.060 de 1989.

El Proyecto de reforma fue presentado el 21 de junio de 2021 al señor Presidente de la República y a la señora Ministro de Economía y Finanzas. El pasado 1° de junio de 2022, los líderes de bancada de los cuatro partidos políticos con representación en la Cámara de Senadores dieron, en forma conjunta, estado parlamentario a lo que ahora es el Proyecto de reforma, designándose además una Comisión Especial en la Cámara de Senadores para su consideración, la cual ha comenzado con su estudio.

El Proyecto propone importantes cambios en la legislación societaria, tendientes a moderar la normativa vigente, con la finalidad de mejorar el clima de funcionamiento empresarial y de realización de inversiones, adecuando nuestra normativa al proceso de globalización de la actividad económica.

A continuación, se realiza un detalle de las principales reformas propuestas por el Proyecto, a partir de las consideraciones contenidas en su exposición de Motivos.

Necesidad de la reforma.

El Proyecto de reforma de la Ley de Sociedades Comerciales propone una modificación parcial, aunque profunda, del régimen vigente en la materia, dado por la Ley N° 16.060 del 4 de setiembre de 1989.

Si bien la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) significó -junto con la Ley de Concursos- la modificación más importante en la legislación comercial uruguaya, después de la propia sanción del Código de Comercio de 1866, sus más de 30 años de vigencia han mostrado una serie de defectos en su funcionamiento y han determinado la aparición de nuevas y mejores soluciones normativas en el derecho comparado, las cuales hacen aconsejable su revisión.

En primer lugar, la LSC nació con vocación de ser revisada. Como lo manifestara elocuentemente el senador Dardo Ortiz, durante la discusión parlamentaria del proyecto: *“Tal como manifestó el señor Senador Aguirre, lo más conveniente sería aprobar el proyecto, aunque a todos nos merezca algún género de dudas y de salvedades. Pienso que en el transcurso del año que viene iremos teniendo alguna experiencia de como funciona todo esto y tal vez podamos presentar una ley modificativa. Al aprobar este proyecto por lo menos tendremos un instrumento jurídico”* (versión taquigráfica de la sesión de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado del 30 de noviembre de 1988, carpeta N° 885/987, distribuido N° 806/988). Los tiempos políticos determinaron la necesidad de aprobación de la LSC sin una revisión final. Si bien en estos 30 años existieron algunas reformas menores, la revisión proyectada nunca se produjo.

En segundo lugar, la experiencia de aplicación de la LSC ha puesto en evidencia una multipli-

cidad de problemas prácticos, que han entorpecido el funcionamiento de las sociedades, han limitado la posibilidad de los operadores económicos de adaptarlas eficientemente a las necesidades de negocios y han incrementado innecesariamente los costos de transacción y los costos de agencia, que una legislación societaria debe tender necesariamente a reducir. Basta tener presente que el Doing Business del Banco Mundial coloca a Uruguay en el puesto 101 en el ranking de países en materia de facilidad para hacer negocios. En esta materia, la constitución y el funcionamiento de los vehículos societarios tienen una incidencia sustancial.

En tercer lugar, la legislación societaria ha avanzado en forma exponencial en el mundo a partir de la década de los 90, incorporando soluciones mucho más novedosas y modernas. Es llamativo que las fuentes principales tomadas en cuenta para la elaboración de la LSC -ley argentina de sociedades comerciales de 1972, ley brasileña de sociedades de sociedades por acciones de 1976, leyes españolas de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de 1951 y 1953 y Código Civil italiano de 1942- fueron objeto de varias profundas y radicales reformas. Nuestra LSC ha quedado sola en un concierto internacional de permanente mejoramiento normativo.

En cuarto y último lugar, la propia legislación societaria uruguaya ha tenido avances significativos con la aprobación por la Ley N° 19.820 del régimen de las sociedades por acciones simplificadas (SAS), en base a un proyecto presentado por los profesores Olivera García y Miller. Esta ley, inspirada en varias reformas europeas y latinoamericanas de las últimas tres décadas y en la Ley Modelo aprobada por OEA en 2017 introdujo en nuestro sistema societario una serie de innovadoras soluciones normativas, muchas de las cuales es necesario extrapolar a todo nuestro régimen societario.

Las modificaciones que se proponen en este Proyecto recogen, no solamente la investigación y experiencia profesional de sus autores en las tres décadas de aplicación de la ley, sino además -y fundamentalmente- los trabajos y propuestas realizados por toda la academia comercialista uruguaya, en especial por el Instituto de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho (UDELAR). Éstas están contenidas en los trabajos de revisión realizados con motivo de los 10, 20, 25 y 30 años de vigencia de la Ley (Vé. *Temas de Derecho Societario. Diez años de la Ley de Sociedades Comerciales. Análisis y perspectivas*, FCU, 2000; *Evaluación de la Ley de Sociedades Comerciales a los 20 años de su promulgación*, FCU, 2009; *Ley de Sociedades Comerciales. Estudios a los 25 años de su vigencia*, La Ley, 2015; *El Derecho Comercial en el camino de la revisión de la normativa societaria y concursal*, FCU, 2019), sin perjuicio de otros muchos estudios doctrinarios en la materia.

Propósito de la reforma.

El Proyecto pretende mejorar y modernizar el sistema societario, aumentando su eficiencia y adaptándolo mejor a la realidad y a las necesidades de los operadores nacionales. Para esto, resulta necesario simplificar su funcionamiento, reducir sus costos de transacción y crear mecanismos que reduzcan la conflictividad societaria.

Uruguay tiene un mercado formado fundamentalmente por micro, pequeñas y medianas empresas. Las mismas representan el 99,5% de las empresas nacionales, que proveen más del 70% del empleo nacional del sector privado. El arquetipo de la gran empresa que accede al ahorro público para formar su capital social y que cotiza sus acciones en bolsa queda reducido a un elenco minúsculo de casos, que están regulados por la Ley N° 18.627 de Mercado de Valores y sujetas a la regulación y control de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay.

La Ley de Sociedades Comerciales debe facilitar el acceso a las formas societarias a los operadores económicos, requisito esencial para su formalización institucional y para el acceso al crédito, simplificando las estructuras societarias y permitiéndoles adaptar las mismas a las especiales características del negocio. Una legislación societaria adecuada representa un estímulo para el desarrollo de actividades empresariales y para invertir en ellas, reduciendo los costos de transacción y los costos de agencia que una legislación excesiva o inadecuada exagera. Al mismo tiempo, reduce la conflictividad societaria estableciendo soluciones que brinden una protección adecuada a todos los actores intervinientes.

Las corrientes más modernas en materia de sociedades comerciales transitan el camino de la simplificación societaria, de la jerarquización de la autonomía de la voluntad de los particulares, del establecimiento de mecanismos que aseguren la transparencia del negocio y de soluciones que brinden una adecuada protección de los intereses de socios y acreedores, reduciendo la conflictividad societaria, causa de destrucción del valor empresarial.

En este sentido se alinean las soluciones propuestas en el Proyecto.

El Proyecto ha tenido en cuenta las recomendaciones de las directivas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI). Entendemos que ninguna de las reformas que se proponen importa un obstáculo para la plena aplicación de la normativa actual o futura sobre esas materias.

La técnica seguida por el Proyecto no supone una reforma integral de la Ley N° 16.060, sino la propuesta de soluciones específicas a ser introducidas en el texto de la misma que, en algunos casos, se limitan a la mejor estructuración de la norma, a través de la reubicación de algunos institutos dentro del propio texto de la ley.

Se tomó la decisión de no incluir en el Proyecto ninguna modificación al régimen de las sociedades por acciones simplificadas establecido recientemente por la Ley N° 19.820 ni su incorporación a la LSC. Se trata de un régimen nuevo, que recién está siendo implementado y probado, y para cuya evaluación se requerirá todavía algún tiempo.

Se destacan a continuación las principales características del Proyecto presentado.

Unipersonalidad genética de las sociedades.

La LSC, en su régimen vigente, exige la concurrencia de dos o más personas, físicas o jurídicas, en el acto de constitución de la sociedad comercial. Esta exigencia de pluripersonalidad genética responde al prejuicio contractualista que orientó a sus autores y a toda la legislación comparada de la época que les sirvió de inspiración. Sin perjuicio de esto, a poco de aprobarse la ley, el decreto 335/990, en una solución promovida por el entonces Subsecretario de Economía Nicolás Herrera, reconoció la posibilidad de que las sociedades anónimas devinieran unipersonales, a través de la concentración de todo su capital accionario en una sola persona, solución que ha funcionado sin mayores dificultades en las tres décadas de vigencia de la norma.

La existencia de sociedades unipersonales constituye actualmente una posibilidad recogida por la inmensa mayoría del derecho comparado, que prevé la constitución de sociedades comerciales por una sola persona.

Este reconocimiento generalizado responde a la realidad de que, muchas veces, una sola persona es quien decide crear una sociedad comercial, con la finalidad de organizar una actividad empresarial. Esto ocurre tanto en el caso de personas físicas como de personas jurídicas, muchas veces del exterior, que deciden instalar en el país una sociedad filial.

En el derecho uruguayo, esta posibilidad ya fue consagrada para las SAS por la vigente Ley N° 19.820, la cual previó además, con gran éxito, la conversión de empresas unipersonales en SAS, logrando la formalización de muchas actividades económicas.

El Proyecto amplía este precedente legislativo, previendo que tanto las sociedades de responsabilidad limitada como las anónimas podrán constituirse y funcionar con un solo socio o accionista.

Esta solución va acompañada con una simplificación en la organización y el funcionamiento de los órganos sociales en el caso de sociedades unipersonales, evitando los costos provenientes de exigencias artificiales de funcionamiento, propias de los órganos de integración colectiva.

Los posibles excesos que puedan producirse en este sentido, por fraude a la ley o a las relaciones contractuales con terceros, son corregidos por la ley a través del instituto de la inoponibilidad o prescindencia de la personalidad jurídica, ya previsto en la LSC, la experiencia de cuyo funcionamiento es satisfactoria.

Jerarquización de la autonomía de la voluntad.

El Proyecto propone la incorporación de una norma trascendente para el sistema societario uruguayo, en línea con las tendencias más modernas en el derecho comparado. Establece que el contrato social, el instrumento de constitución, el estatuto, sus modificaciones y resoluciones de los órganos sociales se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad. La sociedad comercial es un negocio de contenido patrimonial, en el cual las partes acuerdan llevar adelante una actividad de riesgo, con la finalidad de compartir el lucro que de la misma haya de surgir.

Esto supone reconocer el carácter dispositivo de las previsiones de la ley, superando los problemas interpretativos que plantea la imperatividad difusa que parecen establecer las disposiciones del régimen vigente. Como solución de principio, son los otorgantes del negocio societario quienes están en mejores condiciones de decidir cuáles son las reglas que habrán de regular el funcionamiento de la sociedad, disponiendo del derecho patrimonial proveniente de su aporte. El negocio societario debe ajustarse a las especiales características de la relación económica acordada por las partes, a las que corresponde establecer las condiciones del mismo.

Como todas las manifestaciones del ejercicio de la libertad de las personas, consagrado constitucionalmente, deben reconocerse las limitaciones necesarias que se establezcan por razones de interés general. En tal sentido, el carácter dispositivo de las previsiones de la ley habrá de tener como excepción aquéllas respecto de las cuales la propia ley expresamente establezca la nulidad ante su violación, se proteja un interés público o los derechos de terceros, la ley expresamente atribuya responsabilidades o se regulen acciones judiciales.

Se busca poner fin a un antiguo debate planteado en el marco de la doctrina, inclinándonos por la tesis mayoritaria que reconoce el carácter dispositivo de las previsiones de la ley, en todos aquellos temas en los cuales se encuentre involucrado el interés público, o un interés general inclusivo de la protección de los terceros.

Esta solución es la que también recoge la Ley N° 19.820 al regular el régimen de las sociedades por acciones simplificadas.

La obligación de actuar de buena fe y de ajustarse al interés social.

Se consagra en el Proyecto una norma de carácter general aplicable a todas aquellas personas que intervienen en el funcionamiento de la sociedad, integrando sus órganos sociales, ya sea como socios, administradores o miembros del órgano de fiscalización.

Para todos ellos se impone la obligación de actuar de buena fe, alineando su comportamiento con este estándar jurídico que establece un principio cardinal en materia de ejecución de los contratos. Si bien podría interpretarse que esta obligación ya existe, en virtud de la remisión que realiza la Ley N° 16.060 para el negocio societario a las normas y principios generales en materia de contratos (art. 5), nos parece importante extender su aplicación a todo el plexo de relaciones contractuales que se entrecruzan en el negocio societario.

Se incluye también la obligación de que el comportamiento de dichos actores se ajuste al interés social. El concepto de interés social se encuentra ya incluido en diferentes disposiciones de la Ley N° 16.060. Sin perjuicio de ello, siguiendo la tendencia generalizada en el derecho comparado, se considera conveniente elevar este concepto al rango de principio general, imponiendo que todas las actuaciones de socios, administradores y miembros del órgano de fiscalización deban estar alineadas con el interés social, de forma de evitar el desvío en el ejercicio de sus derechos, funciones y facultades, que tienen por objeto formar la voluntad social, en la obtención de un interés personal, contrario o al margen del interés de la sociedad comercial.

La incorporación de la tecnología en el funcionamiento societario.

El Proyecto propone la inclusión de diversas normas que recogen el impacto de las nuevas tecnologías en el funcionamiento de las sociedades comerciales.

El régimen vigente recoge un estadio de evolución científica y tecnológica actualmente superado, resultando esencial incorporar los nuevos avances en materia de comunicaciones al ámbito societario.

Un avance, en ese sentido, había sido ya introducido para las SAS, por la Ley N° 19.820 al prever la constitución por medios digitales y con firma electrónica avanzada y el funcionamiento de los órganos sociales por videoconferencia o cualquier otro medio de comunicación simultánea, así como por la Ley N° 19.924 de 2020, al prever el funcionamiento de las asambleas de sociedades anónimas por videoconferencia o por cualquier otro medio de comunicación simultánea que brinden certeza sobre la identidad de los participantes, así como respecto a la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real en imagen y sonido de los asistentes en remoto.

El Proyecto propone profundizar la aplicación de la tecnología en todo el funcionamiento de las comunicaciones sociales incorporando, con fuente en la legislación española reciente, la existencia de la “página web societaria”, a través de la cual pueden canalizarse las comunicaciones entre la sociedad y los socios o accionistas, incluida la remisión de documentos, solicitudes e información y realización de las demás publicaciones exigidas legalmente. Se delega en la reglamentación el establecimiento de las normas de organización y funcionamiento, a los efectos de garantizar la seguridad y autenticidad de los documentos publicados.

Control societario y grupos de sociedades.

La Ley N° 16.060 regula el control societario, no así el funcionamiento de los grupos de sociedades, fenómeno cada vez más frecuente en la economía moderna.

En materia de control societario, el régimen vigente tomó disposiciones provenientes de la ley argentina y de la ley brasileña, cuya armonización generó problemas de armonización.

El Proyecto, ajusta las normas en materia de control societario, limitando el mismo al control interno por la tenencia de participaciones sociales y eliminando el control por “especiales vínculos”, concepto muy impreciso que no ha recibido o ha abandonado el derecho comparado. Se prevé además el receso, como mecanismo de protección del accionista mi-

noritario, en caso de que el Estado o un ante público asuma, en forma superviniente, el control de una sociedad comercial.

En materia de grupos de sociedades, recogiendo antecedentes de la legislación italiana, de los precedentes de la jurisprudencia francesa (caso Rozenblum) y del Forum Europeum sobre Grupos de Sociedades consagra soluciones que establecen un adecuado equilibrio entre el reconocimiento del interés grupal y la protección de los intereses de cada una de las sociedades del grupo.

Actuación de las sociedades extranjeras.

El Proyecto procura dar solución al problema no resuelto, planteado desde la vigencia de la Ley N° 16.060, respecto a las circunstancias en las cuales las sociedades constituidas en el exterior deben registrarse en el país, a efectos de poder realizar actividad permanente en el mismo, y cuales son las consecuencias de la omisión de este requisito.

A tales efectos, se propone la sustitución del concepto de “representación permanente” por el de “establecimiento permanente”, introduciendo un concepto más claro y preciso, en línea con la propuesta que formula el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE y nuestra legislación sobre Impuesto a las Rentas de Actividades Económicas (IRAE). La circunstancia de que una persona constituida en el exterior tenga o no un establecimiento permanente en el país, es el factor decisivo para que su actividad se encuentre gravada por IRAE o por el Impuesto a las Rentas de los No Residentes (IRNR). El incumplimiento de la inscripción torna inoponible el contenido del acto constitutivo, contrato o estatuto a terceros con relación a los actos cumplidos en la República, alineándose con las soluciones generales establecidas por la Ley de Registros N° 16.871 para los casos de omisión de publicidad registral.

A esta consecuencia se agrega la derivada de la responsabilidad que pueda corresponderles a administradores y representantes, de derecho o de hecho, por la violación del mandato legal.

Flexibilización de la sociedad de responsabilidad limitada.

El Proyecto propone una importante modernización y flexibilización del régimen legal de las sociedades de responsabilidad limitada.

Este tipo social, regulado por primera vez en nuestro país en 1933, tuvo escasas o nulas variantes en la Ley N° 16.060, la cual recogió en esta materia algunas normas de la ley argentina de 1972 y de la española de 1953, ambas posteriormente reformadas.

Si bien la norma vigente establece, como regla de principio, la limitación de responsabilidad de los socios, mantiene un régimen rígido de funcionamiento y de transferencia de las participaciones sociales, no superando mayormente las soluciones decimonónicas establecidas por nuestra codificación comercial para las sociedades personales.

La situación se torna más que elocuente con la reciente aprobación del régimen de las sociedades por acciones simplificadas por la Ley N° 19.820. Este nuevo tipo societario, que apunta a una franja del mercado empresarial similar al de las limitadas establece un régimen mucho más flexible y moderno, que se ha traducido en una significativa migración del régimen de las limitadas al régimen de las SAS.

El Proyecto ha buscado trasladar a la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada muchas de las normas y principios de las SAS en materia de responsabilidad de los socios, administración y gobierno de la sociedad, y de transferencia de sus cuotas sociales, de modo de superar la asimetría normativa creada entre ambos tipos sociales.

En este sentido, se flexibiliza el régimen de integración, designación y funcionamiento del ór-

gano de administración, previéndose su posibilidad de reunión por videoconferencia o la adopción de resoluciones por consentimiento escrito de sus socios. Similar flexibilización se realiza con respecto a la convocatoria, funcionamiento y toma de decisiones del órgano de gobierno, incorporándose la posibilidad de la utilización de medios tecnológicos para la convocaría, deliberación y toma de decisiones. Se agrega, además, la posibilidad de emitir cuotas sociales con voto plural, recogiendo las modernas tendencias de la legislación nacional y comparada.

En materia de transferencia de cuotas sociales, se simplifica el régimen abstruso y macabro previsto por el régimen vigente, a través de un mecanismo más sencillo que respeta el mismo derecho de preferencia de los demás socios y de la sociedad, pero a través de técnicas más adecuadas. Se introduce además la innovación, recogida por gran parte del derecho comparado, de permitir la transferencia de las cuotas sociales sin modificación del contrato social, con inscripción de la misma en el libro de Registro de Cuotas llevado por la propia sociedad, dando a las mismas un régimen similar al previsto por la ley para las acciones escriturales.

Finalmente, se establece para las sociedades de responsabilidad limitada la aplicación subsidiaria de las normas previstas en la ley para las anónimas.

Simplificación del régimen de constitución y control de las sociedades anónimas.

El Proyecto propone lo que es un reclamo a voces de todo el mundo empresarial, profesional y académico nacional: la simplificación del procedimiento de constitución y de control de las sociedades anónimas.

En el régimen de la Ley N° 16.060, las sociedades anónimas se encuentran sometidas, en el proceso de constitución, a un control de legalidad por parte de la Auditoría Interna de la Nación, en forma previa a su registración y publicación. Este régimen de control previo, que no se encuentra vigente para ningún otro tipo social y que se encuentra absolutamente superado en todo el derecho comparado, determina que resulte extremadamente complicado para los operadores económicos constituir sus propias sociedades anónimas, recurriéndose mayoritariamente al procedimiento de adquirirlas ya hechas en estudios que se dedican a prefabricar las mismas.

Esta práctica, absolutamente anómala a nivel internacional, representa una de las más importantes trabas para la facilitación de hacer negocios en el Uruguay, determinando que nuestro país retroceda, año a año, en los rankings internacionales publicados por el Banco Mundial.

No existe en las sociedades anónimas absolutamente ninguna característica que justifique someterlas a este control previo de legalidad. La sociedad anónima es, en nuestro país, una forma jurídica con amplia polivalencia funcional, utilizada por pequeñas, medianas y grandes empresas, que resulta castigada por un régimen superado y carente de fundamento. Por otra parte, el control estatal previo no sana cualquier vicio o defecto que el negocio constitutivo pueda contener.

Otro tanto ocurre con los controles exigidos para sus reformas de estatutos y para los procesos de aumento, reducción o reintegro de su capital.

En el caso de aquellas sociedades anónimas abiertas o cotizadas, que acuden al mercado para la integración o ampliación de su capital social -casos absolutamente escasos en nuestro país- para las que podría justificarse la existencia de controles especiales, ya que captan inversión pública, existe ya el control de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central previsto por la Ley N° 18.627 sobre Mercado de Valores.

Esta superposición de controles, que -lejos de agregar valor- perjudican y encarecen el funcionamiento societario, deben ser removidos.

La función del control estatal de las sociedades comerciales -las anónimas incluidas- debe canalizarse a través de mejorar la transparencia de su funcionamiento, a través de me-

canismos de registraci3n de estados contables y de auditoría externa obligatoria para las empresas de mayor porte.

Derecho de socios y accionistas y protecci3n de las minorías.

El Proyecto propone significativos avances en el establecimiento de un sistema moderno y eficiente de protecci3n de las minorías en las sociedades comerciales, con especial incidencia en el caso de las an3nimas, r3gimen aplicable tambi3n por remisi3n legal a las limitadas y a las SAS. Se propone una mejora significativa en el ejercicio de los principales derechos de socios o accionistas frente a la sociedad.

Con respecto al derecho a la integridad del valor de la participaci3n social. El Proyecto incorpora un derecho esencial de todo socio o accionista, no recogido por la normativa vigente, pero que resulta recogido, en una u otra forma, por la doctrina y por el derecho comparado: el derecho a que se preserve el valor de la participaci3n social en los casos de aumento de capital. La preservaci3n de este derecho esencial se traduce en la exigencia de la integraci3n de capital sobre la par (con prima de emisi3n) cuando exista un apartamiento significativo entre el aporte y el valor de las acciones suscritas, otorgando a los accionistas disidentes derecho de oposici3n. Se pretende solucionar los serios problemas de diluci3n del valor de la participaci3n social que se produce en perjuicio de las minorías.

Con respecto al derecho al dividendo. En este punto, el Proyecto establece dos modificaciones sustanciales, tendientes a proteger tanto a los accionistas como a los acreedores.

En primer lugar, define el concepto de utilidad neta distribuible, la cual supone -no solamente que se hubieran cubierto las p3rdidas de ejercicios anteriores- sino adem3s y acumulativamente: (a) que resulten de un balance confeccionado de acuerdo con normas contables adecuadas; (b) que se trate de un balance preparado en la moneda funcional de la sociedad; (c) que el balance haya sido aprobado por el 3rgano competente; (d) que la distribuci3n no ponga en grave peligro la solvencia actual o futura de la sociedad, o torne manifiestamente insuficientes o inadecuados los recursos patrimoniales de la sociedad para el ejercicio de la actividad a la cual se dedique.

Con esta norma se busca definir en forma correcta el concepto de utilidad social, marcando el alcance y los l3mites del derecho al dividendo y protegiendo el derecho de cr3dito de los acreedores sociales.

En segundo lugar, se busca establecer un mecanismo m3s eficiente de protecci3n efectiva del derecho al dividendo, amparando a los accionistas minoritarios de los perjuicios derivados de una indebida retenci3n de las utilidades por parte de las mayorías. Para esto, se recoge la novedosa y muy exitosa soluci3n contenida en una reciente reforma de la ley española de sociedades de capital, seg3n la cual se otorga derecho de receso a los accionistas disidentes en caso de resoluci3n de asamblea que hubiera resuelto no distribuir la utilidad neta distribuible o distribuir un porcentaje inferior al 25% de la misma, salvo que la distribuci3n promedio durante los 3ltimos cinco ejercicios hubiera alcanzado dicho porcentaje. Se excluyen los casos de convenios concursales o acuerdos de refinanciaci3n en los que se hubiera acordado la restricci3n en la distribuci3n de dividendos.

Se considera que esta soluci3n, que equilibra con mayor 3xito la voluntad social con los derechos de las minorías, supera la soluci3n del dividendo m3nimo obligatorio prevista por la ley, que no ha resultado exitosa.

Finalmente, se propone la eliminación de la obligación de constituir una reserva legal, producto de una técnica legislativa imperfecta y superada por el derecho comparado.

Con respecto al derecho a la información. El Proyecto amplía significativamente el derecho a la información de socios y accionistas, estableciendo un régimen de absoluta transparencia compatible con la preservación del interés social a la confidencialidad de los negocios. En tal sentido, se impone a los administradores el suministro de información veraz, suficiente y oportuna respecto a todos los puntos respecto de los cuales aquéllos habrán de expresar su voto en las asambleas sociales.

Aparte de esto, se reconoce a los socios o accionistas que representen el menos el veinte por ciento del capital integrado de la sociedad el derecho a examinar los libros y documentos sociales así como recabar de los administradores los informes que estimen pertinentes, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del accionista, o existan razones fundadas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su divulgación perjudique a la sociedad o a sociedades vinculadas. En caso de existir un órgano de control interno, este control se realizará a través del mismo.

Al mismo tiempo y como contrapartida, se consagra la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de la utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada.

Con respecto al derecho de voto. El Proyecto propone otorgar mayor flexibilidad a la autonomía de la voluntad de los socios o accionistas en el otorgamiento de derecho de voto, previendo que los estatutos podrán establecer derechos de voto diferentes para cada clase o serie de acciones, con indicación expresa de sobre la atribución de voto singular o voto múltiple, si correspondiere. También podrá prever la existencia de acciones sin derecho de voto. No podrán ser privadas de derecho de voto en aquellas asambleas en que se consideren resoluciones o reformas que modifiquen el régimen aplicable a la respectiva clase, o que otorguen derecho de receso.

Los estatutos podrán también exigir un número mínimo de estas acciones, que no podrá ser superior a diez, para otorgar el derecho a voto en las asambleas.

Con respecto al derecho de receso. El Proyecto se alinea con las modernas corrientes de derecho comparado que acuden al otorgamiento de derecho de receso a los socios o accionistas disidentes, en el caso de reformas estatutarias o decisiones sociales sustanciales, de modo de lograr un adecuado equilibrio entre el principio mayoritario para la toma de decisiones sociales y el derecho del minoritario de que no resulten modificadas las bases del negocio consentido. La Ley N° 16.060 acude al derecho de receso en numerosas disposiciones, aun superando al respecto las fuentes de derecho comparado consultadas para su elaboración. El Proyecto mantiene y profundiza este criterio, incorporando nuevas hipótesis de ejercicio del derecho de receso: la decisión del órgano de gobierno de superar el límite establecido por la ley de participación de una sociedad en otra; el control público superviniente; y la falta de distribución de un dividendo mínimo.

En otros casos, como la transformación y fusión de sociedades, siguiendo el antecedente de la Ley N° 19.820 sobre SAS, el Proyecto acota el ejercicio del derecho de receso a aquellos casos en los cuales estas decisiones sociales modifican las bases fundamentales del contrato o estatuto, por implicar una desmejora notoria en los derechos patrimoniales de los socios o accionistas minoritarios. Se entiende que existe una desmejora notoria en los de-

rechos patrimoniales de los socios o accionistas: cuando se disminuya en forma relevante el porcentaje de participación del socio en la sociedad; cuando se disminuya sustancialmente el valor patrimonial de la participación del socio o accionista; cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la participación social o acción; o cuando se agrave la responsabilidad del socio o accionista respecto de terceros.

Además de estas reformas, a los efectos de que el ejercicio del derecho de receso salvaguarde cabalmente los derechos del recedente, el Proyecto establece el marco normativo adecuado para que pueda acudir, para establecer el valor del haber de receso, al criterio más idóneo de valuación de la sociedad, de acuerdo con las técnicas de valuación que consagran las reglas en materia de finanzas de empresas.

Capital social y acciones.

El Proyecto propone algunas reformas importantes el régimen aplicable al capital social, especialmente respecto de las sociedades anónimas, así como al régimen de la expresión del mismo en acciones.

En primer lugar, en materia de suscripción e integración del capital social, alinea el régimen aplicable a las sociedades anónimas con el de los demás tipos sociales, exigiendo la suscripción total del capital social en el momento de constitución de la sociedad y una integración mínima del 50%, debiendo completarse la totalidad de la integración en un plazo máximo de dos años. Igual criterio resulta de aplicación en el caso de aumentos de capital.

El Proyecto busca corregir el absurdo régimen vigente, que exige la suscripción e integración de porcentajes mínimos, no estableciendo tampoco plazos para la integración del capital suscrito. La falta de transparencia de este régimen, además de privar de información esencial a los acreedores sociales, establece un régimen perverso que ha dado lugar a numerosas maniobras en el manejo societario. Por otra parte, en un sistema en el cual no existen capitales mínimos para las anónimas, este régimen -son precedentes en el derecho comparado- carece absolutamente de fundamento.

Como consecuencia de esta reforma, se elimina la imposición de reducción obligatoria del capital. También se elimina el régimen de disolución de la sociedad por pérdidas, por entenderse que se trata de una materia que ha pasado a estar regulada por el derecho concursal. Con respecto a la emisión de acciones representativas de las integraciones de capital, el Proyecto incorpora diversas normas tendientes a flexibilizar las condiciones de su emisión, previendo: la estipulación de restricciones a la transferencia de las acciones nominativas y escriturales; la posibilidad de emisión de acciones de voto plural; la flexibilización del procedimiento de rescate y amortización de acciones, en caso de decisiones unánimes; y la ampliación de posibilidades de emisión de acciones preferidas.

No obstante, la modificación más importante propuesta en esta materia es que el estatuto podrá contemplar la emisión de acciones sectoriales. Este instituto, inspirado en las últimas reformas de la legislación italiana, aporta la previsión de que la sociedad anónima podrá emitir acciones (sectoriales) que darán a sus tenedores el derecho a recibir dividendos resultantes de las utilidades netas distribuibles producidas por uno o más sectores de la actividad social, o por uno o más proyectos específicos.

Con esta solución, el Proyecto innova en materia de dividendos para permitir la ampliación de los instrumentos de financiación de los que puede valerse la sociedad.

Reducción y prevención de la conflictividad societaria.

Una de las preocupaciones esenciales de toda ley societaria, además de reducir los costos de transacción y de agencia, y de establecer un régimen de protección adecuado para socios y terceros, es reducir los conflictos derivados del funcionamiento social.

Los conflictos societarios constituyen fenómenos de destrucción de valor, impidiendo generalmente que las sociedades funcionen con regularidad e impidiendo que adopten decisiones que optimicen la rentabilidad social y la creación de valor tanto para los socios como para la economía en su conjunto.

Muchos de estos conflictos derivan en litigios judiciales o arbitrales, mientras que otros perduran y se enquistan en el tiempo, por entender sus protagonistas que el litigio judicial no brinda una solución satisfactoria al problema.

Aparte de las soluciones que, al margen de la ley societaria, puedan analizarse para hacer más eficiente la solución de estos conflictos intrasocietarios, se considera que pueden incorporarse a la Ley algunas soluciones que permitan mitigar los efectos de estos conflictos. En primer lugar, el Proyecto propone establecer un régimen de prescripción corta (cuatro años) para todas las acciones previstas en la ley, de modo de dar certeza a las resoluciones sociales y seguridad al funcionamiento de la sociedad.

En segundo lugar, se habilita la estipulación por los socios o accionistas de vías para evitar tales conflictos, a través del pacto de causales de receso o de causales o requisitos de exclusión de socios o accionistas minoritarios (*squeeze out*).

En tercer lugar, se ajustan las normas en materia de impugnación de asambleas y de resoluciones del órgano de administración, así como en materia de responsabilidad de los administradores, con la finalidad de superar los problemas que plantea la aplicación del régimen vigente.

Finalmente, siguiendo la solución ya contenida en la Ley N° 19.820, se prevé la posibilidad de que se pacte en el contrato o estatutos sociales la solución de los conflictos societarios mediante arbitraje. De este modo, las diferencias que ocurran entre los socios o accionistas; de cualquiera de éstos con la sociedad, sus administradores, liquidadores o miembros del órgano de control interno; de la sociedad con sus administradores, liquidadores, o miembros del órgano de control interno, derivadas del contrato social o de los estatutos o de la operativa de los órganos sociales, incluida la impugnación de las resoluciones de asambleas o reuniones de socios o del órgano de administración, podrán someterse a arbitraje.

El arbitraje presenta la importante ventaja de la celeridad de los procedimientos y de confiar la definición de la diferencia a árbitros especializados en la materia.

Responsabilidad de los administradores.

El Proyecto realiza un importante ajuste a las normas en materia de responsabilidad de los administradores sociales, proponiendo la consolidación en la ley las interpretaciones mayoritarias de la doctrina y la más moderna regulación societaria establecida para las SAS por la Ley N° 19.820.

En primer lugar, se reordenan las disposiciones estableciendo un solo y único régimen de responsabilidad para los administradores de los diferentes tipos sociales. A tales efectos, se unifican en una sola disposición las normas separadas en la parte general de la ley y en la parte especial destinada a las sociedades anónimas. No existe fundamento alguno para establecer regímenes de responsabilidad diferentes para los administradores en los diversos tipos sociales.

En segundo lugar, se extiende expresamente el régimen de responsabilidad tanto al administrador de derecho como al administrador de hecho. La figura del administrador de hecho

recogida ya en nuestro derecho por la Ley de Concursos N° 18.387, por la Ley de Mercado de Valores N° 18.627 y por la reciente Ley de SAS N° 19.820 no había incorporada formalmente a la Ley N° 16.060, más allá de las construcciones de la doctrina.

En tercer lugar, se aclara el concepto individual y subjetivo de la responsabilidad y la exigencia de dolo y la culpa grave como factores atributivos de responsabilidad. Se dispone expresamente que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, con dolo o culpa grave, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar información disponible sobre la materia objeto de la resolución en cuestión. Se trata del principio del *business judgement rule*, acuñado en el derecho anglosajón y hoy aceptado mayoritariamente por el derecho continental comparado, como forma de incentivar la eficiencia en la administración societaria.

En esta materia, como se vio antes, se regula especialmente la responsabilidad de los administradores de las sociedades integrantes de un grupo societario por las decisiones tomadas siguiendo el interés grupal.

En cuarto lugar, se regula expresamente la acción individual de responsabilidad, derivada del daño causado por administradores y representantes en forma directa a socios o terceros en sus respectivos patrimonios. En tal sentido, se separa este concepto de la acción social de responsabilidad que, aunque promovida por los mismos legitimados, tiene por objeto lograr la reparación de los daños producidos al patrimonio social.

Otros ajustes necesarios a la ley societaria.

El Proyecto introduce además una serie de ajustes a la normativa societaria, mejorando algunas de las soluciones que ha planteado dificultades en su aplicación práctica, siguiendo en tal sentido las modernas tendencias en el derecho comparado y las recientes reformas introducidas en nuestro derecho por la Ley N° 19.820.

En tal sentido, entre otras reformas: se prevé la inmediata oponibilidad, entre socios o accionista y frente a la sociedad, de las reformas al contrato social; se elimina el plazo máximo de las sociedades comerciales; se unifica e incorpora en la parte general de la Ley del régimen de impugnación de las resoluciones sociales, aplicable tanto a las resoluciones del órgano de gobierno como del de administración; se mejoran normas sobre la evaluación del aporte de participaciones sociales como capital social; se unifican las normas sobre competencia y conflicto de interés de los administradores y representantes; se prevé la reapertura de la liquidación en caso de aparición de activos o pasivos luego de la cancelación de la sociedad; se mejoran las normas sobre oponibilidad a la sociedad de los convenios de sindicación de acciones, recogiendo las reformas a la legislación brasileña y el precedente de nuestra Ley N° 19.820; se moderniza el régimen de convocatoria y funcionamiento de las asambleas de sociedades anónimas, recogiendo las soluciones de la Ley N° 19.820 y de los avances de la reforma a la ley societaria introducidas por la Ley N° 19.924; se unifican el régimen de quórum aplicable a las asambleas ordinarias y extraordinarias; se ajustan las normas en materia de vacancias; se prevé la posibilidad de renuncia unilateral de los administradores sociales, sin perjuicio de la responsabilidad por renunciaciones dolosas o intempestivas; se simplifican los cometidos del órgano de control interno, al tiempo que busca profesionalizarse la función.

A estas propuestas de modificación se agregan otras menores, producto del necesario mejoramiento de normas oscuras de la Ley y de la armonización con las reformas propuestas.

LA NECESIDAD DE ADECUAR LA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONCEPTO GENERAL DE SOCIEDAD FRENTE LOS CAMBIOS OPERADOS EN LA TIPICIDAD

María Victoria Gallino Yanzi

SUMARIO

En la presente ponencia se analizan las reformas introducidas por la Ley N° 26.994 a la Ley N° 19.550 en relación a la tipicidad, resultando que el impacto de las mismas ha sido sustancial por cuanto ya no se distingue a la sociedad como comercial y tampoco la tipicidad es condición de validez de la sociedad. En virtud de ello, se examinan las modificaciones que ha sufrido el artículo 1° de la Ley N° 19.550, que contiene la definición legal del concepto de sociedad, y se analiza si resulta adecuada la mención a la tipicidad que se ha mantenido en ella. Se concluye que si bien se ha adecuado parcialmente la definición conceptual de sociedad prevista en la ley mediante la eliminación de la calificación como comercial del concepto definido, sin embargo se ha mantenido a la tipicidad como elemento específico de la sociedad, siendo que ya no lo es. De manera tal que aparece como imperiosa la necesidad de reforma de dicho artículo a fin de adecuar la definición en él contenida a un concepto general de sociedad acorde a una Ley General de Sociedades, suprimiendo la mención a la tipicidad por no ser actualmente un elemento específico esencial, comprendiendo así a todas las sociedades, tanto a aquellas que adopten alguno de los tipos previstos en la referida ley, como a las que adopten tipos previstos en otras leyes y a las que simplemente sean atípicas.

PONENCIA

La Ley N° 19.550 ha sido reformada por la Ley N° 26.994, erigiendo a la hasta entonces “Ley de Sociedades Comerciales” en “Ley General de Sociedades”, con la pretensión de unificar y concentrar de ese modo en dicho cuerpo normativo el régimen legal general de las sociedades en nuestro derecho positivo. A su vez, el impacto de las reformas introducidas por la Ley N° 26.994 en el articulado de la Ley N° 19.550 distó de ser menor, pues han tenido incidencia en aspectos fundamentales y sistémicos del Derecho Societario argentino, entre ellos la tipicidad.

En este orden de ideas, la Ley N° 26.994 ha modificado el artículo 1° de la Ley N° 19.550 en el que se recepta la definición legal del concepto de sociedad. La modificación introducida en dicho artículo refleja, por un lado, la eliminación de la distinción de las sociedades en civiles y comerciales, para referir directamente a “la sociedad”, sin otro aditamento o calificativo, en consonancia con el cambio en la denominación de la propia ley y de la Sección I del Capítulo I. Por otro lado, se recepta en el referido artículo la admisión de la sociedad unipersonal, al establecer que la sociedad puede tener uno o más socios, siendo que antes exigía necesariamente la pluralidad de socios, sin perjuicio de la restricción que a la unipersonalidad incorpora en el segundo párrafo que se introduce al artículo.

Sin embargo, si bien se eliminó en el epígrafe del artículo la mención a la tipicidad, ya que

antes expresaba “Concepto. Tipicidad” y actualmente sólo “Concepto”, lo cierto es que en el texto del artículo se ha mantenido la mención a la tipicidad como parte de la definición legal del concepto de sociedad. De allí que en la presente ponencia nos hemos propuesto analizar y determinar si resulta adecuada la mención a la tipicidad que se ha mantenido en la definición legal del concepto de sociedad de la Ley General de Sociedades teniendo en cuenta los cambios que a su respecto ha introducido la Ley N° 26.994 y, en caso que no lo fuere, establecer cuál sería la adecuación necesaria.

Para introducirnos en el análisis debemos previamente considerar que la Ley N° 19.550 define la sociedad en su artículo 1° mediante una enumeración de aquellos elementos que resultan indispensables y necesarios para su existencia, lo que pone en evidencia su importancia¹. Asimismo, debemos recordar que la tipicidad “consiste en la adecuación contractual a uno de los distintos esquemas normativos preestablecidos por la ley, de conformidad con normas inderogables, y en razón de una estructura legislativa impuesta por el legislador a causa de distintas necesidades que hay que satisfacer”². Si bien se ha predicado como fundamento de la tipicidad la seguridad jurídica que la misma brinda no sólo a los socios, sino también a los terceros que contratan con la sociedad, se han erigido cuestionamientos a la imposición de la tipicidad como un elemento específico y esencial a la sociedad por considerarla contraria a la libertad de contratación, al progreso económico y jurídico y a la celeridad del tráfico mercantil³. En el régimen de la Ley N° 19.550 previo a la reforma de la Ley N° 26.994, la tipicidad se imponía con un doble alcance. El artículo 1° establecía “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley...”. El primer alcance de la tipicidad radicaba en que era determinante del carácter comercial de la sociedad, recordando que la Ley N° 19.550 constituía ley especial aplicable a las sociedades comerciales. De allí que una sociedad era comercial cuando había adoptado alguno de los tipos previstos en la por entonces “Ley de Sociedades Comerciales”, independientemente de la naturaleza civil o comercial de las actividades comprendidas en su objeto social, con la excepción de la sociedad de hecho cuya comercialidad sí estaba determinada por la naturaleza comercial de las actividades comprendidas en su objeto social. Pero, además, la tipicidad tenía un segundo alcance pues se imponía como condición de validez de la sociedad comercial, ya que la sociedad atípica era sancionada con la nulidad. Así, el artículo 17 de la “Ley de Sociedades Comerciales” bajo el epígrafe “Atipicidad. Omisión de requisitos esenciales”, sancionaba con la nulidad la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley, disponiendo además que la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante hacía anulable el contrato, pero podía subsanarse hasta su impugnación judicial.

Siendo este el estado de situación previo, la Ley N° 26.994 ha introducido cambios sustanciales en materia de tipicidad respecto de los dos alcances antes mencionados. En lo que respecta al primer alcance, la tipicidad ha dejado de cumplir una función distintiva de la comercialidad de las sociedades por cuanto se eliminó el carácter comercial de las sociedades regidas

¹ Nissen, R. A. (2017). Ley de Sociedades Comerciales Comentada (tomo 1). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

² Ídem., p. 121.

Es así que “el tipo resulta ser una estructura no modificable, dispuesta por la ley, a la que deben forzosamente sujetarse las partes para la constitución, funcionamiento, modificación y extinción de sociedades comerciales regulares (art. 1° y 17 LGS)”. Balbín, S. (2018). Manual de Derecho Societario: Ley General de Sociedades. Sociedades por acciones simplificadas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 20.

³ Nissen, ob. cit.

por la Ley N° 19.550, suprimiéndose el histórico criterio de distinción de las sociedades por su comercialidad o ausencia de ella⁴. La eliminación de la calificación como comerciales de las sociedades regidas por la Ley N° 19.550 se refleja no sólo en la denominación misma de la ley y de la Sección I del Capítulo I, sino también en la definición legal del concepto de sociedad prevista en el artículo 1° de la Ley N° 19.550.

Consideramos que no se trata de una cuestión meramente gramatical o terminológica, sino que ello tiene un impacto fundamental en dotar a la Ley N° 19.550 de un carácter general como régimen legal aplicable a todas las sociedades. Al respecto se ha destacado la evolución que ha sufrido la Ley N° 19.550 al pasar de ser una ley de sociedades comerciales incorporada al Código de Comercio, a ser una ley general comprensiva de todas las organizaciones de este tipo, para toda clase de actividades⁵. En adición que "... el legislador de la ley 26.994 tomó la decisión de unificar el régimen societario, y concentrar la regulación legal de estos sujetos de derecho –las sociedades- bajo una única ley a la que denomina "Ley General de Sociedades". (...) Así el régimen societario se unifica –como lo señalamos- en una única "Ley General de Sociedades" 19.550, y las sociedades –a secas, ni civiles ni comerciales- conforman –como lo dijimos- un género de la familia de los institutos asociativos"⁶. En consecuencia, sostenemos que el concepto de sociedad que se define en el artículo 1° de la Ley N° 19.550, en tanto "Ley General de Sociedades", debe ser acorde a la pretensión de generalidad de la ley y, por lo tanto, comprensivo de todas las sociedades, incluso a aquellas cuyo régimen particular se encuentre previsto en otra ley especial.

En lo que respecta al segundo alcance con el que se imponía la tipicidad, es decir como condición de validez de la sociedad, el cambio que trajo aparejado la Ley N° 26.994 resulta evidenciado principalmente en la modificación del artículo 17 de la Ley N° 19.550, al eliminar la sanción de nulidad que se preveía anteriormente para la atipicidad societaria. A partir de esta reforma, si bien las sociedades típicas previstas en el Capítulo II de la Ley N° 19.550 no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes, ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal adoptado, se ha suprimido la sanción de nulidad para los supuestos de atipicidad. De modo tal que aquellas sociedades atípicas, que omiten requisitos esenciales tipificantes o que comprenden elementos incompatibles con el tipo legal que pretendieron adoptar, si bien no producen los efectos propios del tipo que pretendieron adoptar –para el caso que hubieren pretendido adoptar alguno- y quedan regidas por la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades N° 19.550, las mismas ya no son sancionadas con la nulidad sino que resultan plenamente válidas y eficaces⁷.

Ello resulta armónico con el nuevo texto del artículo 21 de la citada ley, en el que se enumera a las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la misma, entre las que comprende a aquellas sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II y a las sociedades que omitan requisitos esenciales sean tipificantes o no tipificantes, además de aquellas sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por dicha ley. Las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la Ley N° 19.550 han sido denominadas por el legislador como "sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo

⁴ Balbín, S., ob cit.

⁵ Botteri (h), J. D. y Coste, D. (2016). El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la ley 26.994. En XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, pp. 247-260.

⁶ Vitolo, D. R. (2017). Manual de Sociedades. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Estudio, p. 66.

⁷ Vitolo, D. R. (2015). Reformas a la Ley General de Sociedades 19.550: Ley 26.994 comentada. Código Civil y Comercial de la Nación (tomo 1). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

II y otros supuestos”, habiendo sido denominadas de diversas maneras por la doctrina⁸. Dichas sociedades, reiteramos, no son nulas, son plenamente válidas y eficaces, y se rigen por lo previsto en la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades N° 19.550. A ello debemos sumar que la Ley N° 26.994 ha modificado en forma sustancial la referida sección no sólo en orden a las sociedades incluidas en el mismo, sino también en cuanto al régimen legal a ellas aplicable, abandonado el tinte sancionatorio que lo caracterizaba con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 26.994.

Es así que la sociedad atípica no sólo es válida y eficaz, sino que su contrato es oponible entre los socios y también con respecto a terceros, en este último caso, siempre que se pruebe que lo conocieron al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. La sociedad atípica puede adquirir bienes registrables, los que se inscribirán a su nombre. Los socios de una sociedad atípica responden por las obligaciones sociales, como principio general en forma simplemente mancomunada y por partes iguales. Si la sociedad atípica prevé en su contrato un plazo de duración y el mismo se encuentra vigente, la omisión de los requisitos esenciales tipificantes y la existencia de elementos incompatibles con el tipo, como así también la omisión de requisitos esenciales no tipificantes y el incumplimiento de formalidades, pueden subsanarse del modo previsto en el artículo 25 de la Ley General de Sociedades. Además, existiendo plazo de duración previsto en el contrato, al ser oponible entre los socios, no puede disolverse la sociedad por voluntad unilateral de algún socio. Por el contrario, en caso de que no mediare estipulación escrita del pacto de duración, cualquier socio puede disolver la sociedad notificando fehacientemente su decisión a todos los socios, debiendo los socios que deseen permanecer en la sociedad pagar su parte social a los socios salientes.

Las modificaciones introducidas en orden a la tipicidad pueden considerarse como un verdadero cambio de paradigma en materia societaria, virándose hacia un rol más preponderante de la autonomía de la voluntad⁹. Ello no sólo se ve reflejado en las reformas introducidas a la Ley N° 19.550 sino que es un fenómeno que tiene su expresión también en la creación del tipo societario de la sociedad por acciones simplificadas (SAS) mediante la Ley N° 27.349 de Apoyo al capital emprendedor. En relación a este nuevo tipo de sociedad se ha expresado que “nos encontramos ante un cambio político-legislativo de gran envergadura, ya que la normativa de la S.A.S. escapa a la tipología social de corte imperativo y rígido de nuestra 19.550 que nos encuadra y contiene en tipos cerrados donde la autonomía de la voluntad tiene poco espacio y se da en limitadísimos casos”¹⁰. Se ha caracterizado a la SAS como un nuevo tipo societario con altos componentes de atipicidad, en orden a dar respuesta a las necesidades del tráfico moderno en materia societaria de contar con formas

⁸ La doctrina les ha asignado diferentes denominaciones tales como “sociedades simples”, “sociedades libres”, “sociedades informales”, “sociedades residuales” e incluso hay quienes pretenden mantener la denominación “sociedades no regularmente constituidas”.

⁹ Se ha señalado que “... el espíritu de la modificación que atraviesa dicha ley de manera transversal consiste en la revisión del principio de tipicidad societario, que lo redefine a la luz de un prisma de mayor flexibilización y unicidad del derecho privado”. Guzmán, D. (2019, noviembre). Modificaciones respecto al requisito de tipicidad de las sociedades establecidas por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Argentina de Derecho Societario*, (22), 11-DCCCLXIII-551. Recuperado de https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=1be8ec2035280bb8b84f20c10e128795&hash_t=051ada9bc419d6ad80cb3291c3144bc5

En este sentido también se ha dicho que “con la nueva regulación de la Sección IV se conmueven bases esenciales del derecho societario que deberán modificarse –o excepcionarse–, específicamente en lo que hace a la tipicidad de segundo grado. (...) Los cambios introducidos por la reforma unificadora son tan trascendentes que es posible hablar de un nuevo régimen”. Verón, A. V. y Verón T. (2020). *Innovaciones y conflictos de la Ley General de Sociedades 19.550*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, pp. 311-312.

¹⁰ Benseñor, N. R. y Rodríguez Acquarone, P. M. (2017). *Las Sociedades por Acciones Simplificadas: Pautas*. En XIX Congreso Nacional de Derecho Registral, Mar del Plata.

cada vez más flexibles, atípicas y sin costos, sumado a la limitación de responsabilidad del empresario¹¹.

Retomando lo expresado respecto al régimen actual de la Ley N° 19.550 podemos afirmar que la atipicidad societaria en nuestro derecho positivo vigente no sólo que no está sancionada con la nulidad, sino que tampoco el régimen legal que le resulta aplicable tiene carácter sancionatorio. En este sentido se ha dicho que el nuevo régimen establecido por la Ley N° 26.994 es de amplia libertad sin contrapeso alguno, en el que la atipicidad no tiene sanción legal efectiva¹². La sociedad atípica es entonces una sociedad, con personalidad jurídica propia y con todos los efectos que ello conlleva.

En adición a lo antes señalado, podemos afirmar que la tipicidad ya no constituye un elemento específico de la sociedad¹³. De manera tal que no resulta esencial para calificar a un ente como sociedad que se haya adoptado alguno de los tipos previstos en la Ley N° 19.550, ni siquiera que se haya adoptado algún tipo aunque sea previsto en otras leyes, por cuanto aun en los casos en que ningún tipo se hubiere adoptado estaremos de todos modos ante una sociedad plenamente válida.

Este cambio sustancial en orden a la tipicidad debe tener necesariamente su correlato en la definición legal del concepto de sociedad, debiendo quedar incluida la sociedad atípica en el concepto de sociedad y, por lo tanto, en la definición legal que del mismo se establece¹⁴. Por tal motivo se ha afirmado que de conformidad a la solución actual la tipicidad ya no constituye un requisito de constitución que merezca integrar la conceptualización genérica de sociedad¹⁵. Sin embargo, el artículo 1° de la Ley N° 19.550, hoy “Ley General de Sociedades”, mantiene en la definición del concepto de sociedad la mención a la tipicidad como elemento esencial y específico de la sociedad.

Es así que en su redacción actual, el citado artículo establece que: “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada *conforme a uno de los tipos previstos en esta ley,...*”. Ello resulta inadecuado, incompatible y contradictorio con el régimen legal vigente, máxime teniendo en cuenta la pretensión de generalidad con que se erige la Ley N° 19.550 tras las reformas introducidas por la Ley N° 26.994 y, por ende, la pretensión de generalidad del concepto de sociedad que en ella se define. Al respecto se ha entendido que resulta inadecuado el mantenimiento del elemento de la tipicidad en el concepto de sociedad¹⁶. En consonancia con ello, se ha considerado como indebida la inclusión de la tipicidad en la definición de sociedad dentro de una ley general de sociedades, “... pues la interpretación literal del artículo reformado sin conexión con otras disposiciones, llevaría a suponer –en una primera aproximación al tema– que los límites del universo de las sociedades no sólo no ha sido ampliado, sino que incluso se han estrechado, al no prever la definición otras formas societarias que las previstas en el capítulo II de la ley, máxime que la nueva versión del art. 1° ha eliminado la coma que separaba la palabra ‘organizada’ de ‘conforme a uno de

¹¹ Junyent Bas, F. y Ferrero, L. F. (2017, 5 de mayo). El régimen de emprendedores y la nueva Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.). El Derecho, N° 14.175, Año LV, ED 272, 1-9.

¹² Vítolo, ob. cit.

¹³ Botteri (h) y Coste, ob. cit., descartan que la tipología legal continúe siendo un elemento definitorio de las sociedades.

¹⁴ En este sentido se ha expresado la necesidad de clarificar el art. 1° de la Ley N° 19.550 mediante la eliminación de toda referencia a la tipicidad societaria. Suárez, S. P. (2016). El concepto de sociedad en la ley general de sociedades y la inexplicable inclusión de la tipicidad en el art. 1° de la ley. En XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, pp. 283-288.

¹⁵ Zunino, J. O. (2016). Régimen de sociedades Ley general 19.550. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea.

¹⁶ Nissen, R. A. (2019). Curso de Derecho Societario: La ley 19.550 con las reformas efectuadas por las leyes 26.994, 27.290 y 27.444. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

los tipos previstos en esta ley”¹⁷.

Sin embargo, el problema aparece agravado al advertirse que en la definición conceptual no solo se mantiene a la tipicidad como elemento esencial de la sociedad, sino que se circunscribe a los tipos previstos en “esta” ley, es decir, a los tipos previstos en la Ley N° 19.550, excluyendo de la definición a aquellos tipos de sociedades que se encontraren regulados en otras leyes. De modo que tampoco podría superarse el problema planteado mediante la consideración de las sociedades de la Sección IV del Capítulo I como un “tipo” de sociedad, ya que aun así quedarían fuera de la definición conceptual aquellas sociedades cuyo tipo está regulado en otras leyes que no fueren la Ley N° 19.550¹⁸. Si bien podría contrarrestarse lo antes expresado afirmando que las leyes que regulan o en un futuro regulen otros tipos de sociedades, distintos de los previstos en la Ley N° 19.550, contendrán la remisión a esta última ley, lo que derivará en su consideración bajo el concepto de sociedad, lo cierto es que entendemos que ello resulta inadecuado especialmente, reiteramos, bajo el prisma de la generalidad que de sí predica en la actualidad la Ley N° 19.550.

El concepto de sociedad definido en una Ley General de Sociedades debe también ser general, es decir, comprensivo de todos los entes que sean considerados sociedades, sea que hayan adoptado alguno de los tipos previstos en dicha ley, o bien tipos previstos en otras leyes, o incluso sociedades atípicas, todo lo que debería verse plasmado en la definición que del concepto se establece en el artículo 1° de la Ley N° 19.550. De manera tal que si las reglas relativas a las sociedades constituyen el material jurídico con el que se está operando y ese material jurídico ha cambiado, también debe cambiar el concepto y su definición. En tal sentido, si lo definido se ha modificado, también debe modificarse la definición conceptual para adecuarse a dichos cambios¹⁹.

Se ha propuesto superar el problema planteado mediante la alternativa de mantener la mención a la tipicidad en el artículo 1° de la Ley N° 19.550 agregando seguidamente la opción de organizarse el ente conforme alguna de las sociedades incluidas en la Sección IV Capítulo I. Así, la definición propone la expresión “... en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley o según los supuestos del Artículo 21...”²⁰. No concordamos con esta solución, por cuanto se seguiría circunscribiendo en forma inadecuada el concepto y la definición que de él se da en el artículo, dejando fuera del mismo a entes que siendo sociedades no adoptaren alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades, ni quedaren incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la misma.

Es más, en el texto del artículo 1° en el Anteproyecto de Ley General de Sociedades presentado en junio de 2019 en el Senado de la Nación, se sustituyó la referencia a la organización conforme a uno de los tipos previstos en “esta” ley, por los tipos previstos en “la” ley, además de incluir la mención a las sociedades regidas por la Sección IV del Capítulo I²¹. Tampoco es-

¹⁷ Suárez, S. P., ob. cit., p. 285.

¹⁸ Se han vertido opiniones conforme a las cuales la inclusión de las sociedades de la Sección IV en el artículo 1° de la Ley N° 19.550 podría derivar de considerar a dicha sección como reguladora de tipología, con apoyo en la posición que distingue entre la tipología societaria configurativa de una tipicidad de primer grado y las notas características de cada forma de sociedad que constituye una tipicidad de segundo grado. Marsili, M. C. citada por Richard, E. H. (2019). Concepto de sociedad. En XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, pp. 189-195.

¹⁹ Reflexiones que resultan de los intercambios de ideas con la Prof. Mgter. Elizabeth Elías de Pace, a quien agradezco la generosidad de estar siempre dispuesta a brindar sus invaluable enseñanzas y debatir sobre los más diversos temas.

²⁰ Amarilla Ghezzi, J. (2016). El principio de tipicidad en el régimen de la ley general de Sociedades. Reflexiones e interrogantes. En XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, pp. 1001-1007.

²¹ El artículo proyectaba: “Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o

tamos de acuerdo con esta propuesta, pues si con la definición se intenta delimitar el concepto de sociedad en general, no pueden incluirse en ella elementos que sean fortuitos, casuales y no esenciales, sino que debe comprender exclusivamente aquellos elementos comunes y que resulten fundamentales y esenciales a toda sociedad. De manera tal que la solución a nuestro entender es clara, si la tipicidad ya no es un elemento específico y esencial de toda sociedad, la definición conceptual que de ella se establezca no debe incluir a la tipicidad²². Del mismo modo, tampoco debe introducirse la mención al régimen de la Sección IV del Capítulo I, por no ser común a todos los entes que encuadran en el concepto de sociedad y que resultan definidos mediante el artículo 1° de la Ley N° 19.550.

En conclusión, las reformas introducidas por la Ley N° 26.994 a la Ley N° 19.550 han impactado en forma sustancial en la tipicidad. Como consecuencia, se ha adecuado parcialmente la definición conceptual de sociedad prevista en la ley mediante la eliminación de la calificación como comercial del concepto definido, lo que se traduce también en la generalidad que pretende darse al régimen legal y, por ende, a la sociedad objeto de su regulación. Sin embargo, la definición conceptual prevista en el artículo 1° de la Ley N° 19.550 mantiene a la tipicidad como elemento específico de la sociedad, siendo que ya no lo es. De manera tal que aparece como imperiosa la necesidad de reforma de dicho artículo a fin de adecuar la definición en él contenida a un concepto general de sociedad acorde a una Ley General de Sociedades, suprimiendo la mención a la tipicidad por no ser actualmente un elemento específico esencial, comprendiendo así a todas las sociedades, tanto a aquellas que adopten alguno de los tipos previstos en la referida ley, como a las que adopten tipos previstos en otras leyes y a las que simplemente sean atípicas.

regida por la Sección IV de este Capítulo,..." (Anteproyecto de Ley General de Sociedades –ALGS 2–, presentado en junio 2019. Senado de la Nación. Año 2019, Folio 215, N° 1726/19-Pinedo e Iturrez de Cappelini. Proyecto de ley general de sociedades) citado por Richard, E. H. (2020, 17 de junio). El concepto de sociedad. Libertad y responsabilidad en el anteproyecto de ley general de sociedades" En Jurisprudencia Argentina, Número Especial: Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, JA 2020-II-fasc. 12.

²² Se ha expresado que: "La identificación de los elementos esenciales de la sociedad permite discernir, en el caso concreto, si estamos ante un negocio asociativo sociedad –generador de un sujeto de derecho distinto a sus socios – o bien si nos mantenemos en el mundo contractual asociativo. Es recomendable que una próxima reforma a la Ley General de Sociedades elimine del art. 1 la referencia a la tipicidad atento que dicho elemento no constituye ya un elemento esencial de la sociedad a partir del reconocimiento como sociedades del que actualmente gozan las sociedades atípicas". Araya, T. M. (2021, junio). La sociedad: sus elementos esenciales. En *Deconomi*, 4(12), p. 15. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/revistas/rev-deconomi-Ed-0012.pdf>

LA DISPONIBILIDAD DE LA COMUNIDAD DE RIESGO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES

Lisandro A. Hadad

SUMARIO

La comunidad de riesgo estipulada por la LGS, como la obligación de repartir las ganancias y soportar las pérdidas entre los socios, debe ser repensada acorde los principios de flexibilidad y autonomía de la voluntad vigentes en el derecho corporativo actual. Dicha comunidad, puede ser evadida contractualmente en la SAS conforme el régimen de aplicación supletoria de la LGS estipulado en la ley 27.349.

PONENCIA

Introducción

El progreso científico llega a topes que hacen preciso repensar fundamentos que comienzan a ser inadecuados¹, y en este caso, el desafío lo genera la comunidad de riesgo en el contrato de sociedad, entendiendo y limitando la misma a los fines de este texto, como la obligación de repartir las ganancias y soportar las pérdidas entre los socios.

El objetivo de la presente ponencia es cuestionar si dicha comunidad de riesgo sigue vigente como causa fin de toda sociedad², si necesita una revisión a estos tiempos, o si la misma puede ser omitida por las partes hoy en día en las Sociedades por Acciones Simplificadas conforme la redacción y el espíritu de la ley 27.349.

Los elementos del concepto de la sociedad de 1972 que ya no están

La eliminación de la comercialidad.

La LSC determinaba la comercialidad de una sociedad y la aplicación de su régimen legal, de la circunstancia de haber adoptado uno de los tipos legales contemplados por la propia norma³.

Ahora bien, el legislador de la ley 26.994 decidió eliminar a la sociedad civil de la regulación positiva y unificar el derecho de sociedades en una sola norma, la cual llamó Ley General de Sociedades.

De este modo, y consecuente con dicha decisión, el legislador dispuso la supresión del adjetivo calificativo comercial de la definición del concepto de sociedad regulado en el artículo primero.

Consecuentemente, desde el año 2015 no tenemos más sociedad comercial, ni ley de sociedades comerciales, regulación general que perdió la generalidad y unificación a partir del año 2017, con la sanción de las Sociedades por Acciones Simplificadas por fuera de esta.

La incorporación de la unipersonalidad.

El original concepto de sociedad comercial requería el consentimiento de una pluralidad de personas conforme lo exigía su artículo 1 en la LSC, y aunque no hubiese existido dicho requisito expreso, la doctrina afirmaba que surgiría del origen contractual que tiene

1 COLOMBRES, Gervasio. Curso de Derecho Societario, parte general. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1972, p. 50.

2 COSTE, Diego – BOTTERI, Jose David (h). El derecho de separación del socio en el Código Civil y Comercial. Hammurabi, 2016, pag. 42. Los autores sostienen que "la causa fin objetiva del contrato de sociedad es la participación de los socios en los beneficios del ente."

3 VITOLO, Daniel Roque. Sociedades Comerciales, Ley 19.550 comentada. Tomo V – A. Reformas introducidas por la ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación). Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2015, pag. 39.

la sociedad bajo el derecho argentino⁴. Con lo cual, existía una vinculación directa entre la estructura jurídica del contrato y la pluralidad de personas, llegándose a afirmar que resultaba imposible que pueda surgir sociedad sin una pluralidad de contratantes⁵.

Este requisito de pluralidad de socios fue modificado por el legislador del año 2015, incorporando la posibilidad de que una sola persona constituya una persona jurídica para poder fraccionar su patrimonio y llevar adelante un emprendimiento sabiendo que dinero va a sacrificar en caso de fracaso del mismo. Por lo tanto, la idea de Halperin y Colombres⁶ acerca de otorgar personalidad cuando haya por lo menos dos personas, fue abandonada. Se modificó el paradigma, progresó el derecho, y el legislador dejó de otorgar el instrumento legal de la personalidad jurídica para aunar esfuerzos para llevar adelante un emprendimiento en común entre dos o más personas, para permitir con dicho instrumento que una persona pudiera fraccionar su patrimonio para realizar su propio emprendimiento sin socio alguno. De esta forma llegamos al año 2017, otorgando accesibilidad cierta a formar una sociedad unipersonal mediante la estructura de la SAS.

La comunidad de riesgo

Siguiendo la línea del texto, desde 1972 a la fecha el concepto de sociedad perdió la comercialidad, perdió la pluralidad de socios, flexibilizó la tipicidad al permitir la sociedad atípica, y nos enfrenta hoy con la obligatoriedad de la comunidad de riesgo.

Colombres nos enseñaba hace ya cincuenta años en su Curso de Derecho Societario (publicado en 1972, año de sanción de la ley 19.550) que 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 pérdidas⁷. Afirmaba que la comunidad de riesgos es la función práctico social del negocio, reconocida por el derecho, y que el desvío de la causa determina la sanción de la nulidad establecida por el artículo 13 de la ley.⁸

Ahora bien, en dicha obra, el autor también afirmaba que “la viabilidad de la sociedad anónima reducida a un solo accionista no puede encontrar otro principio de explicación que el institucionalista”⁹, manifestando su clara oposición a la unipersonalidad¹⁰; que la “penetración de la personalidad solo puede jugar pues una falsa concepción de la persona jurídica”¹¹, por eso se refiere al término redhibición y no al abuso de la personalidad jurídica; y remarca “el beneficio que reportara a la interpretación del artículo 58 de la ley de sociedades una consideración que utilice la problemática del ultra vires”¹².

Lo cierto es que dichas definiciones fueron expuestas hace medio siglo, y que hemos superado a todas a excepción de la comunidad de riesgo la cual es todavía sostenida por la Ley General de Sociedades. En base al progreso de la ciencia jurídica, es que hoy tenemos en nuestra legislación, la unipersonalidad societaria, el instituto del abuso de la personalidad ju-

⁴ CABANELLAS, Guillermo. Introducción al Derecho Societario, Derecho Societario, Parte General. Editorial Heliasta SRL, 1993, pag. 181.

⁵ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. Pag. 181.

⁶ COLOMBRES, Gervasio; ob. Cit. Pag. 50.

⁷ COLOMBRES, Gervasio, ob. Cit. p. 56. En el mismo sentido HALPERIN, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”. Ed. Depalma, Buenos Aires, tomo I, p. 230.

⁸ COLOMBRES, Gervasio. Ob. Cit. p. 56.

⁹ COLOMBRES, Gervasio. Ob. Cit. P. 36.

¹⁰ La unipersonalidad fue reconocida por primera vez por el Principado de Liechtenstein en 1926. Luego lo Dinamarca en 1973, Suecia en 1975, Alemania en 1980, Bélgica en 1984, Francia en 1985, etc. conforme lo explica MADERNA, Lucas en “Evanescencia de los dogmas en el derecho societario: abandono de la comunidad de riesgos como elemento esencial del negocio.” RDCO 310, 20/09/2021, 256.

¹¹ COLOMBRES, Gervasio. Ob. Cit. p. 54.

¹² COLOMBRES, Gervasio. Ob. Cit. p. 112.

rídica (incluso en el Código Civil y Comercial de la Nación), el abandono de la teoría del ultra vires, e incluso la flexibilización de la tipología societaria en la sección IV de la Ley General de Sociedades. Y justamente, por dicho progreso científico es que hoy la comunidad de riesgos se encuentra cuestionada y revisionada por la doctrina¹³.

Fundamento axiológico para disponer la comunidad de riesgo. La función económica del derecho contractual

Nuestra legislación positiva adopta la tesis contractualista de la sociedad¹⁴, incorporando al derecho de sociedades como parte del derecho de los contratos¹⁵. La base teórica de la teoría contractualista se halla en el principio jurídico de la autonomía de la voluntad, en virtud de que sostiene que la creación, el desenvolvimiento, la vida societaria, su muerte y disolución se encuentran supeditado a la voluntad de sus integrantes.

Ahora bien, la función del derecho contractual es servir al intercambio de los bienes entre los miembros de una sociedad, o dicho en términos económicos, reducir los costos de planear y ejecutar transacciones¹⁶.

Los contratos de intercambio de un bien por otro en cualquier sociedad, se producen en virtud de que el poseedor del bien considera que lo que recibe a cambio de dicho bien, vale más que el mismo bien que entrega a cambio. Con lo cual, dos personas valoran a ese bien de manera diferente. 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 cuanto está dispuesto a entregar a cambio.

Este esquema económico sucede también en la negociación y suscripción del contrato de sociedad con la comunidad de riesgo. ¿Cuánto valoro hacer una sociedad con Elon Musk solo para que mis acciones se valoricen y las pueda vender a buen precio? ¿Lo valoro tanto como para resignar las ganancias? ¿Quién tiene la capacidad de juzgarlo? ¿El legislador está más capacitado que el emprendedor para poder hacerlo?

Lo cierto es que el derecho de sociedades, como parte del derecho de los contratos, tiene también como función la reducción de los costos de transacción de los contratantes¹⁷, al brindar una serie de cláusulas que el propio legislador proporciona a las partes con la idea de que ellas mismas las hubieran pactado¹⁸. De este modo existen muchos elementos del contrato que las partes no negociaran, y a los cuales acuden en forma gratuita, en virtud del derecho societario brindado por el Estado.

No debemos perder de vista que este modelo de contrato que el Estado nos otorga, pone de manifiesto la naturaleza esencialmente dispositiva del derecho de sociedades¹⁹, confiriendo a la autonomía de la voluntad un rol relevante, atribuyendo al derecho societario una función

¹³ MADERNA, Lucas. Ob. Cit. Pag. 256.

¹⁴ ZALDIVAR, MANOVIL, RAGAZZI, ROVIRA, SAN MILLAN. Cuadernos de Derecho Societario, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, Volumen 1, pag. 36: "Del enunciado de su artículo 1, de la mención como contrato que se lee en los arts. 4 y 5, 2 parr. especialmente, del régimen de nulidad establecido por los arts. 16 y siguientes, y de otras disposiciones, fácilmente se advierte que, en lo que respecta al negocio constitutivo, aquella recepta la doctrina del contrato plurilateral de organización."

¹⁵ HADAD, Lisandro. "La autonomía de la voluntad en el derecho de Sociedades Anonimas." Editorial Academica Espanola, 2016, p. 80 y sgtes.

¹⁶ AGUILA REAL, Jesus Alfaro; "Los costes de transacción", Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menendez, coordinado por Juan Luis Iglesias Prada, Espana, Ed. Civitas, 1996, volumen 1, pag. 1 y 2.

¹⁷ DUPRAT, Diego. La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales. LL 2013-F, 1043.

¹⁸ AGUILA REAL, Jesus. Ob. Cit., pag. 3.

¹⁹ HANSMANN, Henry; "Corporation and Contract", presentada en 2004 Annual meeting of the American Law and Economics Association", 2 de mayo del 2014. El autor manifiesta que el Desarrollo del derecho corporativo en general se ha vuelto esencialmente contractual, afirmando que en principio toda regulación intrasocietaria puede ser netamente contractual.

más que directiva, facilitadora de la ordenación privada²⁰, que es la más adaptable con los valores liberales vigentes²¹ en nuestra Constitución Nacional que se corresponden con el derecho a la libre asociación, a ejercer industria lícita, a la libertad y a la propiedad privada²². Ahora bien, habiendo realizado un análisis valorativo de porque los socios pueden pactar en contra de la comunidad de riesgo del contrato de sociedad, fundamentalmente por ser este un contrato patrimonial entre privados donde muy poco tiene que hacer el Estado, nos quedaría examinar cuando la ley podría intervenir la autonomía de la voluntad contractual. El primer motivo por el cual la ley debe intervenir la voluntad concertada por las partes en un contrato permitiendo no cumplir con el mismo, es cuando este fue concertado mediante el uso de la fuerza o del engaño sobre alguno de los contratantes. A dicho fin, la normativa de fondo brinda institutos como el fraude, la lesión o el abuso del derecho que amparan al incumplidor.

El segundo motivo por el cual la voluntad de las partes debería ser intervenida para evitar el cumplimiento de un contrato, es cuando sus colateralidades son soportadas por los terceros, como ser contratos en que mediante su ejercicio se generen daño ambiental o algún otro daño colectivo o individual pero de una persona ajena al contrato. Este daño sufrido por aquellas personas que no los causan, es lo que la doctrina conceptualiza como externalidades, a fin de describir los fallos de mercado derivado de los costos que no se pagan por aquellos sujetos que se benefician con su utilidad²³.

Consecuentemente, en todo otro objetivo contractual no debería haber interés del Estado por intervenir, ya que la riqueza social generada va a ser la misma con independencia de cómo se la repartan los socios.

Volviendo al ejemplo anterior, yo puedo considerar que voy a obtener más dinero cuando venda mis acciones de la sociedad que tengo con Elon Musk, y no mediante la distribución de las ganancias de la empresa, las cuales estoy dispuesto a renunciar, decisión personal frente a la cual nada tiene que hacer el Estado, ya que es una acción privada de un hombre que de ningún modo ofende al orden y a la moral pública, ni perjudica a un tercero, con lo cual, está solo reservada a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados.

Fundamento legal para evitar la comunidad de riesgos en la legislación positiva.

Dejando ya el fundamento axiológico sobre la disposición de la comunidad de riesgos por los socios, ingresaremos en el análisis de la normativa societaria actual para entender si

²⁰ PAZ ARES, Candido; "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, Uria / Menendez, 1999, Tomo 1, p. 434.

²¹ ALBERDI, Juan Bautista. "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", pag. 4: "A esta escuela de libertad pertenece la doctrina económica de la Constitución Argentina, y fuera de ella no se deben buscar comentarios ni medios auxiliares para la sanción del derecho orgánico de esa Constitución. La Constitución es, en materia económica, lo que en todos los ramos del derecho público: la expresión de una revolución de libertad, la consagración de la revolución social de América. Y, en efecto, la Constitución ha consagrado el principio de la libertad económica, por ser tradición política de la revolución de mayo de 1810 contra la dominación española, que hizo de esa libertad el motivo principal de guerra contra el sistema colonial o prohibitivo".

²² HADAD, Lisandro. ob. cit. pag. 61: "La Constitución Nacional no se ha de considerar subordinada a ninguna ley ordinaria. Estas leyes y las construcciones técnicas edificadas sobre ellas, tiene solamente un valor relativo, esto es, presuponen reservas necesarias para que su aplicación no menoscabe o ponga en peligro los fines esenciales de la ley suprema". En igual sentido ORGAZ, Alfredo: "todas las construcciones técnicas, todas las doctrinas generales no impuestas por la Constitución Nacional, valen en la Corte solo "en principio". Todo en la Corte es "en principio", salvo la Constitución misma, que ella si, y solo ella, vale absolutamente." El Recurso de Amparo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1961, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A.; Responsabilidad Civil y Contratos, Aspectos Generales, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2005, pag. 189.

²³ PAZ - ARES, Candido; "La economía política como jurisprudencia racional", ADC, 1981, pag. 611, quien señala que cuando existen efectos de una determinada operación del mercado -un acto jurídico- que llegan a afectar a sujetos económicos que no tomaron parte de ella... dicho perjuicio constituye un efecto externo, una externalidad, un efecto no contratado que como coste que es, Cayo (el productor transmitente) no computa en su cuenta de costos y transfiere a Ticio (a la colectividad en este supuesto).

esta nos permite evadir la supuesta obligatoriedad de repartir las ganancias y soportar las pérdidas entre los socios.

Claramente es norma forzosa para las sociedades que adoptan uno de los tipos legales de la ley 19.550 en virtud de la exigencia del artículo 1 en juego con las cláusulas nulas estipuladas por el artículo 13. Estemos de acuerdo o no, hoy es norma imperativa²⁴ de la ley societaria que las partes deberán cumplir.

El estudio nos centra entonces en la SAS, e inevitablemente caemos en el análisis de la aplicación supletoria de la LGS a este tipo social, remarcando la diferenciación que hace la propia ley 27.349 en lo que respecta a la parte general de la normativa y a las competencias orgánicas.

En materia de órganos la ley no deja lugar a duda alguna en cuanto en su artículo 49 dispone que los socios determinaran la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales, estipulando luego la aplicación supletoria de la ley 19.550 por debajo de las normas conformadas por los socios en el estatuto.

El punto sensible de discusión es la aplicación supletoria a las SAS de la parte general de la ley 19.550. Si esto lo hacemos en forma automática, esto es, sino se encuentra regido por la LACE, rige la ley 19.550, o si la aplicación no es automática, y en realidad debemos ver si la norma imperativa de la LGS se concilia con la LACE, más precisamente si se concilia con la autonomía de la voluntad que otorga la LACE²⁵.

Lo cierto es que el legislador incorporo la frase “en cuanto se concilien con las de esta ley”, por lo tanto, no podemos obviar la misma e intentar realizar una aplicación automática de la LGS porque claramente no es lo que quiso el legislador. Y tanto es así, que el artículo 33 de la 27.349 es norma imperativa: “*Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley.*” Con lo cual, por norma imperativa de la ley especial (LACE) aplicaremos la LGS en cuanto sus disposiciones se concilien con las de esta.

Lo cierto es que cada normativa legal puede plasmar principios jurídicos disímiles, con lo cual, el rol de la autonomía de la voluntad en la LACE no es el mismo que tiene en la LGS, lo que nos obliga a resolver en cada caso concreto, en cada intento de aplicación supletoria, si las normas de la LGS se concilian con las de la LACE, sin dejar de lado el lugar que la esta otorga a la autonomía de la voluntad.

Es realmente complejo afirmar que un tipo social regulado en el año 2017 en la era de la tecnología y el emprendedurismo, tenga los mismos principios jurídicos que una ley del año 1972 y se pueda conciliar con la misma, siendo muy poco o nada, lo que pueda arrojar el resultado de dicha conciliación.

Consecuentemente, la aplicación supletoria de la LGS a las SAS no deberá ser en forma automática, sino que deberá realizarse teniendo en cuenta los principios jurídicos inspirados en la ley 27.349, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad de los socios con los

²⁴ MANOVIL, Rafael. “La SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, LL 2019-C. “No debe olvidarse que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés que el legislador entienda que, por algún motivo, lo requiera. Salvo muy contados aspectos en los que puede estar en juego un interés público, como en el supuesto del objeto o la actividad ilícita de una sociedad, o un interés general, como el de sus acreedores, los intereses protegidos son intereses privados.”

²⁵ HADAD, Lisandro. Ud. debería confiar en que aquellos que arriesgan su propio dinero hagan los cálculos adecuadamente. Podrán estar equivocados, pero estarán menos equivocados que los académicos y los legisladores que están decidiendo con el dinero de otro.” XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Hacia un nuevo derecho societario -Rosario 2019-, T. II. Advocatus.

límites de la protección de los derechos de terceros²⁶, el fraude, la mala fe y el abuso del derecho regulados en el Código Civil y Comercial de la Nación.²⁷

Por lo tanto, siguiendo la prelación normativa del artículo 150 C.C.C.N., y al no ser la Ley General de Sociedades ley especial para las Sociedades por Acciones Simplificadas, y mediante previsión contractual, las partes pueden apartarse de las disposiciones de la LGS, de la comunidad de riesgos de su artículo 1, y en particular las cláusulas nulas enumeradas en su artículo 13, siendo que estas claramente atañen al interés patrimonial particular de los socios²⁸. Con lo cual, el contrato de sociedad podrá disponer que algunos de los socios reciban todos los beneficios, o se los excluya de ellos, o se los libere de contribuir a las pérdidas, o que a algún socio se le restituya el aporte con un premio designado, haya o no ganancias²⁹. Esto implica claramente la posibilidad de los socios de eliminar la comunidad de riesgos del contrato de sociedad, la posibilidad de evadir la comunidad de riesgos del concepto de sociedad brindado por el artículo 1 de la ley 19.550.

Conclusiones.

El progreso científico nos cuestiona hoy la obligación impuesta a los socios de repartir las ganancias y soportar las pérdidas entre ellos. Si dicha comunidad es hoy facilitadora de la generación de mayor valor, o si en realidad es un impedimento.

La discusión de fondo es si compartimos que el individuo define siempre su propio bien, o si consideramos que no está apto para hacerlo y debe ser suplido por la voluntad del Estado. En este caso, y tratándose del derecho de sociedades como parte del derecho contractual, es limitante la intervención estatal por los fundamentos aquí expuestos.

Creemos firmemente en que el hombre de negocios siempre busca su propio bien, y para ello utiliza la razón. La razón es, como la denomina Hobbes³⁰, una facultad de cálculo que le permite al hombre calcular la forma de lograr sus propios objetivos³¹, y ello fue lo que valoró el legislador de la ley 27.439 otorgando a los socios más autonomía en sus decisiones, y para opinión de este autor, la posibilidad de evadir la obligación de repartir las ganancias y soportar las pérdidas sobreviviente del concepto de sociedad de 1972.

²⁶ 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? RDCO, Enero – Febrero 2022. Pag. 17. La autora afirma que: "A tal punto es discutido el orden público en materia societaria, que se advierte que se activa casi de modo exclusivo cuando entran en puja o se encuentran comprometidos intereses de los terceros o exista probabilidad de ocasionales un daño".

²⁷ FRIDMAN, Susana, "Hacia un nuevo orden público societario", p. 2 afirma que: "podemos concluir que en el derecho positivo argentino existen principios generales de derecho para cada instituto jurídico y para cada materia. El derecho comercial argentino tiene los suyos propios. Por ello la imperatividad de las leyes es la excepción".

²⁸ BALBIN, Sebastian. ob. Cit. pag. 53. En igual sentido CABANELLAS, Guillermo. Derecho Societario. El contrato de sociedad, t. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p.709.

²⁹ BALBIN, Sebastian. ob. Cit. pag. 53.

³⁰ HOBBS. Leviathan. Parte primera, capítulo XIII, párraf. 13.

³¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Ob. Cit. pag. 16.

PERSONA JURÍDICA SOCIEDAD, CAPACIDAD Y OBJETO -REPLANTEO DEL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD-

Ariel A. Germán Macagno

La presencia del objeto social en el estatuto (o en el contrato) de sociedad, como elemento o requisito esencial y necesario plantea interesantes cuestiones.

Entre ellas, la que sirve de base al siguiente interrogante: ¿constituye el objeto para el que ha sido creada la persona jurídica sociedad (el fin que persigue) un límite de su capacidad?

PONENCIA

La norma del art. 2, Ley General de Sociedades (en adelante: LGS.) interpretado sistemáticamente (art. 2, Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCyC.-) con la definición de sociedad prevista en la norma del art. 1, LGS., y lo dispuesto en la norma de los arts. 54, párr. 3, y 58, *ibid.*, fija el alcance que cabe otorgarle a la persona jurídica sociedad (art. 148, inc. “a”) contemplada en ese régimen especial (esto es: “*con el alcance previsto en esta ley*”).

Me encuentro así con un sujeto de derecho con capacidad (aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones) plena y general.

El principio de especialidad (art. 141, CCyC. –ex: art. 35, CC.-) debe ser reinterpretado a la luz del esquema de Derecho societario aludido, a partir de lo cual es dable inferir que el objeto de la sociedad resulta irrelevante para determinar su capacidad de derecho en ese ámbito de aplicación.

La extralimitación del objeto refiere a una cuestión de imputación del actos a quien lo hubiera ejecutado (responsabilidad de administradores o representantes) porque el objeto no es medida de la capacidad de derecho de la sociedad (persona jurídica) la que sigue siendo plena y general. Se trata de una cuestión de imputación; y sólo recién cuando dicha actuación merezca la tacha de notoriedad aludida (art. 58) deberá no serle atribuido (*recitius*: imputable) a la sociedad.

Mis fundamentos

La personalidad es el efecto del acto constitutivo (art. 259, CCyC. –ex: art. 944, CC.-) de una persona jurídica de carácter privado (arts. 141, 144, 148, CCyC.; art. 1, 2, 54, párr. 3 y 58, LGS.) que el Derecho ha considerado aptas para desempeñar una función esencial en la sociedad, en tanto se unifica mediante ellas las relaciones entre los socios y permite actuar como nexo de los vínculos que la sociedad celebra en su etapa activa con otros sujetos, asignándose un tratamiento jurídico que permitió simplificar las relaciones que se generaban en ese contexto asociativo con los terceros (proveedores, clientes, trabajadores, etc.). A partir de este acto constitutivo de la persona jurídica privada cuyo efecto es la personalidad, tengo un sujeto de derecho distinto de sus componentes, quien en adelante se mostrará como el verdadero titular de los derechos y obligaciones que se vayan generando a partir del desarrollo de su actividad. Y esto hace que dicho acto constitutivo no produzca

efectos sólo con relación a las partes otorgantes, sino también con relación a terceros¹.

La norma del art., 2, LGS. ratifica en el plano de Derecho societario el carácter de sujeto de derecho de esta clase de personas (sociedades) circunscribiendo su extensión al “... *alcanza fijado en esta ley...*”, lo cual debe ser interpretado a la luz de dispuesto en la norma de los arts. 1, 54, párr., 3, y sobre todo la del art. 58, LGS., manda legal (esta última) en orden a la cual el administrador (o representante) que según el contrato o por disposición de la ley tuviera la administración de la sociedad, podría obligarla por todos los actos que no fueran notoriamente extraños al objeto social (art. 11, inc. 3, LGS.).

Tengo así que la persona jurídica (sociedad) no queda obligada por los actos notoriamente extraños al objeto (art. 58, LGS.). Eso sí: queda obligada por los actos comprendidos en el objeto social y también por aquellos que fueran extraños a él (acótese: esto con independencia de la responsabilidad que le asista a los administradores –art. 58, últ., parte-).

Por consiguiente, no se puede colegir sino que el objeto social no se alza como la medida o límite de la capacidad de la sociedad. Contrariamente a ello, aparece instituido legalmente para precisar y determinar la gestión operativa y empresaria de la sociedad (arts. 1, 2, y 11, inc. 3, ibid.) que dicho ente materializa a través de actividades (arts., 66, in fine, y conc.) que implican la ejecución de actos jurídicos (art. 259, CCyC. -ex art. 944, CC-) que son, precisamente, los que obligan a la sociedad aunque sean extraños al objeto social (art. 58, LGS.).

En el actual Código Civil y Comercial de la Nación, si bien la norma del art. 141, se muestra desde lo técnico más clara, desde la perspectiva del Derecho societario, vuelve sobre pasos ya transitados y superados, al ceñir la aptitud de adquirir derecho y contraer obligaciones de la persona jurídica (capacidad de derecho): “... *para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación...*”². En ese desandar, parecería no haberse reparado en que, no es lo mismo hablar de persona jurídica a secas que de persona jurídica sociedad, porque a diferencia de lo que sucede en el sistema de derecho común (CCyC.) con aquéllas, estas últimas son consideradas por el ordenamiento especial (LGS.) como un instrumento económico – jurídico que favorece la organización de la empresa, a partir de lo cual puede trascender al tráfico y a las relaciones con los terceros, sirviéndose de la idea de unidad y permanencia. En el Código Civil y Comercial de la Nación, el objeto social aparece mencionado en la norma del art. 141, como proyección del principio de especialidad, al representar la medida de la capacidad de derecho. Asimismo, la norma del art. 156, CCyC., estipula que: “... *debe ser preciso y determinado...*”, o sea, limitado a las operaciones concretas que constituye la actividad del ente. Y como no podía ser de otra manera, también debe ser lícito y posible (art. 240, CCyC.).

Esta vuelta hacia espacios de debates ya superados, se patentiza aún más a nivel de persona jurídica sociedad, porque éstas son sujetos de derecho con el alcance que surge de la Ley especial (arts. 1, 2, 54, 3, párr., y 58, LGS.) con independencia de la derogación expresa del Código de Comercio (art. 150, CCyC.).

Tratándose de un ente de los comprendidos en la Ley General de Sociedades, se los reputa sujetos de derecho: “... *con el alcance fijado en esta ley...*” (art. 2) cuyo objeto designado en

¹ OTAEGUI Julio C. –Inoponibilidad de la persona jurídica. Anomalías Societarias- Edit. Advocatus, Cba. año 1992, págs. 93/94.; en el mismo sentido: RICHARD Efraín H. –Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad-; trab., pub., en: RDPyC. –Abuso de la personalidad societaria-2008-3; edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 2009, págs. 201/202.

² La norma del art. 138, del Proyecto de Unificación del año 1998 (acótese: fuente directa del CCyC en esta materia) definía a las personas jurídicas como: “todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones...”.

su estatuto (o contrato) debe ser preciso y determinado (art. 11, inc. 3).

En este ámbito, el principio de especialidad (art. 141, CCyC.) no impacta con el alcance propuesto para el Derecho común, porque no implica restricción a la capacidad. A diferencia de ello, en el plano del Derecho societario, el tema pasa por un sistema de oponibilidad de actos. Por lo tanto: en la órbita del derecho de sociedades (LGS) lo previsto en la norma del art. 11, inc. 3 (a diferencia de lo previsto en la norma de los arts. 141 y 156, CCyC.) le cabe el alcance que surge de interpretar sistemáticamente lo dispuesto en la norma de los arts. 1, 2, 54, 58, 63, inc. d., LGS.

Por consiguiente: el objeto no limita ni mide la capacidad del ente.

La persona jurídica sociedad posee una capacidad jurídica general y plena.

Incluso, aunque se extralimite de su objeto, porque tal supuesto trasunta en un problema diferente al de capacidad: imputación³.

Con la determinación de su objeto (art. 156, CCyC.; art. 11, inc. 3, LGS.) lo que se busca es proteger a sus miembros; no así a los terceros que se vinculan con la persona jurídica, a quienes les importa que dicho acto jurídico pueda serle imputable al ente.

La sociedad puede cumplir cualquier acto oportuno para la ejecución de su objeto, y en ese quehacer –eventualmente– responde por todos los actos que fueran notoriamente extraños al objeto social (art. 58, LGS.).

Valga insistir con lo mismo: la cuestión no trasunta en un problema de capacidad, sino de imputación de los actos a la persona jurídica sociedad (léase: atribuir a una persona la autoría de una conducta y sus consecuencias) nota inescindible de la personalidad jurídica, la que –a su vez– difiere de la noción de capacidad⁴. Por lo tanto: cuando el órgano de administración o de representación de la sociedad realiza actos que excedieran de su objeto, el negocio jurídico no puede reputarse nulo; en todo caso, el efecto es que no le es imputable a la persona jurídica sino a quien lo ha celebrado, pero es susceptible de aceptación, incluso de ratificación por parte de aquélla⁵.

El presupuesto normativo que anida en la norma del art. 58, LGS., claramente establece un régimen de imputabilidad a la sociedad de los actos de sus representantes (incluso aquellos que no fueran notoriamente extraños a su objeto); ergo: si la capacidad del ente estuviera medida por su objeto, los actos que lo excedan (sean o no notoriamente extraños) deberían ser nulos (arts. 44, 388 y 1000, CCyC.; ex: arts. 1040 y 1042, CC.) y en nuestro caso (a fuer de ser reiterativos) no lo son.

Ineludiblemente, cuando hablamos de imputación, no se puede prescindir de la voluntad del sujeto de derecho actuante. Al ser un sujeto conformado por un variable número de otros sujetos, no es posible que el proceso formativo de su voluntad se identifique con el que corresponde a las personas humanas. Esto, no sólo porque es una estructura jurídica de conformación plural, sino porque aun en el supuesto admitido de la sociedad uniperso-

³ En palabras de empinada doctrina: "... La finalidad de la sociedad no indica una limitación de la capacidad de derecho de la sociedad en las relaciones patrimoniales, sino que señala el límite de los poderes de los órganos sociales..." (cfr.: ASCARELLI Tullio –Sociedades y asociaciones comerciales– Edit. EDIAR, Bs. As., año 1947, pág. 55).

⁴ Me detento en esto último: cuando se alude a imputación, se está haciendo referencia a la: "... mecánica mediante la cual la ley atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona fijando a tal fin diversos recaudos, variables según el supuesto, entre los cuales está la capacidad de cumplir actos, adquirir derechos o asumir las obligaciones que de él deriven y también las consecuencias sancionatorias de la ejecución de un acto prohibido..." (cfr.: SUAREZ ANZORENA Carlos S. –Personalidad de las sociedades– en: ZALDIVAR E. –MANÓVIL R. M. –RAGAZZI G. E. – ROVIRA A. L. – SAN MILLAR C. –Cuadernos de derecho societario. Tomo I– Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1980, pág. 130).

⁵ MANOVIL Rafael M. –Grupo de sociedades– Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1998, pág. 955.

nal, ello no autorizaría a confundir la voluntad de su único socio con la de esa otra persona que el mismo conforma.

Aparece así la organización como un elemento necesario de la persona jurídica sociedad a estos efectos⁶. Para alcanzar esa organización necesaria destinada a expresar la voluntad societaria, el sistema de Derecho societario se vale de un componente técnico (léase: organicismo) de cuya aplicación resultará que, según cuál fuera la función por realizar, será el órgano que habrá de actuar, haciéndolo mediante actos colectivos que, en tanto se adecuen al ordenamiento que los rige, harán actuar a la propia sociedad. Sin duda, si la estructura orgánica hace a la organización societaria, la noción de órgano debe ser concebida como un derivado del contrato plurilateral y de organización⁷.

Entiéndase bien: el órgano es una parte funcional de la estructura de la sociedad, cuyo aspecto objetivo está conformado por el conjunto de facultades, atribuciones y competencia que el sistema de Derecho societario y el propio contrato de sociedad le atribuyen, mientras que su aspecto subjetivo se integra con el conjunto de personas que (según el caso) pueden (o no) ser partícipes del contrato de sociedad. Y esto me permite inferir que la expresión de la voluntad en las sociedades no puede producirse, sino con apego al orden jurídico; o lo que es lo mismo: con apego al conjunto de normas que se pronuncian acerca de cómo y sobre qué pueden expedirse las personas que han sido investidas por la sociedad con las atribuciones respectivas⁸.

Cuando cada uno de estos estamentos actúa dentro de la órbita de su competencia funcional obliga a la persona jurídica, la que responde tanto en el aspecto contractual como en el extracontractual, configurándose, en definitiva, un régimen de imputabilidad al orden jurídico especial denominado sociedad⁹.

A diferencia de lo que opinan algo diferente¹⁰, nuestro sistema legal societario no ha adoptado en este tema la doctrina anglosajona del *ultra vires*; contrariamente a ello, consagra expresamente la oponibilidad a la sociedad de actos ajenos al objeto social, salvo aquellos que merezcan la tacha de “notoriamente” extraños¹¹.

Reitero, aquel requerimiento legal al que se aludiera sobre la precisión y determinación del objeto (art. 11, inc. 3, LGS.) no ha sido establecido para determinar la capacidad del ente, cuya génesis es ajena a la voluntad de sus integrantes: se trata de una aptitud legal¹².

La persona jurídica sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones mientras no

⁶ La teoría del órgano trata de identificar y calificar la distribución interna de funciones y competencias en una sociedad y, en ciertos casos, sus proyecciones externas. De esto se sigue que no se aplica única ni necesariamente a funciones que conllevan la actuación externa (representativa) de la sociedad frente a terceros, sino a toda función social. Lo trascendente es, según las palabras de empinada doctrina: “... destacar que cada órgano actúa dentro de los límites funcionales que la ley (y eventualmente el contrato o estatuto) le atribuye...” (cfr.: ALEGRÍA Héctor –La representación societaria-; trab. pub., en: RDPC, Nro. 6 –Representación-, edit., Rubinzal Culzoni, Sta. Fe., año 1994, pág. 247).

⁷ COLOMBRES Gervasio R. –La teoría del órgano en la sociedad anónima- Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., año 1959, pág. 106.

⁸ BRUNETTI Antonio – Tratados del Derecho de las sociedades. Tomo II; Edit. El Foro, Bs. As., año 2003, pág. 354.

⁹ COLOMBRES Gervasio R. –Curso de Derecho Societario. Parte General- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1972, pág. 143; CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo –Derecho Societario. Tomo 4- Edit. Heliasta, Bs. As., año 1996, pág. 13.

¹⁰ ROITMAN Horacio –Ley de Sociedades Comerciales. Tomo II- Edit. La Ley, Bs. As., año 2011, págs. 302/303.

¹¹ Como la ley aplica una fórmula estricta: “actos notoriamente extraños”, es claro que la interpretación deberá serlo igualmente. Por lo tanto, sólo podrá excluirse de la normal imputación a la sociedad el acto que sin dudas, con total claridad, resulta extraño al objeto social. Luego, en caso de duda, el acto debe reputarse dentro de las facultades del representante estatutario. Doctrina de fuste avala lo que vengo diciendo (cfr.: ALEGRÍA Héctor –La representación societaria-; trab. pub., en: RDPC, Nro. 6 –Representación-, edit., Rubinzal Culzoni, Sta. Fe., año 1994, pág. 267).

¹² Comparto la opinión que señala que: “Distinto es el ámbito de ejercicio de la capacidad social, que sí es determinado por el objeto a los fines de la imputación o no a la sociedad de los actos celebrados por sus representantes legales...” (cfr.: BADOLA María C. –Sociedad anónima: actos notoriamente extraños al objeto social y derecho de receso-; ponencia presentada en: VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo II-, pág. 135).

le hubieran sido prohibidos por el ordenamiento: la regla es la capacidad y la excepción la restricciones a ella¹³.

Desde esta perspectiva, no queda sino concluir que la capacidad de derecho de la persona jurídica societaria no está limitada por su objeto; por el contrario, puede realizar cualquier acto, salvo las restricciones legales o derivadas de su propia naturaleza¹⁴.

Vuelvo sobre lo mismo: la norma del art. 58, LGS., alude a una cuestión netamente de imputación de actos a la persona jurídica sociedad. En todo caso, si algún límite representara, lo es exclusivamente respecto de la actividad que puede válidamente realizar la sociedad, pues todo cambio de objeto importa la modificación del contrato, y su vulneración depara una causal de disolución (art. 94, incs. 1 y 4, LGS.).

No obstante ello, y sin que ello importe una modificación al objeto, frente a un acto que pueda reputarse notoriamente extraño, podría la sociedad a través de su órgano de gobierno decidir asumirlo para que le sea imputable¹⁵.

La razón decanta por sí misma: el mero carácter de sujeto de derecho de la sociedad le confiere capacidad plena y general. Insisto, la inobservancia de los límites impuestos por el objeto social no afecta la capacidad de derecho del ente; lo que se compromete es la competencia funcional del órgano, alterándose el régimen de imputación diferenciada del acto concreto¹⁶.

Una pauta legal en tal sentido surge de lo previsto en la norma del art. 63, inc. d, LGS., según el cual se manda a suministrar en el activo del balance, luego de enunciar varios supuestos, la información concerniente a: "... cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad...". Y ello así, porque todas aquellas operaciones excedentes del objeto mal podrían ser registradas en el activo por la totalidad de su valor, pues involucrarían actos nulos de nulidad absoluta e inconfirmable¹⁷. Siguiendo este razonamiento, no se puede sino colegir que: "... Hay aquí, entonces, una norma positiva que implica interpretación auténtica del legislador en sentido adverso a que la capacidad de la sociedad esté limitada al objeto..."¹⁸.

Resta agregar que en los casos contemplados en el presupuesto normativo de la norma del art. 54, 3, párr., LGS. (similar al art. 144, CCyC.) tampoco se desprende un problema de capacidad de derecho de la persona jurídica sociedad; contrariamente a ello, cuando se alude a su actuación con fines extrasocietarios (léase: consecución de fines ajenos a la persona jurídica –art. 144, CCyC.–) se está aludiendo a algo diferente. En efecto, toda persona jurídica privada implica un régimen de responsabilidad frente a terceros imputable al patri-

¹³ JELONCHE Edgar I. –Capital social, objeto y Estatuto modelo de las Sociedades Anónimas–; trab., pub., en: LL 10/4/1980, pág. 889.

¹⁴ Incluso, si la sociedad puede a través de su órgano de gobierno en asamblea extraordinaria votar el cambio fundamental del objeto (art. 244, 3, párr., LGS.) puede colegirse de ello que también estaría habilitada para asumir o convalidar la actuación de sus órganos que sea notoriamente extraña al objeto social, pues ello trasuntaría en un cambio fundamental del objeto. De tomarse como válida esta aseveración, es dable inferir que el objeto social no se alza como límite a la capacidad del ente, porque de ser así, tratándose de la actuación de la voluntad de un sujeto de derecho incapaz, dicha actuación sería nula de nulidad absoluta e inconfirmable.

¹⁵ MANOVIL Rafael M. –¿Hacia un nuevo derecho de las sociedades en la Ley 26.994?–; trab., pub., en: RSYC., año 17, 2016-2, edit. FIDAS, Bs. As., año 2016, pág. 5

¹⁶ Al respecto, acierta Manóvil cuando con justo tino señala que: "... la Ley de Sociedades Comerciales (...) despejó toda duda acerca de la independencia de la capacidad de la persona jurídica societaria respecto de su objeto. Ello así cuando en su Art. 58 establece la noción de imputabilidad a la sociedad de todos los actos que "no sean notoriamente extraños al objeto social". Si los alcances del objeto se refieren a la imputación a la persona societaria de los actos celebrados por sus representantes, con una delimitación imprecisa a establecer en cada caso particular, y si el objeto social es libremente modificable por los socios, es bien claro que la capacidad jurídica para realizar cualquier clase de actos es plena, excepto en cuanto fuera incompatible con su naturaleza (v.gr., no pueden ser titulares de relaciones de familia) o que medie una prohibición legal específica..." (cfr.: MANOVIL Rafael M. –Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo código–; trab., pub., en: LL, Cit. Online: AR/DOC/401/2015).

¹⁷ OTAEGUI Julio C. –Persona societaria: esquema de sus atributos–; trab., pub., en: RDCO 7-39; edit. Depalma, Bs. As., año 1974, pág. 287.

¹⁸ HALPERIN Isaac – BUTTY Enrique M. –Curso de derecho comercial. Vol. I- Edit. Depalma, Bs. As., año 2000, pág. 281.

monio personificado, pues -como se adelantó- es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 141, CCyC.; ex: arts. 35 y 39 *ibid.*).

La inoponibilidad prevista en el ordenamiento societario importa una alteración de dicho régimen de responsabilidad del socio, que es un efecto de la personalidad y configura -por tanto- una manifestación de la desestimación de aquélla.

Precisamente, el apartado final de la norma analizada, persigue imputar directamente el empleo inapropiado de la sociedad a los socios o a los controlantes. No prescribe la pérdida o invalidación total de la personalidad jurídica. Tampoco busca nulificar a la sociedad por ser ella de objeto ilícito o por realizarse a través de ella una actividad ilícita (arts. 18 y 19, LSC -hoy: LGS.-). Se trata, por decirlo metafóricamente de alguna manera, de dejar de lado el principio de irresponsabilidad personal y separación patrimonial de los miembros de la figura (art. 143, CCyC.; ex: art. 39, CC.) con el objeto de imputar la actuación de la sociedad a la persona de los socios o controlantes involucrados en el empleo desviado de la estructura societaria³⁹. Hay una nueva imputación de la relación jurídica de que se trata, pero la sociedad no queda desobligada, sino que conserva su condición de tal y las obligaciones asumidas, pero los terceros que invocan la protección de la norma verán ampliado el elenco de sujetos que pueden resultar afectados por la declaración de inoponibilidad.

En resumen: sólo media una alteración del efecto jurídico de la personalidad del ente, cual es: la de constituir un centro de imputación diferenciado, para imputarse la actuación de la sociedad a las personas que hicieron viable su utilización con fines ajenos a la persona jurídica. Otra afectación sufren los actos que han sido ejecutados por personas que no tengan capacidad de derecho (se trate de una persona física o de una jurídica) esto es: su nulidad, sin que se vea comprometida la personalidad.

A modo de conclusión

El trinomio (fin – objeto – actividad) tiene una vinculación estrecha con la capacidad (*aptitud de...*) pero no la limita.

Los actos extraños al objeto obligan a la sociedad. Si la obligan es porque le son imputables; y si le son imputables, lo es porque su capacidad es plena y general.

La extralimitación del objeto refiere a una cuestión de imputación del acto a quien lo hubiera ejecutado (responsabilidad de administradores o representantes).

³⁹ MOLINA SANDOVAL Carlos A. - La desestimación de la personalidad jurídica societaria- Edit. Ábaco, Bs. As., año 2004, págs. 75/76.

EL INTERÉS SOCIAL DE LA PERSONA JURÍDICA -COMO MÓDULO PARA CALIBRAR LA GESTIÓN DE LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS-

Ariel A. Germán Macagno

PONENCIA

El interés de la persona jurídica (art. 159, CCyC.) representa una noción fundamental para su normal y correcto funcionamiento, porque delimita la órbita de actuación de los diferentes órganos sociales.

El socio persigue el máximo beneficio con el mínimo sacrificio, pero este fin personal está subordinado al interés de la persona jurídica privada (interés social) que debe ser tenido en mira por los órganos sociales, pues su actuación funcional debe estar direccionada a satisfacerlo.

Mis fundamentos

Cuando uno se refiere a personas jurídicas, más que referirse a propósitos o motivos, hay que aludir al fin¹.

Justamente, ha sido este “fin” el disparador para calibrar la noción jurídica de “interés social”², pues es indiscutible que esta noción de interés está constituido por su conexión inescindible con un objetivo que le dará satisfacción, lo que da cuenta de una relación con un fin³.

Trasladado que fuera este esquema al interés grupal, Anaya remarcaba que había que tomarlo como: “... un interés común que, en el ámbito del tema encarado, sería un interés social, como expresión de las relaciones que vinculan al conjunto de los socios para la consecución de una finalidad colectiva, que intentará distinguirse de una sumatoria de sus intereses individuales, pero que tampoco se confundirá con una abstracción desencarnada de los socios,

¹ Así, lo que para las personas humanas es un hecho (actividad habitual) y un motivo (propósito de lucro) para las personas jurídicas debe entenderse un fin jurídico, que trasunta en la explotación de la empresa, esto es: “... de una actividad económica organizada a los fines de la producción o del intercambio (a título oneroso) de bienes o servicios...” (cfr.: ASCARELLI Tullio –Introducción al estudio del derecho mercantil- Edit. Bosch, Barcelona, año 1964, pág. 174).

² Sobre el tema del interés social se recomienda la siguiente lectura: COHEN DE ROIMISER Mónica –El interés social en la sociedad anónima actual- Edit. Depalma, Bs. As., año 1979. PEDROL Antonio – La anónima actual y la sindicación de acciones- Edit. Rev. Decho. Privado, Madrid, año 1969; ANAYA Jaime L. –Consistencia del interés social-; trab., pub., en: -Anomalías Societarias- Edit. Advocatus, Cba., año 1992. COLOMBRES Gervasio R. –Curso de Derecho societario. Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1969; RUBIO Jesús – Derecho de Sociedades Anónimas- Editorial de Derecho Financiero, Madrid, año 1964; DOBSON Juan I. –Interés societario- Edit. Astrea, Bs. As., año 2010.

³ Galgano lo sintetizó en una definición en la que caracterizó al interés social como: “... aquel que se haya dentro del esquema causal del contrato de sociedad, sea el interés a la maximización de la eficacia productiva de la empresa, o a la maximización de la ganancia, o a la maximización del dividendo; al contrario, es interés extrasocial todo interés extraño a la causa del contrato de sociedad, y por esto personal de uno o varios socios, o de la misma mayoría de socios...” (cfr.: GALGANO Francesco –La società per azioni- Edit. Zanichelli, Bolgna, año 1978, págs. 160 y ss; ob., cit., por: ALEGRÍA Héctor –El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas-; trab., pub., en: RDPyC. –Abuso del derecho-; tomo 16, edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 1998, pág. 328 (nota 20). A nivel local, el interés social fue apreciado como el “... beneficio de la sociedad y de los socios en su conjunto, en razón del fin de la primera, es decir el lucro, y con predominio sobre el interés particular de los segundos (...) Cede, desde luego, ante el interés público; pero, insistimos, se impone al interés individual de los socios...” (cfr.: ZALDIVAR Enrique – Impugnación por los accionistas de las resoluciones asamblearias-; trab., pub., en: libro de ponencias Primer Congreso de Derecho Societaria, La Cumbre, Córdoba, año 1977, edit. Depalma, Bs. As., año 1979, pág. 159; cit., por: ALEGRÍA Héctor – El abuso de mayoría y de minoría en las sociedades anónimas-; trab., pub., en: RDPyC. – Abuso del derecho-; tomo 16, edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, año 1998, 329). Asimismo, como ese “interés objetivo común a los socios, conforme al fin social y en un momento histórico dado...” (cfr.: HALPERÍN Isaac –Criterios Generales de la reforma de las sociedades comerciales. Ley 19550-; trab., pub., en: RDCO, edit. Depalma, Bs. As., año 1972, pág. 616).

ajena a ellos..."⁴.

Tengo así que la vinculación societaria que se gesta no comporta una posición de socio frente a la sociedad, sino en ella⁵. De allí que, causa fin, *affectio societatis* y riesgo común sean tres elementos que constituyen facetas de un solo y único dato común. En esto participó de la opinión de Manóvil⁶.

No hay desarrollo del interés del socio, sino por medio de un correcto funcionamiento de la sociedad, y de una exitosa gestión empresarial. Esto, sin perjuicio de que: "ni el funcionamiento de la sociedad absorbe al interés del socio, ni éste puede encontrar su satisfacción sin el concurso imprescindible, como medio de gestión social..."⁷.

El reconocimiento de la existencia de este interés particular de la persona jurídica privada diferente al de sus integrantes, sirve como pauta orientadora de la actuación leal y diligente de sus administradores.

El sistema de Derecho común se ha encargado de plasmarlo en la norma del art. 159, CCyC., disponiéndose que los administradores de la persona jurídica (cualquiera sea ella) deben obrar: "... con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica...", manda legal que delimita la obligación del administrador de direccionar su actuación funcional a la búsqueda del interés de la persona jurídica.

Entiéndase bien: esto no significa que dicho interés de la persona jurídica privada quede subsumido en alguno de los órganos sociales, sino que ellos deben direccionar su actuación dentro de su competencia funcional al logro de ese interés. De allí que el interés aludido represente una noción fundamental para su normal y correcto funcionamiento, porque delimita la órbita de actuación de los diferentes órganos sociales.

No hay duda que el socio persigue el máximo beneficio con el mínimo sacrificio, pero este fin personal está subordinado al interés de la persona jurídica privada (interés social) que debe ser tenido en mira por los órganos sociales, pues su actuación funcional debe tender a lograrlo. Se pueden percibir dos enfoques del interés social que anida en un criterio eminentemente temporal.

Como surge de la norma del art. 1, LGS., los socios se obligan a realizar aportes para la producción e intercambio de bienes o servicios: interés social preliminar⁸.

El patrimonio de la sociedad formado *ab initio* por los aportes de los socios, debe utilizarse en un todo de acuerdo con el objeto social y la posibilidad de que estos participen en el

⁴ Para este autor, los caracteres del interés social, pueden compendiarse en: "... 1) Por el hecho de que su finalidad – la consecución de ganancias mediante el ejercicio de una actividad determinada que el contrato o estatuto ha fijado como objeto- solamente puede ser alcanzada por la acción común o coordinada de todos los socios, mediante una colaboración organizada. 2) Por el objeto en el que encontrará su satisfacción que será cualitativamente idéntico para todos los que colaboran en su realización, aunque cuantitativamente puede ser diverso. 3) Por ser un interés que responde a una misma causa, aunque los motivos de los miembros pueden ser diversos, como pueden serlo los destinos que cada uno tenga reservado para las ventajas obtenidas. 4) Por ser común también el interés, en cuanto al objeto alcanzado en común debe ser, en definitiva, participado –distribuido- entre todos los integrantes del grupo..." (cfr.: ANAYA Jaime L. Consistencia del interés social-; trab., pub., en: -Anomalías Societarias- Edit. Advocatus, Cba., año 1992, pág. 228).

⁵ FARGOSI Horacio P. – Estudios de derecho societario- Edit. Abaco, Bs. As., año 1978, pág. 45

⁶ Hablar en términos de *affectio societatis* su elemento central no está en la relación de afectos que puede vincular a los socios, sino: "... en el reconocimiento de igual calidad de derecho y de igual interés, con independencia de su cuantía. Importa también que quienes están unidos por ese vínculo son partícipes de reglas de funcionamiento que sirven para garantizar el ejercicio de esos derechos cualitativamente iguales. Causa fin, *affectio societatis* y riesgo común son tres elementos tan estrechamente vinculados entre sí, que puede decirse que constituyen facetas de un solo y único dato común. En el ámbito de la sociedad, los socios o accionistas asumen un riesgo que es común a todos ellos, que se traducirá en el resultado: deben soportar las pérdidas y tienen derecho a obtener su porción del lucro obtenido. Esta vocación común al resultado del riesgo corrido también en común es el dato que demuestra el interés cualitativamente idéntico de todos y funda aquella igual calidad de los derechos de los socios en el seno de la sociedad. Estos conceptos no pueden desvincularse..." (cfr.: MANÓVIL Rafael M. – de sociedades- Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., año 1998, pág. 570).

⁷ CAPUTO Leandro J. – Inoponibilidad de la persona jurídica societaria- Edit. Astrea, Bs. As., año 2006, pág. 163.

⁸ GALGANO Francesco – Tratado de derecho comercial y de derecho público de la economía- Edit. Cedam, Padua, año 1984, pág. 57.

resultado de la explotación, “participando de los beneficios y soportando las pérdidas”: interés social final.

El interés social no es el interés de la mayoría. Toda decisión asamblearia debe inspirarse en aquel. El principio mayoritario no ha sido considerado por la ley como sanción que remarca el prevalecimiento del interés de la mayoría, sino como criterio de organización de los socios y como tal como medio de protección del interés común de estos.

No es inusual en la práctica societaria, que los directores de una sociedad fueren el interés social para verse favorecidos con determinados negocios o políticas empresarias. Y no solo en su propio beneficio, sino también en los de un grupo, que generalmente son mayoría y detentan el control⁹.

Precisamente, es en este punto en el que el interés social reviste importancia: como “marco de referencia” de la gestión de administrador.

Con el interés social lo que se busca es mantener constante el debido equilibrio de poderes en el seno de la sociedad, de allí que los socios (*rectius*: su interés individual, incluso colectivo, con base en el régimen de mayorías) deba ceder frente a aquellos para dejar en sus manos (en forma exclusiva y excluyente) la conducción de la empresa. Durante el cumplimiento de las funciones del administrador, es común que aparezca una gama de diferentes intereses, que pueden colisionar con el interés de la sociedad¹⁰. Frente a un conflicto de intereses de tales características, los administradores deben priorizar el interés social¹¹. Y bien decimos “deben”, porque es el propio texto de la ley que determina con nitidez la obligación que pesa sobre estos de protegerlo, como criterio determinante del acto normal de gestión¹².

El administrador societario, como parte de la estructura orgánica de la persona jurídica administrada, debe dirigir su gestión, no sólo a la adopción de políticas empresariales que optimicen el rendimiento de su administrada, sino que a coordinar los diferentes intereses que se encuentran en pugna dentro del organismo; pero siempre con la necesaria preeminencia del interés social.

Ese poder de gestión dentro de la sociedad se encuentra ligado al logro del objeto social, al que se arriba con una adecuada política empresarial, limitada por el interés social¹³.

Se trata de un deber de inexcusable cumplimiento, cuya violación no sólo encuentra una amplia gama sancionatoria en el propio sistema de Derecho societario (arts. 59, 271 a 279, LGS.) sino también en el derecho común (art. 10, CCyC.). Y más aún, tal inobservancia se encuentra tipificada en el Código Penal (art. 173, inc. 7, CP.)¹⁴.

Desde esta última perspectiva, cuando la norma habla de violación de los deberes, hace referencia al deber de actuar de conformidad con el interés social, haciendo prevalecer el

⁹ Esta misión no se agota solo en realizar actos propios de la administración común, sino que –además– conduce la gestión operativa de la empresa. Le permite fijar determinados rumbos en el manejo de los intereses sociales, y que repercutirán definitivamente en las políticas empresariales asumidas y aplicables a la marcha de la empresa

¹⁰ Estos pueden provenir de los propios administradores, de los grupos internos, de los controlantes, y hasta de un tercero.

¹¹ Ya la jurisprudencia francesa se ha expedido al respecto afirmando que “es un principio de la materia que los dirigentes responsables o la asamblea general de las sociedades no pueden servirse de los poderes que le han sido confiados más que en el interés social, y que hay abuso de derecho o desvío de poder todas las veces que un administrador actúa en vista de satisfacer sus intereses personales en detrimento de los intereses colectivos o de intereses individuales de los otros socios”.

¹² BAIGÚN David - BERGEL Salvador D. - El fraude en la administración societaria (El art. 173, inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales) - Edit. Depalma, Bs. As., año 1988, pág. 27.

¹³ Todos los actos de dicho órgano deben estar dirigidos a alcanzar el objeto social y a la satisfacción de ese interés que resulta ser el elemento determinante de su normalidad.

¹⁴ Si bien el interés social no forma parte de la descripción típica –administración fraudulenta– está ínsito en el sistema del art. 173 inc. 7, CP. y constituye uno de los componentes del bien jurídico protegido.

interés social en los conflictos suscitados e imponiendo la necesidad de abstenerse de realizar todo acto que contraríe, desconozca o minimice el interés social, en beneficio propio o de terceros¹⁵.

Todo acto ajeno al interés social importa una desviación del estándar jurídico previsto por la norma del art. 59 LGS., según el cual: *“los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”*.

Asimismo, la responsabilidad penal de los administradores debe estructurarse sobre el fundamento del mentado interés: los actos que lo contraríen deberán ser sancionados. Además, esta especial responsabilidad encuentra su fundamento en el poder de los órganos de gestión para asegurar la actividad social¹⁶.

¹⁵ BAIGÚN David – BERGEL Salvador D. --El fraude en la administración societaria (El art. 173, inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales)- Edit. Depalma, Bs. As., año 1988, pág. 55.

¹⁶ BAIGÚN David – BERGEL Salvador D. -El fraude en la administración societaria (El art. 173, inc. 7 del Código Penal en la órbita de las sociedades comerciales)- Edit. Depalma, Bs. As., año 1988, pág. 57.

SAS: TRANSFERENCIA DE RIESGOS ENTRE SOCIOS

Lucas Maderna

SUMARIO

La LGS impone a quienes se constituyan de acuerdo a los tipos sociales regulados en ella, la obligación de compartir los beneficios y las pérdidas de la aventura societaria –comunidad de riesgos– (art. 1 LGS) declarando nulos los pactos contrarios a aquella regla (art. 13 LGS). Tradicionalmente se ha sostenido que la comunidad de riesgos es el elemento esencial –y la causa fin del negocio– que permite distinguir a la sociedad del resto de los contratos, y en particular de los contratos asociativos no personificantes.

Tal concepción se encuentra en crisis, fundamentalmente desde la incorporación de la SAS al ordenamiento jurídico, toda vez que no encontramos tal exigencia en la ley 27.349 y no parece que la regla imperativa del art. 13 LGS concilie con las disposiciones de la LACE, donde prevalece la autonomía de la voluntad.

Esto nos invita a repensar algunos dogmas o verdades reveladas. Apartarnos de ellos quizá nos permita ver a la comunidad de riesgos ya no como el elemento “esencial” que debe estar presente en todas las sociedades como condición de su existencia, sino como un elemento “natural”, actualmente obligatorio para los tipos sociales de la LGS, pero disponible por los socios en la SAS. La transferencia de riesgos entre socios de una SAS, debe ser tolerada, pues se trata de intereses privados y patrimoniales que –en nuestra opinión– no afectan la causa, ni la esencia del negocio societario, ni menoscaban derechos de terceros.

PONENCIA

I.- Escenario

La sociedad presenta ciertas particularidades que la distinguen del resto de los contratos, dado que se crea un nuevo sujeto de derecho que se relacionará con terceros como un centro de imputación diferenciada. No obstante, en el ámbito interno, es en esencia, un acuerdo de voluntades destinado a regular los derechos y obligaciones de las partes¹.

Ahora bien, la realidad es que en el derecho societario que actualmente concebimos, la Ley General de Sociedades (LGS) no funciona como un instrumento de integración de la voluntad de las partes, sino como un instrumento de conformación del contrato de sociedad. Y en esta línea, a pesar de haber espacio para la autonomía de la voluntad, no es menos cierto que la misma cumple un rol secundario –una facultad “concedida”– dentro de un sistema de imperatividad difuso o de imperatividad de fondo, como señala de jurista español Paz-Ares². Empero, en los últimos años el modelo imperativo ha ido cediendo, allanándole el camino a la autonomía de la voluntad. Nos referimos fundamentalmente al advenimiento de la unipersonalidad y a la flexibilización de la tipicidad, reconociendo la plena validez de aquellas sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo Primero de la LGS³.

Esta tendencia se ratificó en el año 2017 cuando mediante Ley de Apoyo al Capital Empren-

¹ Véase: ROTHENBERG, Mónica, *Autonomía de la voluntad y sociedades de capital*, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 3.

² Cfr. PAZ-ARES, Cándido, *¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades?*, en C. PAZ-ARES (coord.), *Tratando de la sociedad de responsabilidad limitada*, C.G. Notariado, Madrid 1997, pp. 159-205

³ Reformas introducidas a la LGS por ley 26.994.

dedor n° 27.349 (LACE) se incorporó al ordenamiento jurídico la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), creada y hasta el momento mantenida por fuera de la LGS.

Este tipo social retoma el camino contractualista que por años se vio opacado por el paradigma institucionalista⁴. Tan es así que, conforme se desprende de su mensaje de elevación, la SAS es un *“...régimen normativo que se destaca y valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones”*⁵. Sin perjuicio de que el legislador de la LACE pretendió abiertamente sustraer a la SAS de la aplicación directa⁶ de ciertos principios y reglas anacrónicas que la LGS mantiene en la parte general para los tipos sociales allí previstos, no podemos afirmar que dicho objetivo se encuentra acabadamente cumplido, pues a cinco años de su entrada en vigor, aun subyacen ciertos dogmas en el inconsciente de la comunidad jurídica.

Es que este novedoso tipo social llamó a repensar al derecho societario tradicional tal cual lo conocíamos, y generó una incoherencia inaceptable en la jurisprudencia de los conceptos. Es así que, inmediatamente a su sanción, comenzó un intenso debate entre autores de nota acerca de los límites a la autonomía de la voluntad en la SAS⁷.

Simplificando las conclusiones de las distintas posiciones, se advierte que la generalidad de la doctrina otorgó su beneplácito a la mayor libertad para la estructuración orgánica, a la simplificación de los trámites de constitución, a la flexibilización del régimen de aportes y aumento de capital, entre otros avances. Sin embargo, las aguas están divididas respecto de la aplicación directa –o no– a las SAS de las normas imperativas de la parte general de la LGS. Los autores más aperturistas señalan que los límites a la libertad de configuración estatutaria no los encontramos en la LGS, sino en las pocas normas imperativas de la LACE (ley especial) y, fundamentalmente en ciertos principios rectores del CCyC (ley general), como la buena fe (art. 9) y el abuso del derecho (art. 10).

Entre los autores más clásicos, están aquellos que entienden que aplican directamente a las SAS todas las normas imperativas de la parte general de la LGS.

Y otros, con una posición intermedia, señalan que atento la SAS es una “sociedad”, en los términos del art. 1 de la LGS, le aplican a ésta aquellas normas imperativas de la parte general de la ley 19.550 que son una consecuencia implícita de la noción definida y que están estrictamente vinculados a la causa-fin del negocio jurídico societario, que según la doctrina tradicional es la “comunidad de riesgos”, entendida ésta como la participación de todos los socios en los resultados –ganancias o pérdidas– de la sociedad.

En esta ponencia, nos proponemos repensar si el “principio de comunidad de riesgos”, que surge de

⁴ Véase CUERVO, R., El “efecto SAS” como el ACV de las máquinas jurídicas: ¿triunfará la IGJ y su matrix recargado?, RDCO 305,61.

⁵ Extracto del Mensaje de Elevación de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor n° 27.349 en RAMÍREZ, SAS, Astrea, 2019.

⁶ Art. 33 LACE: “...Supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la ley general de sociedades, 19.550, t.o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”

⁷ RAGAZZI, G., La sociedad por acciones simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal), RDCO 285, 757; BALBÍN, S., El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS, RCCyC 2020 (febrero), 11; MANOVI, R. La SAS y las normas generales de la ley de sociedades, LA LEY 29/05/2019, 1 • LA LEY 2019-C, 823 • RDCO 298, 1187; COSTE-BOTTERI, Los límites de la autonomía de la voluntad en la sociedad por acciones simplificada, LA LEY 07/03/2019, 1 • LA LEY 2019-A, 969 • Enfoques 2019 (abril), 82; MESSINA-SANCHEZ HERRERO, Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada, LA LEY 13/06/2018, 1 • LA LEY 2018-C, 938; VILLANUEVA, J., La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario, LA LEY 11/12/2018, 1 • LA LEY 2018-F, 890; HADAD L, La funcionalidad de un derecho de sociedades moderno, LA LEY 08/06/2020, 10; NISSEN, R., Sobre los concretos resultados de la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas (sas) en la legislación societaria argentina y las medidas necesarias para evitar su abuso, TR LALEY AR/DOC/1650/2020; DUPRAT, D. Derechos de los socios en el marco de las SAS, RDCO 300, 63; PÉREZ HUALDE, F., La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la sociedad por acciones simplificada, LALEY 03/11/2017, 1 • LA LEY 2017-F, 561; entre otros.

la parte final del art. 1º de la LGS y es enfáticamente preservado por las *cláusulas leoninas* del art. 13 LGS, constituye el verdadero elemento “esencial” –y causal– del contrato de sociedad, y por lo tanto aplicable a todos los tipos sociales, incluida la SAS; o, por el contrario, se trata de un elemento “natural”, potencialmente presente en la SAS pero que los socios pueden voluntariamente dejar de lado en el estatuto, no obstante ello sea indisponible para los tipos sociales de la ley 19.550.

II.- Libertad de configuración estatutaria en la SAS

Las relaciones societarias, son naturalmente heterogéneas. A su vez, las formas de financiar y organizar las actividades empresariales van mutando a la par de los nuevos descubrimientos (innovaciones tecnológicas, instrumentos financieros, etc.). En consecuencia, aunque las soluciones imperativas puedan resultar adecuadas en un determinado tiempo y espacio para la mayoría de los supuestos, la ecuación puede cambiar.

Pues si una norma catalogada como imperativa pierde aptitud funcional, los particulares –quienes no pueden derogarla contractualmente– deben igualmente acatarla y someterse a reglas diseñadas a la luz de las costumbres y los valores dominantes al momento de su sanción, lo cual implica un desincentivo que atenta contra la inversión y consecuentemente contra el crecimiento económico; o bien, ingeniárselas para eludir la prohibición recurriendo a vías legales, pero indirectas.

A este contratempo se enfrentaron las legislaciones europeas y latinoamericanas de tradición continental a comienzos del Siglo XXI, quienes –siguiendo el pragmatismo del *common law*– han comenzado a flexibilizar sus sistemas⁸ con el fin de brindar un ecosistema amigable para los distintos actores de la economía del conocimiento: emprendedores e inversores⁹.

Llevado al plano nacional, cuando el legislador de la Ley 19.550 pensó las normas de la parte general y fijó su contenido imperativo, tuvo en cuenta la realidad empresarial, política y social de aquél entonces, que poco tiene que ver con la forma en que actualmente se hacen los negocios. De ahí que algunas normas que han sido canonizadas como imperativas, hoy funcionan como verdaderos obstáculos para aquellos particulares que desean voluntariamente organizarse conforme reglas que se apartan de lo que el legislador de la LGS consideró justo, equitativo y consecuentemente, inalterable.

Esto ha llevado inevitablemente a que los constituyentes recurran a “modelos tipo” de estatuto, y paralelamente expresen su verdadera voluntad en convenios para-societarios, escapando así de las prohibiciones de la LGS.

La SAS busca romper con este paradigma. Por un lado, aquellos que anhelan celeridad pueden valerse del instrumento constitutivo tipo, obteniendo así la inscripción en 24 horas. Paralelamente, aquellos que pretenden un traje a medida, tienen amplia autonomía de configuración estatutaria, de modo que, si dejamos de lado los dogmas y aprovechamos esta libertad, es posible regular los derechos y obligaciones de los socios (art. 36 inc. 8 LACE), sin mayores límites que las normas configuradoras del tipo y la protección de los terceros que se relacionen con el ente, puesto que lo demás se trataría de cuestiones privadas y patrimoniales de los socios, y, por lo tanto, disponibles.

Entonces, cuando hablamos de normas imperativas de la LGS y su aplicación a la SAS debemos necesariamente indagar acerca del bien jurídico –interés– que tal dispositivo pretende tutelar, a los fines de determinar si son –o no– conciliables con la SAS.

⁸ GIUDICI, P – ACSTNER, P, Startups and Company Law, The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?). Law working paper n° 471/2019.

⁹ Me refiero a los inversores de start ups: (i) Friends, family and fools, (ii) Incubadoras, (iii) Aceleradoras, (iv) Business Angels, (v) Fondos de Venture Capital y (vi) Equity Crowdfunding.

III.- Comunidad de riesgos ¿causa fin? ¿elemento esencial?

Cabe profundizar en el análisis crítico de aquellas normas imperativas que imponen restricciones a las relaciones internas, y que se fundan en la supuesta “esencia” del negocio jurídico societario¹⁰. Nos referimos a aquellas normas que imponen la “comunidad de riesgos” entre los socios, que –conforme fuera referido *ut supra*– actualmente las encontramos en la parte final del artículo 1º y en el artículo 13º de la LGS, pero tienen su origen en el carácter estrictamente fraternal de las primeras sociedades romanas (*societas ómnium bonorum*¹¹). De ahí que aquellas sociedades que rompieran con el principio de participación igualitaria en los beneficios y en las pérdidas eran consideradas *leoninas*¹², aunque ello fue matizado luego de que prevaleciera la visión autonomista de Servio Sulpicio Rufo en la *magna quaestio societatis*, en virtud de la cual se aceptó la participación desigual en los resultados e incluso se aceptó que uno de los socios –el industrial– no participara en absoluto de las pérdidas¹³. El principio de comunidad de riesgos entró nuevamente en crisis a finales del Siglo XV cuando los comerciantes comenzaron a recurrir a una figura híbrida denominada *contractus trinus* (contrato trino)¹⁴, que surgió como un subterfugio, exigido por la realidad económica y la práctica mercantil frente a las imperantes condenas de la usura de acuerdo con una concepción rígida y tradicional de las Santas Escrituras¹⁵. Luego de un largo y sólido debate entre teólogos tradicionalistas y aperturistas, terminaron triunfando estos últimos, quienes concluyeron que el principio de comunidad de riesgos no es un elemento “esencial” del contrato de sociedad, sino un elemento “natural”, potencialmente presente en todas las sociedades pero que los socios pueden voluntariamente dejarlo de lado sin que ello invalide el contrato. Según éstos, el único elemento esencial del contrato de sociedad es que las partes acuerden aportar algo en aras de un objetivo común¹⁶. No obstante, el principio de comunidad de riesgos fue incluido con todo rigor en el Código Civil de Napoleón (1804), y naturalmente, replicado por varios codificadores, entre ellos

¹⁰ El concepto de la “esencia de la sociedad”, ha sido calificado por algún autor como “un sentimiento jurídico” que carece hasta ahora de fundamentación sólida. De ahí que recurrir al mismo es por demás inseguro (Cfr. FERNANDEZ DE LA GALANDRA, Luis, “La atipicidad en el derecho de sociedades”, Ed. Pórtico, Zaragoza, 1977).

¹¹ Sociedad en la cual los socios aportaban todo su patrimonio, incluyendo sus bienes presentes y futuros, estando sujetos dichos socios por partes iguales a las pérdidas y ganancias que resulten a la liquidación de la sociedad. Esta forma societaria que aparece a principios de la República —y que tiene como antecedente al *consortium ercto non cito*— consistía en una sociedad familiar, por lo que, en principio, la entrada de los terceros estaba vedada. Este espíritu de fraternidad e igualdad permite entender la reticencia de algunos juristas de la época (v.gr., Quinto Mucio Escévola) a pensar nuevas formas societarias que prevean un régimen distinto de participación en los resultados de la sociedad.

¹² El término sociedad leonina tiene origen en una reconocida fábula de Esopo (versificada entre los romanos por Fedro) en virtud de la cual se asocian un león, una cabra, una oveja y una vaca para cazar a un ciervo y repartirse su cuerpo. Naturalmente el león se quedó con las cuatro partes del botín con la moraleja de que no conviene asociarse con alguien que es mucho más fuerte que tú porque no podrás evitar que abuse de su poder. Esta fábula fue tomada por Casio quien utilizó el término sociedad leonina para referirse a aquellas sociedades donde uno de los socios no participa de las ganancias y solo participa de las pérdidas, calificando a esa sociedad como injustísima y por lo tanto, nula.

¹³ Véase: BLANCH NOGUÉS, José M., “Reflexiones acerca de la *societas leonina* en el derecho romano”, comunicación presentada en la 62ª sesión de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité (SIHDA), celebrada en Friburgo, Suiza, en septiembre de 2008; BLANCH NOGUÉS, José M., “Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código Civil”, RJUAM, nro. 18, 2008-II, ps. 29-54; FUENTESCA, Margarita, “La magna quaestio societatis y otros problemas del contrato de sociedad romano”, Derecho, vol. VII, nro. 1, ps. 35-65.

¹⁴ Esta controvertida práctica consistía en la combinación de tres contratos: un contrato de sociedad, un contrato de seguro y un contrato de compraventa a futuro, y a pesar de que admitía distintas variantes, la dinámica de base era la siguiente: (i) los constituyentes celebraban un contrato de sociedad, uno aportaba el capital y otro, el trabajo o industria; (ii) el socio industrial (mercader) aseguraba al socio inversor el capital aportado; (iii) y, a su vez, el mercader le abonaba una suma fija anual al inversor, a cambio de mantener el resto de los beneficios futuros e inciertos (véase: MADERNA, Lucas, *Evanescencia de los dogmas en el derecho societario. Abandono de la comunidad de riesgos como elemento esencial del negocio*, RDCO 310, 256).

¹⁵ GARCÍA ULECIA, A., El contrato trino en castilla bajo el derecho común, p. 129 y ss.

¹⁶ DECOCK, W., In defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the contract trinus. No. 2012-04 – <http://ssrn.com/abstract=2162908>.

Vélez Sarsfield quién lo incorporó al Código Civil Argentino (art. 1650 y ss.) y que luego fue adoptado por el legislador de la Ley 19.550 (art. 13), vigente hasta estos días.

Es decir, actualmente se encuentra profundamente instalada la regla de que la participación de todos los socios en los beneficios y en las pérdidas es el verdadero elemento “esencial” del negocio jurídico societario, y que, a su vez, constituye la “causa-fin” del mismo¹⁷. De modo que, si uno de los socios no participa de los beneficios o es liberado de contribuir en las pérdidas, habrá otro negocio –otro contrato–, pero no sociedad.

Se sostiene así, que la comunidad de riesgos, es el elemento “diferenciador”. Es decir, el dato que permite distinguir a las sociedades de otros contratos, y en particular de los “contratos asociativos no personificantes”¹⁸ (art. 1442 y ss. CCyC).

Nótese que, tal entendimiento, equivale a sostener que la comunidad de riesgos es el elemento fáctico –y fundamento– que justifica el reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades y no al resto de los asociativos.

Nos permitimos poner en duda tal concepción como una conclusión definitiva. Cabe preguntarse lo siguiente: ¿Es la comunidad de riesgos un principio inalterable cuyo abandono importe la destrucción de las bases del derecho societario? ¿O es una cuestión de política legislativa, susceptible de variar de acuerdo a las circunstancias de tiempo y espacio?

A nuestro entender, la comunidad de riesgos es un dato contingente a la existencia de sociedad como persona jurídica, como lo es, por ejemplo, la pluralidad de socios, o la tipicidad. Es decir, puede existir sociedad, aunque esté integrada por un solo socio (SAU y SAS) o aunque no se haya constituido conforme uno de los tipos sociales legalmente previstos (Sociedades de la Sección IV, Cap. I, LGS) y –no obstante, esté prohibido para los tipos sociales de la LGS¹⁹– creemos que puede existir sociedad (SAS) aunque alguno de los socios no participe de los beneficios o sea liberado de contribuir en las pérdidas.

El verdadero elemento esencial y determinante para la existencia de sociedad, no sería la comunidad de riesgos, sino el “aporte societario”. Es decir, el aporte de activos²⁰ que se escinden del patrimonio del socio a los fines de constituir un patrimonio organizado y afectado a la actividad empresarial, esto es, a la producción o intercambio de bienes o servicios.

Y es esto último –la actividad empresarial– es el dato fáctico que justifica el reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades, como recurso técnico para el cumplimiento de su finalidad. Luego, la forma en que los miembros de la sociedad se distribuyen internamente los resultados y los riesgos de la actividad empresarial, no hace a la existencia de sociedad. Naturalmente, si nada se establece en el estatuto, todos los socios tendrán el derecho a participar de los beneficios y la obligación de asumir las pérdidas, en proporción a su aporte. Sin embargo, creemos que los socios de la SAS –a quienes no les aplica directamente el art. 13 LGS– pueden válidamente apartarse de esta regla, pues, en definitiva, se trata de intereses privados y patrimoniales de los socios, los cuales son plenamente disponibles por éstos.

¹⁷ En rigor, como señala el maestro garo, la causa determinante de creación de sociedades, es en general, el propósito de obtener ganancias. La participación en las pérdidas no es causa determinante de la creación del ente; pero sí una resultancia tan eventual y posible como desagradable, que los socios deben tomar a su cargo (GARO, F., *Sociedades Comerciales*, Parte General I-1, págs. 315 y ss.). Agregamos que, si bien el riesgo es de todos los socios, no encontramos óbice para que dicho riesgo pueda transferirse internamente entre ellos.

¹⁸ Contrato en virtud del cual las partes colaboran poniendo determinados activos al servicio de la relación contractual para posibilitar el desarrollo de una finalidad común, aunque a diferencia de la sociedad, dichos activos permanecen bajo su propiedad y control. Es decir, no hay dirección común, ni control orgánico de dichos activos.

¹⁹ Estemos o no de acuerdo, el art. 13 LGS es norma imperativa y, por lo tanto, indisponible para los constituyentes de las sociedades reguladas en la LGS.

²⁰ Cualquier bien (dinerario o no dinerario) o servicio susceptible de valoración económica.

Pensamos que, la ruptura de la comunidad de riesgos, incluso llevado al extremo en que alguno de los socios no participe de las ganancias o sea liberado de contribuir en las pérdidas no implica necesariamente una situación de abuso o un desequilibrio injustificado entre los socios, ni afecta la causa fin del negocio societario, ni menoscaba derechos de terceros. Por el contrario, tales convenciones pueden responder a incentivos o concesiones entre los socios a los fines de conciliar intereses contrapuestos (socio emprendedor – socio inversor) o simplemente a una liberalidad de un socio a favor de otro (lo que no sería muy difícil de imaginar en sociedades de familia).

Tampoco debemos soslayar que esta tesis se refuerza desde el derecho positivo, toda vez que el CCyC reconoce expresamente a la causa-fin subjetiva, es decir los motivos individuales de los socios, que integran la causa del contrato, en tanto sean lícitos, esenciales para las partes y hayan sido incorporados expresa o tácitamente en el acto²¹.

IV.- Propuestas

Por lo expuesto –entendemos– que, podría pactarse en el estatuto de una SAS:

Que uno de los socios renuncie a su derecho a participar de las ganancias a favor del resto de los socios, de alguno de ellos, o de un tercero²²;

Que algún socio no responda por las pérdidas. Por supuesto que el riesgo es de los socios y no puede ser trasladado a los terceros, pero ¿por qué no podría transferirse el riesgo internamente? Es decir, ¿por qué no podría pactarse que alguno de los socios no participe de las pérdidas sociales si las mismas son asumidas por el resto de los socios o alguno de ellos? Incluso, tal incentivo, puede ser la moneda de cambio que permita incorporar a un socio inversor con cierta aversión al riesgo, cuyo aporte e incorporación al elenco de accionistas sea determinante para el éxito de la sociedad²³.

Que la sociedad no repartirá utilidades, sino que se reinvertirán constantemente y los socios sólo recibirán una retribución por sus servicios a la sociedad en carácter de prestaciones accesorias, o como administradores de la sociedad.

Que un socio asegure a otro el pago del dividendo fijo, en el supuesto en que los resultados de la sociedad no sean suficientes para cubrirlo.

La trasferencia de riesgos entre socios de una SAS, debe ser tolerada, pues se trata de intereses privados y patrimoniales que –en nuestra opinión– no afectan la causa, ni la esencia del negocio societario, ni menoscaban derechos de terceros.

De modo que, aunque determinada convención pueda parecer injusta o abusiva a los ojos de un tercero, es preciso atender a las circunstancias de la negociación. Pues si tal convención ha sido adoptada con discernimiento, intención y libertad –y no afecta derechos de terceros– debe ser respetada por los intérpretes y asumida por el titular del derecho renunciado o de la obligación asumida, aunque las consecuencias de aquella decisión se aparten de las expectativas que la motivaron.

Pues de eso se trata la libertad bajo responsabilidad.

²¹ Art. 281 y 1012 CCyC.

²² La fundación de una sociedad, en la que un socio se compromete, por ejemplo, a ceder la totalidad de las ganancias a un tercero, no significa que el socio, en cuanto tal, haya renunciado al ánimo de ganancia, sino que el destinatario de las mismas no coincide con la persona que promueve su realización (Cfr. FERNANDEZ DE LA GALANDRA, LUIS, ob. Cit.). Véase también, HADAD, L. La comunidad de riesgos en el derecho de sociedades. desde la sociedad comercial a las SAS, LA LEY 21/06/2022.

²³ Por supuesto que si la sociedad quiebra, el socio perderá su aporte. Pero nada impide que su inversión haya sido garantizada por el resto de los socios o uno de ellos. De modo que, a pesar de que su aporte está sujeto al riesgo de la sociedad, el mismo estaría "asegurado".

NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DEL DERECHO SOCIETARIO

María Celia Marsili¹

SUMARIO

Señalar la conveniencia de elaborar un nuevo concepto legal de sociedad, en el que se mantenga la función estructural de la tipicidad, actualizando su regulación en armonía con las orientaciones actuales que presentan los sujetos.

Reconocer y reforzar la facultad de los constituyentes de ejercer la autonomía de la voluntad en el diseño contractual

Reconocer la autonomía del derecho societario que implica la recurrencia prioritaria y exclusiva a las reglas propias contenidas en su regulación y la admisión limitada y residual de normas de derecho privado u otras susceptibles de remediar lagunas por vía excepcional, contenidas en el Código Civil y Comercial.

I.-El concepto de sociedad en la Ley 19550 y en su reforma.

El texto original de la Ley 19550, anterior a la sanción de la Ley 26994 que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación (CC y C) y le introdujo modificaciones en su Anexo II, contenía, tanto en la parte general como en el específico de los tipos regulados, numerosas normas imperativas, con arreglo a la tendencia imperante a la época de su sanción.

De ello resultó, entre otros recaudos previstos en el artículo 1º, tales como la comercialidad y la pluralidad de socios, un estricto y severo tratamiento normativo de la tipicidad

Así, por lo dispuesto en los artículos 1 y 17 la tipicidad se erigió en presupuesto esencial para la configuración de la sociedad y la atribución de personalidad. Sólo escapó a la regla el art. 119 que reconocía la sociedad atípica, cuando constituida en otro Estado

Consecuente con la posición adoptada por el art. 17, se sancionó con la nulidad la constitución de sociedades de los tipos no autorizados y con anulabilidad a las que habían omitido cualquier requisito esencial no tipificante

Estas normas imperativas resultantes tuvieron como función primordial ser reguladoras del negocio que con el acto de autonomía privada se resolvía crear.

Sin embargo, el texto de la original Ley de Sociedades Comerciales no enumera los requisitos típicos. Éstos habían de inferirse de las normas de sus Disposiciones generales del Capítulo I y de las denominadas como Caracterización de cada tipo societario regulado en el Capítulo II, y otras del régimen particular previsto para el tipo.

Otra manifestación del rigor y del avance de las normas imperativas sobre la autonomía de los contratantes resultaba también de limitaciones a la elección del tipo, en cuyo comentario no vamos a incursionar y que se traen para mostrar la rigurosidad del enfoque. Tales las previstas en los artículos 27 (limitación para las sociedades consituídas entre cónyuges) y las del artículo 30 (limitación para las sociedades anónimas y en comandita por acciones). Ambos artículos han sido modificados.

¹ Profesora Titular. Dto. de Derecho Universidad Argentina de la Empresa.

Estos y otros lineamientos regulatorios se alteran con la reforma operada por la mencionada ley 26994 que denomina a la 19550 como Ley General de Sociedades (LGS), e introduce modificaciones al concepto original de sociedad contenido en el artículo 1º. Por empezar se suprime el requisito de la comercialidad y se admite la posibilidad de constituir sociedades con un solo socio si se tratare de sociedad anónima. En cuanto a la tipicidad se ha mantenido la necesidad de que los constituyentes se hayan organizado “conforme uno de los tipos previstos en esta ley”. Las sociedades infractoras ya no serán nulas sino que quedan sujetas a las disposiciones de la Sección IV del Capítulo I cuyo régimen acoge a los casos de atipicidad y a otros supuestos.

La Sección IV admite para los casos que contempla un diseño predominantemente contractual operándose una cierta desvalorización de la noción clásica del tipo, ya que podría válidamente pensarse en una posible recurrencia a la constitución deliberada y electiva de sociedades que quedarán comprendidas en la Sección IV. Quedan también comprendidas en ella las sociedades civiles constituidas bajo el régimen anterior de vigencia del Código Civil y del Código de Comercio.²

Puede señalarse que tanto en el régimen vigente como en el anterior la función y objetivos que tiene atribuidos la tipicidad es la de evitar que, mediante un esquema de disponibilidad, las partes puedan instrumentar un modelo que no atienda al necesario balance entre el poder político y económico, las técnicas del organicismo y los alcances de la imputación diferenciada. Esto, desde luego, en el contexto de la naturaleza y objetivos del negocio que va a tener el marco de la investidura jurídica y sin mengua del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que se moviliza.

Ello importa la existencia de un necesario vínculo, cuando se diseñan los caracteres imperativos del tipo entre el marco negocial imperante y necesario para el progreso empresarial y la técnica legislativa escogida por el intérprete de la hipotética voluntad de las partes y que conlleva una delicada responsabilidad.

La doctrina reconoce así que el fenómeno de la creación del sujeto sociedad necesita de la cooperación del ordenamiento legal (en sentido material). De tal modo en el esquema de las reglas organizativas del negocio conviven las normas producidas por los privados que asumen su creación, las reglas legales y, ocasionalmente, dependiendo del tipo y del régimen, las que se han denominado híbridas que son las producidas por los organismos de control societario.³ La elección del tipo importa la atribución de normas que se aplicarán durante todo el transcurso de la vida del sujeto y, si se muda la voluntad de los constituyentes en los aspectos configurativos típicos se impone la transformación para mantener la subsistencia del sujeto que, en el régimen anterior a establecerse este recurso, debía disolverse.

Aún habiéndose atenuado la fuerza de la tipicidad con la reforma de la Ley 19550, en el nuevo régimen se mantiene y, ello se presenta como ineludible, su condición como una síntesis referente de los caracteres específicos con los que se habilitan determinadas modalidades de autonomía patrimonial y de imputación, mediante la actuación orgánica del tipo legal.

Una circunstancia que alteró el panorama legislativo fue la sanción de la Ley de Apoyo al capital emprendedor N° 27349, por cuyo Título III se introduce el régimen de la Sociedad Anónima Simplificada (SAS). Destacamos algunas de sus características en conexión con los

² Ver distintos supuestos en Duprat, D. y Marcos, G “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales” en La Ley Tomo 2015-D

³ En este sentido Angelici, Carlo “Trattato di diritto civile e commerciale. Le società per azioni. Principi e problema”, Milano 2012, pag. 214 y sig. También Duprat, D en “Sociedad Anónima Simplificada” Edición especial. La Ley T 217-B

temas aquí tratados Según definición del artículo 33 de la ley citada se crea un nuevo tipo societario con el alcance y características previstas en la ley, le son de aplicación supletoriamente, si fueran compatibles las normas de la LGS, no queda incorporada a ésta como un supuesto de sociedad del Capítulo II y su régimen habilita a un amplio ejercicio del principio de autonomía de libertad de los constituyentes en numerosas materias, tales organización interna de la sociedad, remoción de administradores, derecho de receso y otras posibles que la doctrina se ha encargado de identificar.⁴

Por cierto tanto la determinación de los asuntos susceptibles de autorregulación así como la aplicación de la subsidiariedad de normas de la LGS han sido asuntos de discusión doctrinaria e intervención de organismos de control. Sin embargo y más allá de ciertas incertidumbres técnicas que presenta la normativa, fuerza es reconocer que el texto ha producido una necesaria renovación que ha puesto el acento en la necesidad de hacer efectiva la autorregulación y que la comunidad de negocios requería la introducción de la especie, como lo ha demostrado la recurrencia que se ha hecho al tipo SAS.

II.- El principio de autonomía de la voluntad . Normas de delimitación.

En este orden, cabe señalar que la tipicidad exigida funciona como una excepción a la autonomía de la voluntad. La justificación de tal categoría está en que la creación del sujeto importa la relación de los constituyentes entre sí y con los terceros y la consiguiente responsabilidad de los socios y que ello lo distingue de a otras tipos de contratos que no son aptos para crear vínculos como los societarios que podríamos llamar radiales.

Ello no obsta, ni aún en el régimen anterior, al pleno vigor del principio de autonomía y a su plena aplicación, salvo aquellos casos en que se produzca una colisión normativa con preceptos de rango legal. Lo anotado tiene particular significación cuando el obstáculo a la propuesta de los socios proviene de criterios dispuestos por autoridades de control instrumentados en regulaciones que no alcanzan el rango requerido.⁵

Es del caso señalar que en nuestro medio y con presumible motivación, en algunos casos, en la aplicación de tales criterios, se ha operado una cierta abstinencia en el ejercicio de la autonomía para el diseño de las reglas que han de regir el tipo elegido. El fenómeno, también asociado a los divulgados y exitosos “estatutos tipo” que aseguran celeridad, fue señalado por la doctrina.⁶ Tales circunstancias están indicando la necesidad de una clara delimitación de las normas no susceptibles de ser modificadas por la actividad particular que impidan desinterpretaciones o alienen lo que se ha denominado un excesivo celo registral y así afecten la conformación del sujeto con arreglo a las necesidades de los constituyentes. Ha de tenerse presente que para la evaluación de la legitimidad de las normas creadas por los particulares, la determinación de las que se enfrentan a éstas o de las que deben llamarse a actuar supletoriamente por vía de interpretación, adquiere la mayor importancia.

⁴ El tema fue ampliamente debatido en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y las ponencias presentadas sobre el asunto pueden consultarse en su Tomo III de las publicaciones y digitalmente en el Repositorio de Ponencias de Congresos de Derecho Societario obrante en el sitio de Biblioteca de la página WEB de la Universidad Argentina de la Empresa.

⁵ Así se ha señalado judicialmente en los casos “Fundación Apolo/ Inspección General de Justicia s/ Amparo fallo de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala IV y” Línea Expreso Liniers” y Boswill, ambos de la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, entre otros y lo ha destacado la doctrina. En ese sentido: Casella, Daniel y Jurado, María A “La Res. General 1/2022 d la IGJ Un nuevo exceso reglamentario en Microiruris Argentina”

⁶ Odriozola, Carlos “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social, por qué no?” en La Ley 206, D 1305. Pérez Hualde, Fernando “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la SAS” especialmente punto III, en La Ley T 217 F.

Se vincula la cuestión a la convergencia en el tratamiento de normas sobre personas jurídicas privadas del CC y C y las de la LGS, así como la aplicación de normas del CC y C a situaciones no reguladas en la ley 19550, que sí lo están en el Código único.

Las sociedades pertenecen, a la categoría de personas jurídicas privadas, incluidas en el artículo 148, inciso a) del CC y C. Una circunstancia que para nada afecta que su tratamiento se mantenga, en exclusiva, en el ámbito de la LGS.

En los Fundamentos de la propia Comisión Redactora del CC y C se asignó a la legislación sobre las entonces sociedades comerciales, contenida en la Ley 19550 la naturaleza de microsistema y ello importa la aplicación contextual de sus normas y de los principios del cuerpo normativo sistemático a los supuestos que trata.

En este marco, los principios aceptados de interpretación indican la pertinencia de la aplicación de las soluciones contempladas en la regulación específica, desplazando a las del CC y C, aunque sean posteriores. El artículo 2° de éste último cuerpo al disponer que la ley debe ser interpretada de modo coherente con todo el ordenamiento, también respalda este criterio.

Es necesario destacar lo señalado ante interpretaciones que pudieran sugerir, en caso de regulación en ambos ordenamientos (el CC y C y la LGS), que corresponde otorgar supremacía a las disposiciones del Código, contrariando así la integridad del microsistema que se pretende proteger y afectando la sistemática del propio conjunto normativo. La razonable interpretación del artículo 150 del CC y C referido a la ley aplicable a las personas jurídicas privadas impone esta interpretación.

Lo anterior, la atractiva dinámica que requiere la regulación societaria (conforme su indiscutido origen comercial), más allá de cierta inercia en su actualización como en el caso de nuestro país, están indicando que el derecho societario merece y reclama su categorización como disciplina legal autónoma

Las modificaciones que vienen afectando a la legislación societaria y la presencia de nuevos sujetos, señalan la autonomía del derecho societario y aconsejan independizar su tratamiento, en nuestro medio, como integrante del grupo de leyes que componen la legislación complementaria (Anexo II) que le atribuye la ley 26994 en su artículo 2. Ello colaboraría a que en la interpretación se valore el cuerpo autónomo para privilegiar su aplicación como normas supletorias.

III.-Consideraciones finales

Las cuestiones hasta ahora enunciadas están indicando que en el campo del derecho societario se presentan situaciones en orden a la satisfacción de necesidades de las organizaciones y la agilidad del tráfico que requieren nuevo tratamiento y clarificación de orden normativo a instrumentar en las regulaciones de futuro

Esbozamos algunas:

Una tendencia a regulaciones específicas en armonía con las características que se contemplan en emprendimientos que se entienden valiosos y atienden primordialmente al negocio del que operan como marco jurídico.

Consecuentemente cierto debilitamiento de las normas de carácter general o común para todas las especies.

La aspiración a la autosuficiencia normativa de la especie regulada evitando la recurrencia a remisiones que pueden generar interpretaciones equívocas.

Una deseable y expresa regulación que disponga para los sujetos la aplicación autónoma de las disposiciones claramente societarias y contenidas en la normativa que les es propia

a fin de evitar la aplicación de regulaciones que no tuvieron en la mira las actividades y propósitos de los sujetos a los que está dirigida. Desde luego se deja a salvo la aplicación de normas de derecho privado sobre preceptos generales.

Una regulación que, dependiendo de la metodología de técnica legislativa que se utilice, podrá o no integrar el estatuto societario, que estará referido a los organismos de control y, en especial, al alcance de sus facultades teniendo en cuenta el ejercicio de la autorregulación que se otorga a los sujetos controlados. En este sentido es del caso recordar que no se han restablecido, tras las reforma, de nuestro derecho privado normas sobre registración de orden nacional como las contenía el Código de Comercio y las que propuso Proyecto de Código Civil de 1998. Una articulación de la normativa con la tecnología, con vinculación especialmente a la registración, acompañando el proceso de autorregulación.

Es del caso mencionar, en orden a lo que venimos desarrollando, que el Anteproyecto de reforma de la LGS elaborado por la Comisión designada por Decreto DPP del Honorable Senado de la Nación la LGS, en su art. 1º, primer párrafo Concepto, sin mengua del reconocimiento de la tipicidad, incluye los casos previstos en la Sección IV (similar al régimen de la vigente Sección IV de la LGS), es decir reconoce ya como portada un significativo apego al principio de autonomía de voluntad. En este sentido con la denominación Principios aplicables a las sociedades en el tercer párrafo del citado artículo 1º dispone expresamente que: “El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley”. Y, a continuación prudente y sabiamente agrega: “Las normas reglamentarias que dicten las autoridades de aplicación no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley, ni las disposiciones válidamente adoptadas por las partes.”

Con igual espíritu, en Anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060 de la República de Uruguay, elevado en 2021 al Poder Ejecutivo, cuya proximidad con nuestro país en materia legislativa en el área tratada es tradicional, presentado al Poder Ejecutivo el 21 de junio de 2021 mantiene en su artículo 3º que no se propone reformar el requisito de la tipicidad y, para los supuestos que no se haya adoptado, prevé un régimen especial contenido en su Sección V del Capítulo I. El artículo 1º proyectado en explícito texto dispone la facultad de que el contrato y estatuto se rijan por el principio de autonomía de la voluntad y agrega que las disposiciones de la ley se consideran de carácter dispositivo, con excepción de aquellas respecto de las cuales la ley expresamente establezca la nulidad como consecuencia de su violación, se proteja un interés público o los derechos de terceros, o la ley expresamente atribuya responsabilidad o se regulen acciones judiciales. En la Exposición de motivos que acompañó al Proyecto, punto 4 con el título “Jerarquización de la autonomía de la voluntad” se fundamentan los preceptos destacados⁷

La deseable concreción de lineamientos como los expuestos importará que las futuras regulaciones abran paso a un nuevo concepto de sociedad contemplado por un también nuevo derecho societario de vital autonomía⁸.

⁷ Olivera García R, Ferrer Montenegro A. Miller Artola A. “Anteproyecto de Reforma Ley de Sociedades Comerciales. N° 16060, Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay 2022.

⁸ En esta línea “Gebhardt, Marcelo” “Los nuevos signos del derecho societario argentino” en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As., junio 2019. Rovira, Alfredo “Necesaria reforma integral de la LGS”, en La ley, T 2016-F, Cracogna, Dante “Hacia un nuevo paradigma societario en el derecho argentino” publicaciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. Instituto de Derecho Empresarial 2022.

VIABILIDAD DE LA EMPRESA, UNA CUESTIÓN DEL MUNDO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL, ECONÓMICA, Y DE FENÓMENOS Y PROCESOS DE ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN

María Cristina Mercado de Sala

PONENCIA

El art. 100 de la LGS y la viabilidad de la actividad.

SUMARIO

A partir del pensamiento de uno de los cofundadores de Hewlett Packard, y el “Mundo Jurídico Multidimensional” se considera la Sociedad persona y la Empresa articulando el derecho positivo, LGS, LCT. CCCN, a efectos de analizar la posibilidad de que, de dichas consideraciones exclusivamente, se pueda concluir un plan de viabilidad de la actividad organizada, tanto en condiciones normales de funcionamiento como en estado de crisis. Se concluye que es necesario abandonar la dogmática tradicional para alcanzar incluso desde la autosuficiencia económica, y los procesos de administración y gestión eficientes, un concepto de viabilidad económica y social de la sociedad y la actividad orientada al desarrollo e innovación de la Empresa. Con visión prospectiva de la realidad, y las tensiones a las que está sometida la actividad conforme sean los diferentes intereses en permanente tensión de los distintos “portadores de interés” y “stakeholders”, debe analizarse cada sociedad y cada empresa en particular a partir no sólo del derecho comercial positivo, sino también de las ciencias económicas, la sociología, la administración, los procesos, la gestión, la política, el medio ambiente, la presión tributaria, la coyuntura económica, y fundamentalmente el nivel cultural y educativo adecuado a la economía del conocimiento. Recordando siempre que, en el derecho comercial, primero está el hecho y luego el derecho, que nos exige responsabilidad.

Una idea genial puede resultar en una mala idea: “Empresas visionarias no siempre comenzaron con grandes ideas en comparación con otras” (Jim Collins y Jerry I Porras “Built to Last”, Harper Collins Publishers, N.Y 2002).

Desarrollo: Permítanme iniciar esta breve ponencia con la siguiente reflexión: “Mirando atrás mi vida laboral, estoy probablemente más orgulloso de haber contribuido a crear una compañía que en razón de valores, prácticas y éxito ha tenido tremendo impacto en la forma en que las compañías son gestionadas en el mundo. Estoy particularmente orgulloso que **dejo una organización en actividad cuyo modelo puede sobrevivir después de mi desvinculación**”. William R. Hewlett, cofundador de Hewlett-Packard company. (fundada en 1938). , copiada del Libro “Built to Last”¹:

La misma disparó en mí, como profesional del derecho, el siguiente **interrogante: ¿gracioso**

¹ Traducción libre de la ponente del libro: “Construida para perdurar” . “Hábitos exitosos de compañías visionarias.” De Jim Collins y Jerry Porras, Ed. Harper Collins Publishers, Stanford. California. Abril 2002.

nalmente podemos considerar que exclusivamente desde la LGS y su ecosistema y/o la LCQ, y el CCCN, podemos proponer una respuesta integral a los conceptos que nos propone el art. 100 de la LGS, en cuanto a la “viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”?. De ser así, en mi opinión, incurriríamos en un voluntarismo irresponsable. He aquí mis propias reflexiones:

Concepto de mundo jurídico multidimensional

Los Profesores de la UNC y Académicos de número de la Academia de Derecho de Córdoba, Dres. Fernando Marínez Paz y Daniel P. Carrera, en su libro² citan los “Opúsculos”, I, 81 de **Francisco Carrara: “La sabiduría no puede ser completa si no es libre y la libertad no puede ser duradera si no es sabia”**. El lema de este Congreso es “Libertad bajo Responsabilidad “y precisamente en ejercicio de la Libertad Académica propongo este breve análisis, en tanto los mencionados prestigiosos catedráticos expresamente reconocen que: **“El derecho aparece en ciertos casos como un instrumento de eficacia limitada** en relación con el control social y en otros como un factor de “importancia relativa” para solucionar los distintos tipos de conflicto...”^{3 4}

Precisamente en el tema que nos ocupa, relaciones, personas y actividad, los conflictos y las crisis son inevitables. Conflictos y crisis respecto de los diferentes intereses contrapuestos, yuxtapuestos y superpuestos, subsisten en toda relación de organización, colaboración y asociativa. Más aún cuando de la misma surge un tercero como lo es la Sociedad Persona, la contractualización de la empresa (contratos asociativos) o la empresa individual, sometida a constantes tensiones lógicas en toda actividad de riesgo.

No debemos confundir derecho positivo con “dogma de fe”. Interpretar y reinterpretar el derecho según circunstancias de persona, tiempo y lugar es imperativo. Contextualizando, la viabilidad no puede determinarse desde el derecho exclusivamente. La Empresa debemos analizarla desde la complejidad de las diferentes caras de un prisma...las ciencias de la administración, la economía, la sociología, psicología, los indicadores de riesgos⁵, etc. Ac-

² El Mundo Jurídico Multidimensional”, 2da Ed., Ed. Alveroni, Córdoba 1998

³ “El modelo jurídico multidimensional propone revisar el significado de la participación desde la perspectiva de las sociedades democráticas y considerarla un fin ético, un método y una pedagogía. Por eso aparece como un proceso de autoeducación política, social y jurídica, y como uno de los caminos para lograr el cambio de mentalidad que permita renovar las relaciones humanas, sociales y jurídicas, dándoles nuevos contenido y significados. Ello lleva a entender la participación como un proceso social global, cuyo eje es una sociedad abierta y antidogmática”. Martínez Paz F. y Carrera Daniel P. opus cit pg 24.

⁴ Esa visión fue desarrollada en nuestra Escuela Comercialista de Córdoba por el Prof. Emérito Dr. Efraín Hugo Richard en su trabajo “Conservación de la Empresa” al recibir en los 70 el Premio Academia, perfeccionada en su libro “Contratos Asociativos”, cuyos borradores tuvo a bien confiarme para receptar sugerencias y correcciones. Él, recibido en la Universidad Nacional del Litoral, traía la visión trialista del mundo jurídico de su profesor de Filosofía del Derecho Werner Goldschmidt, y adhirió a la visión realista de la Escuela Multidimensional del Prof. Fernando Martínez Paz, a la que en los 80 asistíamos conjunta y entusiastamente. Es que esa visión multifuncional de la realidad empresarial escapa a cualquier intento de captura globalizante, son necesarias normas abiertas que permitan una interpretación sistemática y congruente a la que nos llevan las Normas del Título Preliminar del Código Civil. La sociedad como persona jurídica, sea unipersonal o pluripersonal, nace conforme las previsiones de los arts. 141 y ss. CCC desde su constitución misma, al generar un nuevo patrimonio autogestante y se proyecta desde su primera exteriorización, con perdurabilidad hasta que no sea liquidada, aún sin actividad hasta que se extinguen todas las relaciones generadas desde su constitución, aún después de haber sido registrada su liquidación, pues pueden haberse desarrollado negocios o actividades por apoderados que no fueron debidamente conocidos pero le son imputables. La actividad requiere el plus de la autosuficiencia económica, la gestión de buena fe eficiente y eficaz, y el crédito avalado por la confianza de los acreedores. No hay duda que la organización empresarial, como relación de organización, encuentra su mejor plasmación en las tales relaciones, aún no personificadas como los contratos asociativos –tema que abordé con el Prof. Hugo Richard en los primeros Congresos Nacionales de Derecho Societario, (desde 1977), oportunidad en que también abordé, con el Prof. Juan C. Palmero, la problemática del joint venture.

⁵ Los indicadores de riesgo clave, conocidos como KRI (Key Risk Indicator), sirven para determinar el nivel de riesgo que tiene una organización ante una determinada amenaza o evento que pueda ocurrir e impactarle. El indicador de riesgo debe estar definido en base al apetito de riesgos de la organización. El objetivo del KRI debe ser alertar al gestor de riesgos de un cambio en la tendencia de la amenaza, de forma que se puedan iniciar acciones para su tratamiento o prevención. A partir de un mapa de riesgos corporativos completo y actualizado de forma recurrente, los indicadores de riesgo deben servir para alertar cuando un riesgo varía fuera de los límites aceptables

tualmente a partir de la Big Data es dado medir incluso la cultura y el clima organizacional. Lo que no se mide no se sabe y no se puede mejorar. Sin standards no podemos medir, pero cuáles son los indicadores para medir el “buen hombre de negocios” que establece LGS art. 59?. Los abogados nos limitamos a observar y comentar lo que otros con mucho esfuerzo hacen...⁶

No deberíamos confundir VIABILIDAD CON PERDURABILIDAD, lisa y llana, como pareciera ser el rumbo de nuestro derecho del Trabajo o el concepto en principio irracional, de conservación de la Empresa a cualquier precio.

Sociedad persona: perdurabilidad. Sociedad y actividad

Nuestro derecho actual conforme lo dispone el CCCN art. 148 y LGS art.2 instituye a la sociedad como persona jurídica, titular de derechos y obligaciones, para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, (art 141 CCCN) y distinta de la persona de los socios (art. 143 CCCN).

Es en la causa de la relación cristalizada, (ya sea en el contrato o acto único en la escisión-acto jurídico art. 281 del CCCN), donde ubicamos el fin inmediato y motivación autorizados por el ordenamiento jurídico, que ha sido determinante de la voluntad de los socios de crear una tercera persona que funcione conforme a su interés y perdure en el tiempo. Todo ello a partir de la comunidad de bienes aportados aplicados a la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas (art 1 LGS) y art 154 (La persona jurídica debe tener un patrimonio).

Perdurabilidad:

Si bien el art. 155 CCCN⁷, establece la ilimitación de la duración de la persona jurídica, y el art. 11 LGS, establece el “plazo de duración determinado” y el art 95 LGS los requisitos para la prórroga, debemos concluir que subyace el principio de la ilimitación respecto de la persona, sin que implique ello un dogma. En la exigencia del requisito de la unanimidad, salvo el pacto en contrario y lo dispuesto para las sociedades por acciones y las SRL, subyace el reconocimiento del interés individual de la relación entre los socios y de estos con la sociedad y los principios que integran el art 1011 (contratos de larga duración CCCN) y el derecho de receso/retiro que prevé el art 89 LGS, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁸ para determinar la subsistencia de la relación. El art. 94 inc 1 consagra la posibilidad de disolución de la sociedad en cuanto persona, por voluntad de los socios, en cualquier momento.

Sociedad en actividad (empresa) y sociedad sin empresa.

Si nos atenemos conceptualmente a los arts. 19, y 100 LGS la actividad está referida a la “aplicación de los aportes” (que en cuanto tales integran un patrimonio ajeno), a la producción o in-

⁶ Remitimos a la Filosofía Lean a partir de la cual Taiichi Ohno, ingeniero japonés diseñó el sistema productivo de Toyota (TPS), basado en la excelencia de los procesos productivos y de gestión, que revolucionó no sólo la industria automotriz sino bancos, hospitales, servicios sociales, incluso agencias gubernamentales

⁷ CCCN Art. 155” Duración. La duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario”.

⁸ LGS Art. 89 “Causales Contractuales: Los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en esta ley”.

⁹ LGS Art. 1 “Habrà sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”

tercambio, sin que se infiera de ello el momento a partir del cual se efectivizará la aplicación, ni la necesidad de actividad ininterrumpida a diferencia de lo dispuesto por “el plazo de duración”. ¿Qué entendemos por actividad? ¿qué por producción o intercambio? ¿qué por productividad? ¿hay obligación de mantener la actividad económica aún a pérdidas? ¿a quien corresponde resolver?. Etimológicamente “Actividad” del latín “activitas” significa “cualidad de llevar a cabo”, o “actuar” (tareas o labores que un individuo realiza diariamente). Es un concepto relacionado a dinamismo y movimiento, y en nuestra incumbencia el CCCN Art. 320 hace referencia a “actividad económica organizada o empresa”.¹⁰

Queda indubitado que **Sociedad y Actividad son dos conceptos diferentes, por lo que puede existir una sin la otra.** Ejemplo de ello son las “actividades de temporada “que no se cumplen fuera de temporada, quedando el establecimiento y los bienes estáticos. Pensemos en el exceso incurrido durante la pandemia de COVID 19 EN QUE SE OBLIGÓ AL CIERRE DE FABRICAS, OBRAS EN CONSTRUCCIÓN, HOTELES, etc, obligando al mismo tiempo a abonar sueldos sin contraprestación, sin perjuicio de los deberes de honrar todas las obligaciones anteriormente contraídas. Al mismo tiempo se obligó a funcionar a quienes desarrollaban los llamados “servicios esenciales”, sin considerar la NECESIDAD DE FONDOS LIQUIDOS SUFICIENTES y los efectos de la inactividad sobre el flujo de fondos.

Asimismo, la persona humana puede ser titular de una empresa o actividad organizada, el llamado empresario individual. **Existe empresa sin sociedad.**

El art 320 hace referencia a la **actividad económica**, y el art. 5 LCT¹¹ entiende por empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos. Por lo que **es indubitado que el derecho positivo contempla expresamente el factor económico.** Es que los medios de que se vale la organización instrumental son escasos y las necesidades e intereses son infinitas. Por ello, la autosuficiencia económica de la actividad y el uso eficiente y eficaz de los recursos se torna indispensable, para **medir la viabilidad.**

Productividad: El art 1LGS refiere al fenómeno o proceso productivo, que es en sí mismo destructivo, en tanto que en el intento de agregar valor a los recursos disponibles, el proceso productivo destruye “inputs” transformándolos en “outputs”. Si tales outputs son de la calidad esperada, habremos agregado valor. De lo contrario, deberemos asumir el gasto que representa el mal uso de los recursos. Sólo en el uso eficiente y eficaz de los recursos podemos anclar los costos de producción, a tener en cuenta para establecer el precio del producto a valor competitivo de mercado. No podemos hablar de viabilidad económica de la actividad sin considerar costos de producción, productividad, mercado y consumidor. La productividad (como agregado de valor y no simplemente como lucro)), debe existir aún en la sociedad de mera administración de carteras.

La actividad empresarial propiamente dicha, generadora de riqueza, a través de dividendos para los socios –shareholders- también atiende intereses generales ligados a esa organización empresarial (stakeholders). Es la función de productividad del patrimonio, cuya viabilidad atiende también al interés del país y de la ciudad donde está asentada la actividad.

¹⁰ CCCN Art 320 “Están obligadas a llevar contabilidad 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...”

¹¹ LCT Art. 5 “Empresa-Empresario: A los fines de esta ley se entiende como empresa la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.

Genera empleo en interés de trabajadores cuya educación, empleabilidad y profesionalidad resultan indispensables a la hora de medir a partir de datos ciertos la productividad. La productividad como cadena de valor se proyecta sobre proveedores, servicios vinculados, y de apoyo, incluso los de la financiación, inversión y recursos externos ante aportes escasos o insuficientes. Todo vinculado a la obligación de prevención del daño y de no dañar, por causa de la actividad conforme un plan de viabilidad o/y de proyectos de inversión, a través de organizaciones individuales, societarias, e incluso contratos asociativos.

Riesgos- crisis

Si entendemos por “riesgo, la probabilidad de que una amenaza se convierta en un desastre, o posibilidad de que se produzca un contratiempo o una desgracia de que alguien o algo sufra perjuicio o daño”, deberíamos también considerar que los riesgos pueden reducirse o manejarse y por ende rige el “deber de prevención del daño” arts. 1710 y 1711 CCCN¹². Deberíamos concluir que toda actividad que se emprenda, implica en sí misma la asunción de riesgos los que variarán según la complejidad de la misma.

En el caso de los administradores de las sociedades el art. 59 LGS establece un estándar de profesionalidad: “el buen hombre de negocios”.¹³ Esta expresión, obliga a recurrir ya no sólo a las ciencias económicas, sino también a las ciencias a las que incumben cuestiones de procesos de administración y gestión, y por ende habilidades para la mejor afectación de los recursos escasos, la inversión suficiente y las finanzas a la actividad productiva riesgosa por naturaleza. Sin dejar de mencionar la necesidad de considerar al MERCADO, los CONSUMIDORES, EL MEDIO AMBIENTE Y LAS PRETENSIONES DEL ESTADO, entre otros. El Estado Argentino a la fecha establece una carga impositiva a las actividades de más de 160 tributos, sin considerar inflación, costos de funcionamiento, nivel de actividad, estacionalidades, economías regionales, magnitud de la empresa GRANDE O MIPYME para enfrentar coyunturas económicas, y menos aún mantener el nivel educativo indispensable para alcanzar la empleabilidad necesaria a la actual realidad de la economía del conocimiento.

Ello llevar a concluir que toda actividad en cuanto asunción de riesgos, requiere de incentivos que combatan la llamada “aversión al riesgo”. Toda actividad económica implica riesgos de consumir recursos escasos. Es ilógico pensar que cualquier actividad económica es lucrativa. Muchas empresas asumen costos de unidades de negocios de apoyo. De no controlarse la carga que representan los costos de funcionamiento, inexorablemente la actividad entrará en crisis. Y de allí en más la cesación de pagos y la insolvencia, haciendo imposible la viabilidad del art. 100 de LGS.

Recursos escasos-Desarrollo y crecimiento: los recursos de que se nutre la actividad organizada son en principio los aportes que el socio en cuanto tal, o el empresario individual obligadamente facilitan para la actividad, con más los fondos que reciban de terceros que

¹² CCCN art. 1710 “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa de: a. evitar causar un daño no justificado. b. adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables, para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; no agravar el daño, si ya se produjo”. Art. 1711 “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

¹³ LGS Art. 59 “Los administradores y los representantes deben obrar con la lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios, que resultaren de su acción u omisión”.

confían otorgando crédito. La suficiencia de los mismos deberá monitorearse constantemente según sea el flujo de fondos. Será indispensable que se consideren los diferentes índices de liquidez, ácido, punto de equilibrio, etc, conforme un proyecto de inversión y reinversión adecuados a la actividad de que se trate, que permita a la empresa desarrollarse y crecer. Decía el Prof. Dr. Francisco Quintana Ferreyra, " **Empresa que no crece Desaparece**". Pensemos solamente en el costo que representan las antigüedades de personal, riesgos de trabajo, vacaciones y aguinaldos, sin contraprestación productiva, asimismo las necesidades de mantenimiento y modernización de establecimientos e instalaciones, con más las coyunturas económicas externas a la empresa.

Viabilidad económica y social.

Para hablar de ella, los gestores de la actividad ponderarán a futuro un correcto Análisis o Estudio FODA, con fuerte contenido económico financiero y de riesgos. El mismo requiere la consideración de factores internos y externos tanto de la sociedad como del empresario individual y la empresa. Por F entendemos Fortalezas y por D entendemos Debilidades (factores internos). Por O entendemos Oportunidades y por A entendemos Amenazas (factores externos). Habrá que considerar circunstancias de personas, tiempo y lugar, y entre ellas especialmente la posibilidad de la supervivencia de la actividad a partir de recursos reemplazables y objetivos, con independencia de quienes tuvieron la "idea" del emprendimiento y su financiamiento inicial. En la economía actual es necesario considerar desarrollo e innovación, ya que el consumidor y el Mercado mudan de expectativas a ritmo acelerado.

Conclusión: Concordantemente con las Normas del Título preliminar del CCCN debemos integrar las normas jurídicas como sistema atendiendo a: 1. Las relaciones de organización personificadas, de colaboración no personificadas o de contratos bilaterales o plurilaterales, 2. Señales de alarma o de crisis integrando el sistema preventivo del derecho societario de organización con el sistema concursal como escudo protector y facilitador de la organización, bajo la regla del art. 150 CCCN (leyes aplicables), y 3. Todo ello considerando la viabilidad económica y social que nos marca la norma del art. 100 **LGS. Sistema todo que hemos englobado en este Congreso como libertad para engendrar centros imputativos de producción y crecimiento, bajo la responsabilidad de prevenir, morigerar y/o no dañar.**¹⁴

¹⁴ Remitimos a la investigación realizada sobre 36 compañías en un rango de más de 90 años (20 megabytes de datos y análisis). Compañías fundadas en 1812 (Citicorp), 1837 (Procter & Gamble), 1847 (Phillips Morris), 1850 (American Express), 1886 (J&J), 1892 (GE) etc. Collins J. y Porras J., "Built to Last-Successful Habits of Visionary Companies", Harper Collins Publishers, NY 2002.

VIABILIDAD EMPRESARIA. EL NECESARIO PLAN DE VIABILIDAD

Efraín Hugo Richard y Alicia Susana Pereyra

SUMARIO

Así como el o los constituyentes de una sociedad tienen un plan de negocios que los vincula, la presentación de un plan mostrando por lo menos anualmente la viabilidad de la empresa, otorga serenidad, autoconfianza, racionalidad, incluso cuando demande un nuevo esfuerzo frente a posibles caminos fallidos, corrigiendo el rumbo, introduciendo nuevas medidas, pedir otras contribuciones y/ o colaboraciones. Así se construye, ante alertas, la reorganización de la empresa, con el esfuerzo y la participación de todos los interesados. No podemos dudar que la solución no es exclusiva de los socios de la deudora. La reorganización no se logra transitando un proceso judicial. Sino a través de una reorganización económico –financiera con amplia participación y debate. La reorganización debe ser en favor de la viabilidad de la empresa, en beneficio de los intereses en juego y no simplemente en favor de los socios y con cargas impositivas.

En esta ponencia, intentamos alejarnos de normas y de trámites procesales para centrarnos en principios y criterios de la lógica formal, de la estructura tipológica de la sociedad y sus normas imperativas, con conductas congruentes de buena fe, evitando normas que a veces por el excesivo intento regulatorio generan una prolija oscuridad. No excluimos la preocupación sobre la enseñanza del derecho societario y el concursal en torno a la crisis de sociedades: es nuestra obligación pensar, y enseñar a pensar, como venimos insistiendo desde hace tiempo. En esta comunicación sentamos principios básicos que hemos compartido entre nosotros y con otros distinguidos profesionales de las ciencias económicas y jurídicas, y que lentamente nos acercan en otros temas en los que dubitábamos. Es que puestos en claro los principios lo demás viene de seguido.

La perspectiva que compartimos es similar a los principios de la “Directiva Europea 2019/1023”, expandiéndola a América, que conlleva limitar la judicialización, entendiendo que la mayoría de situaciones se superarán con herramientas jurídicas disponibles. Desde ya consideramos que las empresas no viables, sin perspectivas de supervivencia, deberían liquidarse lo antes posible, favoreciendo la recuperación de empresas en crisis, que garantice los derechos tanto de acreedores como de deudores.-

La clave es el **“Plan de empresa”** o **“Plan de negocios”**, que en el ámbito judicial se traduce en el **“Plan de viabilidad”**, plan que ha motivado la atención de catedráticos y juristas, entre los que destacamos a Aurelio Gurrea Chalé y a nuestra querida Lidia Vaiser. Plan centrado en la reestructuración, vinculado a alertas tempranas, pues *“cuanto antes pueda detectar la sociedad sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente; y más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación”*. **Sin embargo, tan fácil nos resulta a los abogados decirlo y tan difícil al empresario transitarlo.**

Desde la academia advertimos que existe un *“deber de administradores”*, las previsiones de gobernanza: la obligación de activar prontamente un *“procedimiento pre concursal”* para evitar la insolvencia, en beneficio de la sociedad y, a la postre, de los socios y acreedo-

res. Este deber asume la connotación de *la diligencia* que implica la correcta gestión de la sociedad –“business”, “judgement rule”-, con el fin de prevenir la infrapatrimonialización y, por lo tanto, maximizar su valor para todos los *stakeholders*. Hemos escuchado al maestro Ángel Rojo referirse al “*plan de reestructuración*” en la frontera del derecho societario. La Directiva desplaza el eje de la disciplina de la relación “*deudor–acreedor*” a la relación “*empresa en crisis-partes interesadas*”. De esta manera, se recomponen prioridades, *debilitando* la posición de los socios para superar resistencias a operaciones de reestructuración: una verdadera frontera en el entendimiento tradicional de las relaciones.

Queda en claro que **lo conservable es la empresa viable**, en la sociedad que la contiene o en otra. Y la tutela pública y privada a ese interés conservativo no puede ser la protección de socios pues les otorgaría un privilegio sobre acreedores, violando reglas de prioridad. “*Tender a ultranza a mantener la empresa, si no es posible su viabilidad, puede ser sinónimo de proteger al empresario ineficiente o fraudulento*”, apunta Franceschelli. Y no puede aceptarse un criterio pragmático de respaldo a ese empresario incapaz. Algunos tratan de no advertir esas maniobras artificiosas, que Provinciali señaló como “*ció que segna el confine tra fisiología e patologia nella vita del patrimonio*”.

No puede pretenderse que las crisis de las sociedades sean resueltas integralmente por el Derecho Concursal. Busquemos entonces otros remedios a través de la conservación de la empresa, **y con ello**, de la conservación los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto, el Estado y los socios. Tales intereses gradúan, en mayor o menor medida, el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales, posibilitando relativizar prioridades. Las soluciones societarias, extrajudiciales, confidenciales, junto a la **exigencia de un plan de reorganización**, integran una nueva frontera al decir de Nigro. La acción de conservar la empresa debe estar a cargo de “alguien” –en el derecho societario administradores y socios de control – que debe analizar los problemas y encontrar las posibles soluciones.-

Apunta Alfaro recientemente que “*en la tradición del Derecho alemán, la protección de los acreedores ostenta una posición paritaria junto a la protección del interés social. Como los acreedores permanecen fuera de la organización social en contraposición a los accionistas y tienen menos posibilidades de influir para proteger sus propios intereses, un derecho como el alemán - que pretende cohonestar dentro del derecho de sociedades una serie de intereses plurales y a menudo divergentes - , favorece una y otra vez a los acreedores. Los accionistas han de asegurarse de que en el patrimonio social hay en todo momento activos de valor contable suficiente para cubrir la totalidad de las deudas más la cifra de capital...es la prevención de la insolvencia*”.

El uruguayo Olivera Amato recuerda: “*Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación*”.

Las normas en el derecho comparado societario contienen alarmas específicas al margen de la obligatoria contabilidad y exigencia de la presentación de un “*Balance anual*”, acompañado de la *Memoria*, clave para información de los accionistas. Sin embargo, en nuestro país, no se exige la presentación del “*Balance financiero*” único y capaz de informar acerca de la situación real de la empresa. El “*balance contable*” es información histórica y formal. Mientras que el “*balance financiero*” es información viva y actual.

Si se compromete la continuidad del giro empresarial – objeto de la sociedad - aparece un

orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y el derecho constitucional de propiedad de acreedores y el derecho alimentario y a trabajar de sus empleados. **El gran desafío para el derecho es mantener la empresa viable, pero** recordando la apreciación de Cámara: *“El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”*.

La conclusión lógica parece simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera – corta o larga –, solucionará el problema. Pero si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de reducir el pasivo.

La rentabilidad de la inversión para los socios esta unidad a la viabilidad.-

Otra vez la viabilidad

Las *“soluciones normativas-doctrinarias”* a la insolvencia son múltiples: la capitalización, permitiendo emitir acciones con o sin prima, con derecho de rescate, con preferencias patrimoniales limitando derechos políticos, ubicándolas en clases, sectoriales y otras variables como pactos de preferencia para recompra; entrega a la par de obligaciones convertibles, o alternativas de negocios en participación y modalidades de préstamos participativos. Se ha dicho que la capitalización o participación es de equidad, y es aceptada por normas imperativas; mantiene equilibrio entre socios y acreedores que se incorporen, ofreciendo sinnúmero de herramientas que pueden equilibrar intereses y asegurar la conservación de la empresa, que no significa ni la conservación de los socios ni de la misma sociedad. Tales prácticas Karsten Schmidt las tituló como exitosas por confidenciales y eficaces.

Esas soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el *plan de negocios*, en reflotar la actividad, compartiendo riesgos con los originales socios. Bajo el principio de buena fe, que la doctrina argentina denomina *“esfuerzo compartido”*, pues es inhumano que la solución concordataria devuelva, a los accionistas de la concursada, una empresa revitalizada y que todo el daño emergente de la cesación de pagos y más de la insolvencia recaiga en exclusiva en acreedores, al decir de Daniel Truffat.-

Si, para superar la *“cesación de pagos”*, se impone una quita y/ o una espera QUE LA INFLACIÓN ARGENTINA distorsiona sin darnos ninguna posibilidad de realizar un análisis razonable de la real situación de la empresa, los acreedores tendrán la percepción que se los ha abusado y el deudor que ha realizado un brillante negocio. **Cuando ambas conclusiones son total y absolutamente inexactas**, por estar distorsionadas por la coyuntura económica nacional. Ni la reducción a los acreedores implica que la sociedad obtenga una ganancia extraordinaria, sin haber sufrido pérdida. Ni el comportamiento de los administradores revela un incumplimiento de sus elementales deberes, ni la conducta de los socios implica necesariamente un incumplimiento a las previsiones imperativas de la ley societaria.

LO CIERTO Y CONCRETO es que, **si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un adecuado “PLAN SOBRE SU VIABILIDAD y RENTABILIDAD”**. Este es el único análisis lógico y razonable. El **“plan de viabilidad empresarial”** es la única herramienta clara, simple y honesta que permite llevar adelante un negocio, una empresa, una sociedad, un proyecto.

Sin plan no hay futuro

La viabilidad de la empresa no puede ser medida en términos y tiempos jurídicos; deberá realizarse de acuerdo a las leyes económicas, reales y vigentes al momento de producirse la crisis, inmersa en la coyuntura económica, política y social. Si la empresa es insolvente, debe reestruc-

turarse para ser relanzada al mercado. Y será ese mercado el que fije las pautas a seguir. No pueden ser normas generales, en abstracto, porque la empresa es una realidad económica y social, dentro de un contexto determinado. Es necesario definir el problema, especificar la respuesta, decidir el camino, llevarlo a cabo mediante el plan, el curso de acción elegido, examinar la validez del mismo y corregir los desvíos. La presentación de un “*plan de viabilidad*”, “*propuesta de saneamiento*”, “*curso de acción*”, “*qué voy a hacer para superar la crisis*”, brinda transparencia, información, disciplina, claridad de objetivos, confianza. Pero además, flexibiliza el proceso. **Ya que el plan se va a ir acomodando de acuerdo a las posibilidades de su ejecución.**

No de nosotros¹ viene sosteniendo desde el año 1993 (o quizás antes), la necesidad de contar con un plan de empresa en el que se informe y expliquen las correcciones que se aplicarán para llevar adelante el proyecto y atender el cumplimiento. Junyent Bas, preocupado por la empresa como entidad clave del desarrollo social, afirmó que “*la formulación de un plan de administración es lo mínimo que se le puede exigir a un empresario diligente y con mayor razón si afronta dificultades económicas*”². Y Marcelo Alberti³ sostiene la necesidad de la presentación del plan de empresa como recaudo del concurso preventivo.-

Un proceso de planificación es un esfuerzo organizacional disciplinado y bien definido y que tiende a la especificación completa de la estrategia de una empresa y a la asignación de recursos y responsabilidades para su ejecución⁴. Si no hay un plan, la propuesta es una eventual promesa, que posiblemente el deudor pueda cumplir. Suele suceder que la propuesta expresada en el concurso no sea la que realmente se acuerde con los acreedores. Y que, a pesar de que la ley obliga a un trato igualitario, existan acreedores que se ven premiados con condiciones especiales, reservando el deudor la “*propuesta hecha pública*” para aquellos que le son hostiles. El deudor está sometido a la presión que ejercen determinados acreedores, que le imponen condiciones excepcionales a cambio de asegurarle la suerte de su concurso. Con ellos arregla condiciones especiales encubiertas; con los otros, lo que hizo público en el expediente. La presentación de un plan que no se limite a expresar una propuesta de quita y/ o espera, sino que exprese una reorganización integral que abarque a todos los partícipes del proceso, cada uno asumiendo el rol que le compete en la empresa y fuera de ella, es liberador de las presiones ejercidas por determinados acreedores. Permite mayor flexibilidad, libertad de acción y corrección adecuada del rumbo.

Criterios y medidas flexibles, que se irán acomodando a los distintos escenarios que se van sucediendo durante el proceso. Medios económicos y financieros a disposición del deudor, con especial referencia a la necesidad de que se le brinde una financiación adecuada, ya sea por parte del estado (disminuyendo la presión fiscal) o por parte de las entidades bancarias, facilitando la utilización de los distintos productos financieros. La fijación de un período de reorganización que seguramente se verá modificado según las circunstancias. La forma y condiciones en que han de ser satisfechas las deudas, permitiendo diferentes alternativas según los acreedores. **Ya no se votaría una fórmula rígida, sino un proceso de reorganización.**

Estas pautas mínimas pueden ser ampliadas según la complejidad de la reorganización pro-

¹ RICHARD, Efrain H. “El buen hombre de negocios y el plan de empresa”, D.S. y C., abril 1993, págs. 337 y ss.-

² JUNYENT BAS, F. “Hacia una prospectiva de la noción de empresa como entidad clave en el desarrollo social”.

³ ALBERTI, E.M., “Una contribución de E.H.Richard al derecho concursal. El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo”, en derechos patrimoniales, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, pag. 949.-

⁴ PEREYRA, A.S. “Plan de reorganización empresarial. Su necesidad de implementación. Modificación del art. 11 de la ley 24522”, ponencia presentada en la Jornadas nacionales de actualización y debate en derecho Concursal”, Rosario, 17 y 18.10.2002, pag 47 y ss. - “El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo. (Tesis de grado)

puesta. Y pueden ir variando a medida que los administradores sociales vayan negociando con los acreedores, hasta lograr la conformidad y la homologación del plan de reorganización. Se pone así en funcionamiento **un proceso de comunicación y de determinación de decisiones, en el cual no sólo interviene la empresa, sino también quienes se relacionan con ella** (proveedores, clientes, acreedores, el fisco, empleados, por ejemplo). Ya no será el proceso concursal el que cumpla con el “anhelo de salvación” del deudor. Serán las **medidas económicas o financieras que tome la sociedad, dentro de ella y en su relación con terceros** las que logren el “deseo de solución” frente a la crisis.-

Si lo que se vota es la reorganización, **mostrando la viabilidad de la empresa**, la realidad es otra. Y si esa reorganización está expuesta, involucrando a todos los participantes, tejida esforzadamente, en un clima de convivencia y equilibrio, el éxito parece estar asegurado. La presentación de un plan mostrando la viabilidad de la empresa, otorga serenidad, autoconfianza, racionalidad. A veces podría demandar un nuevo esfuerzo frente a posibles caminos fallidos, corregir el rumbo, introducir nuevas medidas, pedir otras autorizaciones y/ o colaboraciones. Pero así se construye la reorganización de la empresa, con el esfuerzo y la participación de todos. Ya no podemos dudar que la solución no es exclusiva del deudor. Que la reorganización no se logra transitando un proceso judicial. Sino a través de una reorganización económico –financiera con amplia participación y debate. La reorganización debe ser en favor de la viabilidad de la empresa, en beneficio de los intereses en juego y no simplemente en favor de los socios y con cargas impositivas.

LOS EFECTOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES DEL PLAN DE VIABILIDAD EMPRESARIA

Efraín Hugo Richard y Lidia Vaiser

SUMARIO

El plan de viabilidad empresarial es un elemento de juicio dirimente tanto en materia societaria como concursal; en la primera: para ponderar la continuidad del giro y en la segunda para evaluar la capacidad de repago del deudor, así como la sustentabilidad empresarial.

Tanto la ley societaria como la ley concursal exigen a la sociedad, como sujeto de derecho, disponer de un plan de viabilidad empresarial ya sea para no incurrir en la causal de disolución, como para acceder a un proceso preventivo.

PONENCIA

El plan de viabilidad empresarial es un elemento de juicio dirimente tanto en materia societaria como concursal; en la primera: para ponderar la continuidad del giro y en la segunda para evaluar la capacidad de repago del deudor, así como la sustentabilidad empresarial.

Tanto la ley societaria como la ley concursal exigen a la sociedad, como sujeto de derecho, disponer de un plan de viabilidad empresarial ya sea para no incurrir en la causal de disolución, como para acceder a un proceso preventivo.

I.- Disolución de la sociedad por pérdida del capital

El [art.94 de la LSC](#), al referirse a las sociedades comerciales en general, dispone: “Disolución: causas. Art.94.-La sociedad se disuelve:inciso 5) Por pérdida del capital social...” Y en lo atinente a las sociedades anónimas, el [art.206 LSC](#), establece en cuanto a la reducción obligatoria lo siguiente: “La reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50% del capital.”

Seguimos con una cita clásica: “Recordando que el capital es un elemento técnico esencial y propio del derecho societario, que es una cifra nominal, una cifra parámetro, resultante de la suma de los aportes de los socios, con sus características de intangibilidad (relación económica inviolable entre capital y patrimonio que solo puede alterarse a favor de este último y nunca a favor del capital) e invariabilidad (el capital permanece inalterado durante toda la vida de la sociedad a menos que se lo modifique, modificando el contrato), el inciso 5 del art.94 de la LSC dispone que la pérdida total del capital social constituye una causal de disolución de la sociedad. - Una sociedad sin capital -sin patrimonio- no puede, no llevar a cabo su objeto ni ofrecer a los terceros acreedores la garantía al cobro de sus créditos. - Es por esta razón que la ley dispone su “muerte”, digámoslo así, por su disolución.¹

Disolución en un equívoco término utilizado y etimológicamente es un equivalente de liquidación. En realidad corresponde referirse a la causa de disolución que constatada no implica iniciar la “etapa de liquidación”. A su vez iniciar la etapa de liquidación no afecta la personalidad jurídica ni la separación patrimonial, que se mantiene hasta que se hayan extinguido todas las relaciones jurídicas generadas en torno al patrimonio social.

¹ GUILLERMO A. MOGLIA CLAPS, Disolución de las sociedades por pérdida del capital ;2004 SAIJ DACFo40079.

También cabe desmitificar al capital como requisito de la constitución de una sociedad persona jurídica.

La personificación de la sociedad no está tramada sobre el capital sino sobre el patrimonio, lo que ha sido puesto en valor en las reformas del CCC y LGS en 2015. El capital, o un monto mínimo o vinculado al objeto no es hoy determinante, es un viejo concepto que se opaca con las modalidades de financiación.

El art. 23 LGS que permite adquirir bienes registrables a nombre de la sociedad, sólo exige en las irregulares o simples la ratificación por todos los socios, debiéndose indicar la proporción en que participan en esa sociedad.

El tema es hoy la planificación desde la constitución societaria, lo que deberá expresarse en la Memoria periódica, como alertas tempranas de las crisis. La planificación asegura también la viabilidad, todo lo cual se encuentra ligado al rol de los administradores, a su diligencia y responsabilidad, cuando no del grupo de control. Esto está vinculado a la libertad de organización bajo responsabilidad y en la idea que los arts. 54, 99 y 274, que constituyen la introducción, en las relaciones de organización, de la teoría general de la responsabilidad civil.

Y conforme a ello apuntamos que las causales de disolución de los incs. 4 y 5 art. 94 LGS podrían refundirse en la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas financieras, económicas y patrimoniales.

Y de allí el plan de viabilidad que se exige, año por año presentar en la Memoria, pero que en cualquier caso deben formalizar los administradores para acreditar su diligencia al presentar las cuentas anuales.

La ley societaria argentina no introduce plazo alguno para convocar al órgano de gobierno a fin de solucionar el problema advertido como alerta temprana en la documentación contable; ni tampoco impone la presentación en concurso –que es un recurso voluntario de ese órgano–, con los recaudos y conformidades del caso².

Sí impone una diligencia inmediata –que no asegura resultados – pero que servirá para medir la responsabilidad frente a los daños que pudiera generar el estado patrimonial y financiero de la sociedad.

De su lado Dasso ha sostenido que *el nuevo CCCN, sustituye la causal disolutiva focalizada en la pérdida del capital social por “el agotamiento de los bienes destinados a sostener a la persona jurídica” (art. 163 inc. i), focalizando de esta manera el hecho disolutivo en la pérdida de eficiencia del patrimonio (nomen factis), corrección ésta que por tratarse de un concepto económico o fáctico es perceptible y constatable a diferencia de lo que acontece con el “capital social” mera cifra nominal (nomem iuris) abstracto y por ello no identificable con parámetros económicos (eminente fácticos o reales). La pérdida de eficiencia patrimonial es causal de disolución y sus remedios posibles son el reintegro del capital real, meramente potestativo en las sociedades de capital o, en su caso, la presentación en concurso preventivo, institución esta que implica una mera forma de eliminación del hecho disolutivo en caso de homologación del acuerdo con los acreedores.*³

Ese entendimiento es relativo, porque no existe una sustitución normativa a tenor de lo dispuesto por el art. 150 CCC; ni el concurso elimina el hecho disolutivo ni la responsabi-

² V. Richard – Vaiser “EN TORNO A LA PROPUESTA Y AL ACUERDO EN EL CONCURSO DE SOCIEDADES”; Congreso Iberoamericano y Argentino de Derecho Concursal; Univ. Nacional del Sur; 2021

³ XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016)

lidad prevista en el art. 99 LGS.

Sí en cambio se aprecia que para la sociedad simple sin indicación de capital social, la causal de disolución es la prevista en el art. 94.4 LGS y no la del inc. 5.

También apuntamos que en nuestro sistema, la causal del inc. 5° del art. 94 LGS es una alerta temprana, que no impone iniciar la “etapa de liquidación” –como anticipamos- sino que pone a la diligencia de los administradores en determinar las medidas a seguir, dentro siempre de las opciones imperativas conforme el referido art. 150 CCC y el art. 96 LGS, sin impedir la potestativa presentación en concurso.

A tenor de las normas de contabilidad internacionales sobre los balances sociales NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera que propende a la transparencia de los balances), la causal de disolución por pérdidas resultantes de otras técnicas contables puede tener su manifestación meramente aritmética, frente a que con las NIIF la causal es contablemente equivalente al no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha y obliga a un re análisis no meramente aritmético, sino sustancial de la capacidad patrimonial para el cumplimiento normal del objeto social. La Norma Internacional de Contabilidad 1, en su numeral 23, establece que *“Al elaborar los estados financieros, la gerencia evaluará la capacidad que tiene la entidad para continuar en funcionamiento. Los estados financieros se elaborarán bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que, la gerencia pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad”*. Es lo previsto en la Memoria.

Esto se ha manifestado en la legislación colombiana y es coherente con la reforma de su ley de sociedades. Originariamente regia como causal la pérdida del 75% del capital social, y a su vez el marco jurídico de la contabilidad en Colombia se inició con la Ley 145 de 1960 y la Ley 43 de 1990, que regulaban la profesión del contador.

Luego, el Decreto 2649 de 1993, estableció las denominadas Normas COLGAAP, que eran las normas y principios contables aceptados en Colombia hasta el 2009. Posteriormente se implementó la Ley 1314 de 2009 que regula los principios y normas de la contabilidad con base en la NIIF, para luego expedir el Decreto Único Reglamentario (D.U.R.) 2420 de 2015 que ofrece una implementación contable para todos los tipos de empresas. Antes de las normas NIIF. El Decreto 2420 de 2015 se encarga de definir **“la hipótesis de negocio en marcha”** como un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general en una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales.

Conforme a ello *“(...) Artículo 4 Ley 2069 de 2020. **Causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha.** Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. Sin perjuicio de lo anterior,*

los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. Resulta así que los administradores deberán informar so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber.⁴

En suma, los estándares internacionales apuntan a la detección temprana de dificultades y a la responsabilidad de los órganos de administración de adoptar soluciones societarias o concursales

II.- Plan de viabilidad y plan de empresa en el concurso

Habíamos sostenido en varias publicaciones que la exigencia contenida en el art. 43 de la LCQ en cuanto a las condiciones de la propuesta concordataria remite a la existencia de un plan de empresa

En el Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Concursal organizado por la Universidad del Sur, Bahía Blanca 2021, así lo expresábamos: *EL PLAN DE EMPRESA – IMPERATIVAMENTE- FORMA PARTE INTEGRANTE DE LA PROPUESTA DE ACUERDO ABSTRACT:*

Del análisis axiológico y sistémico del art. 45 de la Ley Concursal 24522 y demás normas concordantes, en su correlato con la LGS, se desprende que si el concursado es una persona jurídica sujeta a la ley societaria, en especial si se trata de una Sociedad Anónima, debe presentar imperativamente como parte integrante de la propuesta concordataria un plan de empresa que permita discernir los mecanismos que harán viable su cumplimiento. De otro lado, no puede soslayarse que los procesos preventivos en la ley argentina miran a la empresa concursada desde el punto de vista de su viabilidad, para asegurar el paraguas protectorio que ellos persiguen. Es que sin viabilidad no hay Empresa, cualesquiera sean los mecanismos societarios - concursales con los cuales se pretende superar la cesación de pagos como estado patrimonial.

En un reciente conversatorio “Rumbo a Córdoba 2022” organizado por la Facultad de Derecho y el Instituto de la Empresa de Córdoba, tuvimos ocasión de acceder a la interesante e ilustrativa exposición del Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Dr. Aurelio Gurrea Chalé, quien se refirió a la actual ley concursal española, al nuevo proyecto de reformas que se encuentra bajo análisis y a las directivas de la Unión Europea en materia de viabilidad empresarial. Nos ha explicado además el Profesor Gurrea que:

1.- El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, como ya lo venía haciendo la Ley 22/2003 nos habla de la presentación de un **plan de viabilidad por el deudor**, en el caso de convenio (acuerdo preventivo entre nosotros) y cuando se prevea que éste se va a financiar con los recursos que genere la actividad profesional o empresarial del deudor.

Además, en el Texto refundido de la Ley Concursal (TRLR) se comienza tempranamente a citar la viabilidad del deudor. Ya que en el art. 7, dentro de la documentación que éste debe presentar para solicitar el concurso, se expresan aquellas...” consideraciones que estime oport-

⁴ RIVERA, Diana “Nueva causal de disolución en el régimen societario colombiano y su impacto en los deberes del administrador ” en Anuario de Derecho Concursal, Montevideo 2021 Director Camilo Martínez Blanco.

tunas acerca de la viabilidad patrimonial”.

Este plan de viabilidad deberá ser evaluado por la administración concursal, junto con la propuesta de acuerdo y el plan de pagos. La evaluación deberá contener necesariamente un juicio favorable, con o sin reservas, o desfavorable, acerca de la viabilidad del cumplimiento del convenio propuesto. (Vid. Art. 348 TRLC)

Cuando para atender al cumplimiento del acuerdo se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, la propuesta de acuerdo deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad, en el que se especifiquen los recursos necesarios y los medios y condiciones de su obtención (art. 672 TRLC). Este plan de viabilidad puede ser modificado como lo puede ser también el plan de pagos en la reunión de acreedores (art. 675 TRLC)

2.- La Directiva (UE) 2019/1023 en el art. 3 previene que cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto.

Con lo cual se quiere significar que no procede la reestructuración de una empresa no viable, porque, sin lugar a duda, es la liquidación la que supondría un mejor provecho para los acreedores.

También, en el Considerando 26 se habla de una **prueba de viabilidad** a costa del deudor pre-insolvente para poder reestructurar y que los Estados miembros deben poder introducir una prueba de viabilidad como condición para acceder al procedimiento de reestructuración preventiva previsto en la presente Directiva.

La situación se repite en el Considerando 26 cuando refiere a una prueba de viabilidad a costa del deudor pre-insolvente para poder reestructurar sus negocios, formulando la misma solución para incorporar a la legislación interna de los Estados

Respecto a los procedimientos concursales y al examen de la viabilidad empresarial, el actual Texto Refundido de la Ley Concursal, recoge en su artículo 332.1 que *Cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además del plan de pagos, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.* Este artículo no se ha modificado con el Proyecto de Ley.

3.- El cálculo y el auto diagnóstico

Según la *Disposición adicional tercera* de la ley concursal vigente en España, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley, se pondrá a disposición de los empresarios y profesionales un programa de cálculo automático del plan de pagos, con inclusión de distintas simulaciones de plan de continuación, que será accesible en línea sin coste para el usuario.⁵

EN SUMA: Existen numerosos y sólidos fundamentos para afirmar que a los procesos preventivos pueden acceder únicamente aquellas empresas que fueran viables según las

⁵ Sobre estos tópicos se encuentra en prensa para la Cátedra de Derecho Concursal, Univ. De la Republica, Uruguay el trabajo “El plan de viabilidad en los institutos concursales y pre concursales de la ley concursal española y su proyectada reforma”

fuentes informativas que resultan imperativas para sostener la conducta de un buen hombre de negocios.

Por otra parte, la protección de la empresa, como principio rector del Derecho Concursal, no puede sino apuntar a la empresa viable, o mínimamente, a la empresa en marcha con potencial para reorganizar los negocios sociales y alcanzar su sustentabilidad.

Y finalmente, tal como fuera visto, el pan de viabilidad constituye un elemento de juicio insustituible para ponderar la existencia de causales de disolución societaria en el marco de la LS y de acuerdo a las nuevas normas introducidas por el CCCN.

NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA -TIPICIDAD DE PRIMER GRADO-

Efraín Hugo Richard

El art. 150 del Código Civil y Comercial -CCC- impone revisar las normas imperativas de la Ley General de Sociedades -LGS-, abordando una temática que suele ser encarada desde la autonomía de la voluntad para diseñar el Estatuto de cualquier tipo de sociedad. Parecen insoslayablemente imperativas las normas de la ley general de sociedades que califican causalmente a una relación como societaria, evitando su desnaturalización, las normas de contabilidad que se imponen en una relación de organización personificada o no, y las que frente a la libertad en la configuración de sociedades personas jurídicas pretenden acotar los riesgos de generar daños a terceros. La libertad que impera hoy en nuestro país para la generación de personas jurídicas sociedades –como el llamado beneficio de la responsabilidad limitada- deben tener como contrapartida previsiones voluntarias y legislativas para que el patrimonio de esa nueva persona sea apto para cumplir la finalidad u objeto propuesto, sin dañar a los socios ni a terceros. El deber primario debería estar en cabeza de los administradores y el control en los propios socios y en el órgano de fiscalización si existe.

1. Mis preocupaciones en torno a la autonomía de la voluntad, encuentran ahora respuesta normativa: el art. 150 CCC referido a personas jurídicas, el art. 963 CCC a los contratos y art. 1709 CCC a la responsabilidad civil. La primera apunta a la primacía de las normas imperativas y las otras dos a las normas indisponibles, para limitar o acotar esa autonomía. No parece que esa distinta nominación genere una interpretación dispar.

En primer término advierto que no me internaré sobre si las normas imperativas son de orden público. El efecto sobre la autonomía de la voluntad no variará, y es zanjado por el art. 12 CCC, determinando que si se persiguiera por el amparo de una ley otro prohibido por otra norma se considera otorgado en fraude a la ley y se aplicará la ley que se intenta eludir. Limite preciso a la autonomía. En paralelo desde hace más de un par de décadas me preocupa el enfoque de la crisis de sociedades.

2. Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quiénes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten escoger, según su conveniencia, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a efectos de las opciones consagradas. La imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La supletoria brinda la posibilidad que las partes fijen los efectos, u obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no expresan su voluntad, permitiendo afirmar que la norma supletoria permite que la voluntad prevalezca.

Reza el art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “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...”. O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, “o en su defecto” –de ellas- por normas generales imperativas del CCC.

Primero debe determinarse la existencia de sociedad, el tipo no puede ser desnaturalizado. En la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) debe incorporarse la tesis planteada por José Girón Tena, seguida por Cándido Paz-Ares, que afirman “la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”.¹ En palabras de Cándido Paz-Ares, “se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”.² La causa es el advenimiento de la persona jurídica, claro que no pueden introducirse previsiones que destipifiquen la tipología de primer grado. En nuestro caso los arts. 1 y 13 LGS. La causa estructural es el advenimiento de la personalidad diferenciada.

“La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que han cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”³. La tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria generando la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce “la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades”.⁴

Es actual y oportuna la cita de Tullio Ascarelli, de 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”⁵. Por ello el concepto asociativo amplio de tipo contractual organizativo no personificante lo localizamos en el CCC arts. 1442 y ss., concentrando en la LGS la sociedad en sentido estricto, al decir de Girón Tena, generando un patrimonio como prenda común de los acreedores, afrontando una finalidad propia, liberada de una tipicidad de segundo grado conforme se repensó en la reforma a los arts. 1, 21 y ss. 100 y concordantes LGS, conforme la ideación de Manóvil, Roitman y un servidor.

3. Lo que he escudriñado sirve para preguntarme sobre normas imperativas para desentra-

¹ GIRÓN TENA, José. “Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”. En: Revista de Derecho Privado. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

² PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena. Ed. Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

³ RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. En: Ensayos de Derecho Empresario. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). N° 9. Cba. 2015, p. 55-86.

⁴ GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo “Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único”, Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CISS. p. 65.

⁵ FARGOSI, Horacio. “Derecho comercial del siglo XXI”. En: Código de Comercio, Hammurabi. Tomo I. Buenos Aires: 2005, p. 127.

ñar las normas que prioritariamente se aplica a las sociedades limitando la autonomía de la voluntad.

Se genera debate en torno al uso de las expresiones “indisponibles” e “imperativas”. La primera expresión no aparece en los Fundamentos del Anteproyecto. La segunda sí, particularmente al referirse al fraude a la ley. En el CCC aparece en tres oportunidades al referirse a la interpretación de los contratos en los arts. 962, 963 y 964 aparentemente como equivalente a la expresión segunda usada en el art. 150. Luego la palabra indisponible aparece con similar alcance en el art. 1709 y como referencia a derechos indisponibles en el art. 1743. La referencia a normas imperativas aparece en los arts. 12, 150 y 177, expresamente a normas legales imperativas en el art. 1121, leyes imperativas 1743, y normas internacionales imperativas en los arts. 2599 y 2651 incs. e. y f. CCC. La impresión es que han sido usadas como expresiones análogas. Desde un punto de vista doctrinal considero que la primera expresión “indisponibles” es abarcativa de las imperativas por disposición legal y las indisponibles por disposición de voluntad, como lo es una norma estatutaria.

4. Otro aspecto lo constituye la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC vinculando las normas imperativas generales a las especiales. El Diccionario de la Real Academia señala como definición de “en su defecto”: “A falta de la persona o cosa de que se habla, especialmente de algún requisito”. Ejemplifico: a que refiere el art. 99 LGS “Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. ¿Cuándo se genera responsabilidad de los socios? Sirve ante la opacidad de la construcción de aquella norma, otra general similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC que dispone “Liquidación y responsabilidades” especificando “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. O sea los socios que hacen mayoría.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

El art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es sin lugar a dudas una norma imperativa general. Así integrando el art. 99 LGS la responsabilidad recaerá sobre los socios de control, o sea los que puedan tomar una decisión –u omitirla a sabiendas-.

5. La autonomía de la voluntad, con la oponibilidad de lo estatuido entre las partes en caso de sociedades irregulares, se aseguró en el 2015. Ahora el contrato es siempre oponible entre las partes y también frente a terceros que lo conocieran. Sólo una diferencia formal con las sociedades inscriptas, su personalidad está reconocida erga omnes, en las de la sección IV queda sujeta a prueba, fácil de lograr en cuanto actúen legalmente, pues la brinda la CUIT, la cuenta bancaria. ¿Que puede quedar incluida además de la sociedad de los tipos previstos no inscripta? Una sociedad de hecho, una civil que siempre pudo tener objeto civil y comercial -la prohibición de tener objeto civil era para las sociedades comerciales y fue derogada en el año 72-. Una sociedad simple, cuyo objeto no necesariamente es la actividad empresarial, pues están comprendidas las de mera administración de cartera, previstas para toda sociedad en el art. 31. LGS.

Ese sistema de la que llamo sociedad simple sólo requiere en art. 23 individualización de so-

cios y su “participación” si quieren registrar bienes. Coherente con el 142 CCC que determina que la personalidad se genera desde su constitución.

Lo importante es un patrimonio apto para la gestión. Pienso en la gestación de préstamos participativos regulados en el art. 1531 CCC, en negocios en participación, crowdfunding, compraventas programadas con pago actual y entrega diferida, acciones privilegiadas rescatables, obligaciones convertibles, pool finance. Incluso acciones sectoriales previstas en el Anteproyecto, pero con efectos bien distintos al interesante negocio en participación.

Desmitifico como imperativa la noción del capital social, lo he hecho en otra comunicación. ¿Pero que normas imperativas existen? En recientes coloquios todos, con diferentes criterios sobre otros temas, se coincidió en aquellas que tutelan a terceros. Agregaría a las que defienden la viabilidad de la actividad empresarial. Así en la SAS, incorporadas dos años después que la sociedad simple, en los arts. 55 a 56 de la ley de emprendedores, señala que las previsiones sobre disolución y liquidación de LGS les serán aplicables. Son supuestos de crisis instalada. Graves, que superan una mera cesación de pagos que constituye una alerta temprana que debe señalarse en la Memoria. Resguardan derechos de terceros y de allí la responsabilidad de administradores y socios que generaron daños por acción u omisión, protegiendo la función de garantía del patrimonio.

6- Pero antes de continuar debo señalar que el CCC, para toda actividad empresarial, y obviamente de la organizada societariamente –aunque sea al solo efecto de administrar carteras- es la de llevar contabilidad ordenada, art. 320 CC y ss. regulando así todas las relaciones de organización –no personificadas y personificadas-, y el tema específico como norma imperativa es absorbida, pero complementada para cualquier interpretación en los arts. 61 y ss. LGS para las relaciones de organización personificadas como sociedad, con objeto civil o comercial.

Otro aspecto a considerar será el modo de llevar adelante la actividad, ya que si se está en presencia de una actividad común exteriorizada a nombre colectivo⁶, de cuyo resultado se generarán las ganancias y pérdidas para los intervinientes, tendremos configurada una sociedad, y no un contrato asociativo. En éstos, si bien existirá una actividad negocial, ésta será desplegada a título individual por cada uno de los partícipes, quienes a tal efecto mantendrán su individualidad jurídica, con un representate voluntario y no orgánico.

Consecuencia de lo anterior será –y allí encontré otra diferencia- el modo en que quienes participan del contrato obtendrán sus beneficios y soportarán las pérdidas. Si de la actividad desplegada en cumplimiento del objeto propuesto se asume un riesgo común, es decir, se participa en ganancias y se contribuye ante la pérdida, se estará frente a una sociedad. Por el contrario, en un contrato asociativo el riesgo que derive de sus propias actividades individuales no será compartido con los demás partícipes.

Estas son las diferencias más significativas que entre los contratos asociativos propiamente dichos y las sociedades. A ellas podría agregarse, que en caso de realizarse aportaciones comunes por los partícipes de un contrato asociativo, las mismas formarán un fondo común operativo que estará administrado del modo establecido en el contrato, pero no constituirán aportes societarios, ya que éstos se efectúan a la persona jurídica sociedad y se destinarán al cumplimiento del objeto social.

En la misma línea, el CCC reconoce ambas libertades, admitiendo la posibilidad de crear y regular relaciones jurídicas patrimoniales, en ejercicio de la libertad para celebrar contratos

⁶ RICHARD, E.H. – MUIÑO, O.M.: Derecho Societario, Astrea, Bs.As., 1999, pág. 9. “La sociedad estará caracterizada por la actividad en común, exteriorizada (a nombre colectivo), con finalidad común, con participación en las utilidades y pérdidas...”.

y determinar su contenido dentro de los límites impuestos.

En materia de contratos asociativos, el CCC consagra una norma específica en las disposiciones generales previstas para estos contratos (art. 1446 CCC) reconociendo la libertad de contenidos.

La contabilidad se completa con el informe, la Memoria, que determina la situación matemática, no necesariamente real de la viabilidad societaria. "En tanto la función formulación de cuentas anuales es un deber propio del órgano de administración indelegable, el recurso de facto a la asistencia técnica para el desempeño de las labores preparatorias no puede ser, en si mismo, causa de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del actuar del Consejo,...desconociendo la situación de crisis".⁷ Se califica como "un deber de seguimiento del estado contable, definido de manera genérica, como la obligación de que el empresario se encuentre, de manera constante, por sí o por otros en quien delega dicha función, suficientemente informado del estado financiero empresarial".⁸

Formalmente podría sostenerse que el estado de cesación de pagos sólo será observado por los administradores cuando se practique el balance anual. Pero eso es una falsedad, el administrador moderno tiene información inmediata, "on line" -por los medios informáticos disponibles- de la situación de la empresa y pesa sobre ellos una obligación de programar hacia el futuro, no de esperar los resultados estáticos del pasado. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2015 es modélica en relación con el análisis de este tipo de casos. Los hechos son típicos: el acreedor -un proveedor de la sociedad- demanda a la sociedad deudora y a su administrador. La sociedad está disuelta en el momento de presentarse la demanda y el acreedor prueba que las deudas que reclama se generaron después de que la sociedad estuviera en causa de disolución por pérdidas...Sorprendentemente, el Juzgado desestima la demanda contra el administrador. La Audiencia revoca la sentencia, sosteniendo "Que dicha situación tuvo que ser conocida o debió serlo por los administradores incluso antes de la formulación de las cuentas anuales dada la grave situación de deterioro económico de la sociedad. La jurisprudencia entiende que el plazo de dos meses para el cumplimiento del deber de convocar junta para acordar la disolución se computa desde que el administrador tiene conocimiento de la concurrencia de la causa de disolución en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión" generan responsabilidad.

Esa información integral, es calificada cuando se advierte una situación financiera, económica o patrimonial que aparezca como alarma temprana, una mera infracapitalización contable impone una revisión de la situación real y la información a los socios para que adopten las soluciones que la ley societaria impone.

Conforme a ello, la pérdida del capital social puede generar una zona gris, pero la constatación de un patrimonio negativo marca una línea roja: la infrapatrimonialización. Las causales de disolución -art. 94.4 y 5-, no imponen plazos, dan soluciones en forma de opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS y congruente con la libertad de acción, establecen la responsabilidad del art. 99 LGS que he referido. Pero si la crisis es más grave, infrapatrimonialización, el camino para resolverlo, concurso mediante o no, es marcado imperativamente por esas opciones del art. 96 LGS, bajo el riesgo de que asuman responsabilidad solidaria administradores y socios, no por la responsabilidad del tipo, sino de

⁷ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pag. 161.

⁸ RECAMÁN GRAÑA, ob. cit. pág. 150.

aquellos socios que consintieron la situación.

Converge el art. 100 LGS admitiendo la conservación de la actividad empresarial aún frente a la liquidación, pero mantiene esa responsabilidad, exigiendo una manifestación unilateral sobre la viabilidad de la actividad. Al no imponer plazos se configura un sistema de auto decisión de administradores responsables.

Mi lema es “libertad bajo responsabilidad”. Y esa libertad debe reconocerse, determinando sus límites. Es notable el ensayo de Cándido Paz Ares sobre la misma en el derecho de sociedades⁹ cuestionando la construcción “institucional”, que califico como “tipificante”, del régimen legal de la SRL en España, abogando por la libertad estatutaria y una inteligencia restringida de normas imperativas cuya alteración generarían una ilicitud. Reflexiona “que la creciente reducción del papel de la libertad contractual en el ámbito de las sociedades de capital obedece sobre todo a nuestro modo tradicional de entender y de hacer el derecho de sociedades”. En nuestro país se ha superado el esquema. Si tomamos de ese autor la idea que “para reconocer la realidad es preciso deformarla” y que “La sociología del conocimiento nos indique que en la naturaleza del paradigma está el escapar de una definición precisa”, comparto el desafío de interpretar viejas normas con nuevas ideas. Subraya los prejuicios paternalistas frente a la libertad, incluso respecto a los derechos individuales de los socios, la normativa societaria es en gran medida subsidiaria de una distinta regulación estatutaria. Paz-Ares señala “La resistencia de la doctrina a admitir cualquier diseño anómalo, el aumento mixto, el capital autorizado, la atribución en los estatutos a terceros de un derecho a capitalizar la deuda es en efecto notoria”. Es la resistencia a pensar diferente, integrando normas que hoy el art. 2 CCC impone.

7. Lo referido a causales de disolución y la liquidación, como la falta de patrimonio necesario, son normas imperativas, irrenunciables e inderogables, ligadas al art. 1º LGS que tipifica la relación y dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover causales reintegrando el capital social en el caso. Esto es coherente con el criterio de la Comisión presidida por Jaap Winter: el riesgo en la crisis patrimonial de Persona Humana es de sus acreedores, en el caso de sociedad es de sus socios.

Si las normas no son imperativas, genera una disponibilidad, o sea la posibilidad de pactar de diferente forma. ¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, ¿podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida patrimonial –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores? ¿O que se concursara la sociedad para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación?

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concur-

⁹ PAZ-ARES, Cándido “¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)” en AAVV de su dirección TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA, Madrid 1997, Fundación Cultural del Notariado.

sal¹⁰ se introduce al Derecho Societario. Conservar la sociedad viable –que esta es la única empresa tutelable-, absolviendo el estado de crisis, evitando que se instale al avizorarla o instalada, es el postulado conforme las conclusiones de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014¹¹, acordando “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia. Estos son los objetivos del Banco Mundial, las Directivas Europeas y toda posición sensata como lo previmos en 2012 con Manóvil y Roitman.

A diferencia de los contratos de cambio, la sociedad –que no es un contrato- exige para su extinción un proceso instituido por la ley como de orden público, que se inicia con la constatación o generación de una causal de disolución y prosigue con la decisión de iniciar la etapa liquidación, implicando realizar el activo para afrontar al pasivo, distribuyendo el remanente –de existir- entre los socios, poniendo fin al sujeto de derecho societario, haciendo así efectivo el derecho de la cuota de liquidación.

No existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución. Esa constatación sólo crea una modificación de la organización societaria, en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. La sociedad puede seguir actuando, con un agravamiento de responsabilidad (art. 99 LGS). La causal disolutiva de pérdida del capital es la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios, y es similar a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial, financiero o económico, contenida en el ap. 4 del art. 94 LGS.

8. Ante la transferencia del riesgo a los acreedores, por quitas concursales y la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad prevista en el art. 99 LGS ante la homologación de un acuerdo de mayorías, resulta conveniente constatar los limitados efectos de la “novación” concursal –art. 55 LCQ-, pues se intenta sostener¹² como efecto de esa homologación concursal se extingue las acciones contra administradores societarios que pudieran ejercer los acreedores concurrentes.

Centrando atención en el efecto novatorio sostenido respecto a las acciones de responsabilidad, que he contestado oportunamente¹³, ahora sólo apuntaremos en limitado espacio: ¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creo, a veces ese es el momento a partir del cual el daño se hace evidente.

El objetivo concursal es absolver la crisis de la sociedad¹⁴, sin liberar a terceros patrimonios, y de allí el limitado efecto de la novación concursal, perfectamente descrito por Ed-

¹⁰ ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.

¹¹ United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

¹² TRUFFAT, E. Daniel “IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS”, en *Doctrina Societaria y Concursal* Ed. Errepar, n° 281, año XXIV, t. XXII abril 2011.

¹³ Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

¹⁴ Nto. “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL”, en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* año 1979/1980, edición Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.

gar Baracat. En identidad Heredia¹⁵ remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la cristalización de su pasivo en un monto definitivo”. No de otros patrimonios. No puede extenderse a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de administradores pues son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes.

No existe duda del carácter imperativo de las normas de derecho societario para evitar daños a terceros, asegurando la función de garantía del patrimonio. Y es obvio que el recurso concursal ha sido utilizado con abuso de derecho y fraude a la ley societaria¹⁶, sancionado por la legislación actual y mejor caracterizada aún en el art. 12 del Título Preliminar CCC.¹⁷ Particularmente si hay daño por el acuerdo, no por la presentación en concurso.

9. La capitalización de deudas es una visión distinta para afrontar las crisis de sociedades sin daño matemático. El tema aparece como una remake en mi historia. Se viene incentivando “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos preconcursales). Precisamente destaca, la expresa previsión en nuestra LCQ de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, debt equity swap, como posiblemente integrante de los acuerdos preconcursales. Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa da alguna especialidad a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, con ocasión de esta reforma también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”. Esto podría creerse de mi pluma, pero no corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 y a la inmediata anterior reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación, art. 100, y no al art. 150 CCC introducido en el 2015 ratificando mi anterior interpretación. En el Concurso de sociedades deben evitarse prácticas que constituyan abuso del derecho en perjuicio de los acreedores. El apartamiento a normas societarias de carácter imperativo, constituyendo fraude a la ley. Debe evitarse la desnaturalización de los derechos de los acreedores. El Juez conforme le impone el art. 52.4 LCQ debe evitar los efectos de este ejercicio abusivo.¹⁸

La eventual insuficiencia general de recursos es zona gris, pues la infrapatrimonialización constituye una línea roja, “red flags” que alertan aún en la “one dollar corporation”, cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido la garantía, rompiendo una barrera¹⁹.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo empen-

¹⁵ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Ed. Ábaco, Bs. As. 2000, t. 2 págs.238 y ss. esp. págs. 250/5.

¹⁶ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en La Ley, 4 marzo 2013, LL 2013-B.

¹⁷ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

¹⁸ CNCom.Sala F.24/4/2012 en: “Talleres Reunidos ItaloArgentino S.A. s/ Concurso Preventivo”.

¹⁹ Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Cs. Sociales (UNC), pág. 1.

dedor” (art. 100 LGS).

10. Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros apuesto al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis²⁰ ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis puede generarles responsabilidad.²¹

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad, compartiendo con los originales socios –que son los que tratan de impedir esa integración con quitas contrarias al sistema societario-. Bajo el principio de buena fe –art. 9 CCC-, Truffat señaló²² “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, en tanto y en cuanto se pretenda la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva a los accionistas de la concursada una empresa revitalizada y que todo el daño recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”. En tal orden Karten Schmidt exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-. En el año 2000, en el Segundo Congreso Iberoamericano²³ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así. En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia”. La doctrina italiana reitera que la reforma omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁴.

11. He intentado trazar un marco de las escasas normas imperativas que limitan la autonomía en la construcción del estatuto de sociedades, y en esa ruptura que advierto en caso de crisis, cierro recordando trabajos en común con Juan Carlos Veiga, señalando esa imperatividad antes de la existencia del art. 150 CCC, catalogando como EL CONTRADERECHO a las costumbres contra legem que se suscitan en los concursos de sociedades.

El eje es la conservación de la empresa viable y, de ser necesario, con la participación de todos los interesados (los stakeholders, y no meramente los shareholders). Un panorama claro para acercar actividad económica empresarial privada y no ahuyentarla...

²⁰ Nto. “Enseñanza del Derecho Societario de crisis” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n°364 Marzo 2018, p. 165.

²¹ GALLEGO CORCOLES, ob. cit. pág. 381.

²² TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, México.

²³ SCHMIDT, Karsten “El derecho empresarial y el derecho concursal” en De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..

²⁴ NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursuali”, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 1993, 209 ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CAUSA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Eugenio Ángel Rositto

SUMARIO

La libertad de contratación y la autonomía de la voluntad tiene que ser el eje principal en la constitución de las personas jurídicas fomentando de tal manera la iniciativa privada. Es propósito de esta ponencia es considerar y reflexionar sobre algunas consideraciones sobre el concepto de sociedad, sus elementos y en particular, su causa, adecuándola al contexto de renovación en que se encuentra el derecho asociativo y societario en un contexto social y económico complejo en nuestra actualidad. Puede sostenerse que debe construirse el concepto de sociedad sobre bases estructurales, independiente de la naturaleza del fin de lucro. Se podría admitir sociedades que prevean cualquier destino para los beneficios, incluyendo no repartirlos entre los socios, por lo cual variaría significativamente la causa fin de la sociedad quedando supeditada a la voluntad de los socios con el único requisito el voto unánime de los socios. De tal forma la sociedad puede ser también un instrumento idóneo y pertinente para perseguir beneficios más genéricos en el marco de la actividad económica.

I. Introducción.

El contexto económico y social post pandemia tiene sus consecuencias en el funcionamiento adecuado de las organizaciones y nos invita a repensar el rol y función del derecho, en particular el derecho asociativo y societario.

Hace tiempo desde el ámbito académico y normativo se tiende hacia un renovado y moderno derecho societario que estimule la creación de empresas y contemple la actualidad y realidad negocial.

Es propósito de esta ponencia es considerar y reflexionar sobre algunas consideraciones sobre el concepto de sociedad, sus elementos y en particular, su causa, adecuándola al contexto de renovación y dinamismo en el que se encuentra el derecho asociativo y societario. Entre las muestras de un nuevo enfoque del derecho asociativo y societario, podemos mencionar a partir de las modificaciones por Ley 26994 en la Ley general de sociedades, la eliminación de la comercialidad, las sociedades unipersonales, sociedades simples (Capítulo 1, Sección IV), el uso de medios tecnológicos y la sociedad por acciones simplificadas (Ley 27349), proyectos de sociedades BIC (sociedad de beneficio e interés colectivo), proyectos de sociedad o empresa simplificada de la economía social, cooperativas de trabajo con tres asociados (Res. 1000/2021 INAES), proyectos de trabajador autogestionario, cooperativas de trabajo, entre otros, visualizándose un esfuerzo por ponderar y proveer instrumentos que beneficien a toda la comunidad y atienda las necesidades de nuestra difícil realidad. La libertad de contratación y la autonomía de la voluntad tiene que ser el eje principal en la constitución de las personas jurídicas fomentando de tal manera la iniciativa privada.

II.- La causa del contrato de sociedad (Art. 1 LGS).

El art. 14 de la Constitución Nacional garantiza a los habitantes el derecho de asociarse con fines útiles, es decir, el derecho a la asociación. La interpretación tuitiva de dicha norma

cabe formularla sobre una base amplia que facilite la creación de las personas jurídicas y que permitan alcanzar los fines útiles consagrados por la Constitución Nacional. Esta noción conlleva el derecho a la libertad de crear empresas, persigan estas fines económicos o no lucrativos, lo cual confiere una dimensión más amplia al derecho de asociación.¹

Podemos pensar que el contrato de sociedad y sus elementos pueden ser revisados conforme el contexto referenciado y los nuevos aires que se visualizan en el derecho societario, me detendré brevemente en la causa del contrato de sociedad.

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad es el acaecimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Este elemento del contrato de sociedad es tratado en su faz objetiva, es decir, la finalidad que la ley atribuye a las partes como motivo de su incorporación a la sociedad. Desde la sanción de la ley 19.550, dicha causa fin objetiva consistió, para la doctrina mayoritaria, en la comunidad de riesgos asumida por los socios con el propósito de obtener dividendos y afrontar eventuales pérdidas. Se especifica, sin contradecir ello: “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea la función económico-social del negocio reconocida por el derecho. La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el negocio jurídico sociedad, y que el derecho estatuye y reconoce como tal”² Tengamos presente que el concepto de “beneficio” en el ordenamiento societario tiene un alcance más amplio que el de lucro, no refiriéndose únicamente a la obtención de ganancias traducidas en un incremento patrimonial, sino que también comprende otro tipo de ventajas apreciables económicamente, como participar del resultado de una investigación, obtener una utilidad de orden asociativo, etc.³ El Código Civil y Comercial de la Nación introdujo en sus arts. 281 y 1012 el aspecto subjetivo de la causa, cuyos efectos prácticos son considerable y que atiende otras expectativas de los socios tendientes a obtener beneficios de diversa naturaleza.

En los contratos de sociedad regulados en la Ley general de sociedades, la causa es un rasgo esencial, que la distingue de los demás contratos que se orienta a la obtención de un beneficio económico, es decir un fin común fruto de la producción e intercambio de bienes y servicios. Destacamos la función práctica social del negocio reconocida por el derecho. Tengamos presente que la idea del beneficio no debe asociarse con la ganancia, beneficio económico o propósito de lucro, dado que no implica necesariamente lo mismo. La noción de beneficio tiene un alcance más amplio que la de lucro, pues no se refiere únicamente a la obtención de ganancias traducidas en un incremento patrimonial. Ya la exposición de motivos Ley 19550 lo referenciaba en el caso de las sociedades solo para la administración y conservación de bienes, o para la investigación técnico-industrial. El denominado fin societario, se vincula al concepto de interés social, como un interés que es propio de la sociedad, centro de imputación diferenciado de los socios que la componen.⁴

Tenemos también otras formas asociativas que no tienen el lucro como fin principal, que poseen otra estructura jurídica y régimen legal que atienden las necesidades de sus miembros y con un fuerte compromiso con la comunidad donde realizan sus actividades, ejemplo las

¹ Ragazzi, Guillermo, “La asociación bajo forma de sociedad en la Ley 19.550 y su actualidad”, La Ley, diario, 25/04/2022.

² COLOMBRES, Gervasio R., “Curso de Derecho Societario, Parte General”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 56.

³ ZALDIVAR, Enrique y otros, “Cuadernos de Derecho societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 78.

⁴ Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo, “Introducción al Derecho Societario”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993, t. 1, p.221.

cooperativas, mutuales, asociaciones, etc.

Actualmente se reconoce que la noción de empresa no va necesariamente asociada a la finalidad de lucro; se ha llegado a admitir que pueden existir empresas que reúnen todos los atributos que las caracterizan como tales, pero que no están orientadas a la obtención de ganancias. De igual manera, la actividad económica en general no supone exclusivamente la búsqueda del lucro o provecho, como sostiene la tesis maximizadora del homo economicus sobre la que se funda la teoría económica liberal. Se puede sostener que el ánimo de lucro debe eliminarse como elemento tipificante del derecho mercantil, lo que obviamente implica el reconocimiento de la existencia de empresas no lucrativas.⁵

Por lo cual hay una noción de empresa no ligada a la idea de lucro, dando posibilidad de esa manera a un estudio amplio y comprensivo de múltiples y variadas formas de organización empresarial. Tanto las empresas lucrativas como las no lucrativas reúnen todas las características para ser consideradas empresas, organizan los factores de producción, asumen un riesgo inherente a su actividad, todas se desenvuelven en el mismo mercado. Es importante más allá del objeto que tengan que se administren con criterios de empresa para poder subsistir y cumplir con sus finalidades.

Es doctrina consolidada la afirmación de que el ánimo de lucro carece de relieve tipificante en el derecho de sociedades, en cuyo ámbito se predisponen estructuras y técnicas al servicio de la actividad desarrollada en el mercado por tales personas jurídicas susceptibles de ser exportadas más allá de sus fronteras.⁶

Se sostiene que se debe construir el concepto de sociedad sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin", prescindiendo del requisito del fin lucrativo.⁷

Por lo expuesto, el elemento organizativo es el núcleo esencial que atiende preferentemente a los aspectos estructurales de la sociedad y que elude el propósito de obtener beneficio y, en su caso, repartirlo, a la hora de integrar su concepto.

III.- Nuevas perspectivas del derecho societario y asociativo (RSE/Empresas B/Empresas sociales, etc).

La empresa es una institución que tiene responsabilidades y obligaciones legítimas ante sus asociados y accionistas conforme el fin de su creación y también de acuerdo al interés de sus miembros tiene un compromiso y responsabilidad frente a los impactos sociales y medioambientales. Según ISO 26000 es la "Responsabilidad de una organización ante los impactos que sus decisiones y actividades ocasionan en la sociedad y el medio ambiente, mediante un comportamiento ético y transparente que contribuya al desarrollo sostenible, tome en consideración las expectativas de sus partes interesadas y cumpla con la legislación aplicable estando integrada en toda la organización y se lleve a la práctica en sus relaciones."⁸

Sin lugar a dudas, la discusión pública de este tema ocupa hoy un lugar central en la agenda global y constituye una de las principales referencias normativas de reflexión sobre el futuro.

⁵ Etcheverry, Raúl. Manual de Derecho comercial. Parte General. Astrea. Buenos Aires, 1983, p 83-85.

⁶ Embid Irujo, José Miguel, "Actividad económica en el mercado e interés general sobre el derecho de Fundaciones de nuestro tiempo", Colección Derecho privado, Madrid, 2019, p. 33.

⁷ PAZ ARES, Cándido, "Ánimo de lucro y concepto de sociedad" en "Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios de homenaje a José Girón Tena", Civitas, 1991, pág. 730 y sgtes.

⁸ ISO 26000, www.iso.org.ar

Asimismo, bajo una mirada de renovación en el derecho societario hay una nueva forma de concebir los negocios realizados por las sociedades desplazando la exclusividad del lucro y eso se advierte tanto a nivel local como en diferentes países con la aparición de las llamadas empresas BIC (de beneficio e interés colectivo).

Hay diferentes experiencias en Europa (Italia, Gran Bretaña, etc); en nuestra región Colombia, donde, por ejemplo, regula a las sociedades (BIC) sin que ello implique un cambio o creación de un tipo societario nuevo “actuarán en procura del interés de la colectividad y del medio ambiente”, a cuyo efecto incluirán en su objeto social las actividades de beneficio e interés colectivo que se propongan desarrollar. En idéntico sentido se sancionó en Uruguay en el año 2021 las sociedades BIC. Los 17 objetivos de desarrollo sostenible aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas se orientan hacia el triple impacto (económico, social y ambiental).

En nuestro país aún sin regulación legal existen experiencias que certifican bajo estándares internacionales. Existen emprendedores con proyectos de impacto social, ambiental y económico que necesitan contar con un tipo de persona jurídica acorde a sus finalidades. Si bien existieron proyectos de ley en nuestro país para su tratamiento, no lograron mantener estado parlamentario para su tratamiento y aprobación, no obstante, vemos una preocupación y una prioridad de este tipo de sociedad respecto a la definición del impacto positivo social y ambiental y la mayor precisión de las atribuciones de control por parte de la autoridad de aplicación.

Encontramos también a las empresas sociales en Europa que asumen diferentes formas jurídicas según los países pero con ciertos rasgos en común y que persigan una actividad de utilidad social.

En nuestro país, se presentaron proyectos de ley sobre empresa social simplificada (ESS) o Sociedad de la economía social simplificada (SESS), que son emprendimientos autogestionados donde se prevé un diseño para trabajadores informales y de menores recursos a los efectos que puedan incorporarse a la economía formal actuando de manera organizada a los efectos de mantener o crear empleo. El ordenamiento jurídico argentino debe adaptarse a los requerimientos de este sector también.

La generación de una nueva herramienta para el fortalecimiento de las organizaciones de la economía social en Argentina agrupando a actividades económicas ejercidas por formas asociativas, principalmente cooperativas, mutuales y asociaciones, cuyos principales características son la finalidad de servicio a los miembros, autonomía de gestión, procesos de decisión democrática, primacía de las personas y del trabajo sobre el capital en la distribución de los resultados, los cuales no encuentran una representación formal dentro de los modelos tradicionales y resulta difícil su readecuación en conformidad al marco normativo que regula dichas formas organizativas.

IV.- Consideraciones sobre el proyecto de reforma 2019.

Dado el panorama expuesto me parece interesante analizar algunos aspectos relevantes del Proyecto de reforma de la Ley General de Sociedades del año 2019⁹, el cual no tuvo tratamiento legislativo pero significó un análisis exhaustivo y relevante de los principales institutos jurídicos

⁹ Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades, autoría de la comisión integrada por los Dres. Manóvil, Rovira, Ragazzi, Rivera, Calcaterra y Liendo Arce. Comisión creada por decreto DPP 58/18 Senado de la Nación (Pinedo-Iturrez de Capellini).

societarios que regula nuestra ley y que me parece pertinente retomar y reflexionar.

Este proyecto de reforma a la ley general de sociedades proponía a una innovación y transformación en la regulación del régimen societario en general con una desburocratización y flexibilización dando un espacio a la autonomía de la voluntad de los socios. Asimismo, revisar la Ley general de sociedades de acuerdo a las necesidades actuales de la sociedad argentina proponiendo instrumentos útiles para los que ejercen el comercio tutelando el interés social en equilibrio con el interés de los socios y de los terceros que se vinculan con la sociedad.

El proyecto de reforma del año 2019, establecía dentro del capítulo I y Sección 1, Artículo 1. "De la existencia de sociedad", a las "*Sociedad con otra finalidad. El contrato social 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. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios.*"

Con esta propuesta que reconocía la sociedad con otra finalidad hay una deconstrucción de una pauta cultural y de ciertos principios que consideran a la sociedad con una finalidad lucrativa. Es la muestra de la autonomía de la voluntad de los socios Si semejante herramienta es configurada con fines "extrasocietarios" y (a través de ellos) de cualquier forma constituye un recurso para perjudicar a terceros la respuesta es general a tales hipótesis: la desestimación de la personalidad. Así de sencillo. No cabe pues generar alarma ni levantar sospechas infundadas por esta utilización de un mecanismo moderno concebido en beneficio de la economía y la circulación de bienes.¹⁰

Se podría admitir sociedades que prevean cualquier destino para los beneficios, incluyendo no repartirlos entre los socios, por lo cual varía significativamente la causa fin de la sociedad quedando supeditada a la voluntad de los socios con el único requisito el voto unánime de los socios.

Por lo cual, se consagra la posibilidad de existencia de sociedad sin objeto lucrativo o con un propósito múltiple, lo cual significa una notable transformación del concepto mismo de sociedad tal como se lo ha venido reconociendo tradicionalmente, desdibujando incluso las clásicas fronteras entre sociedades y asociaciones. De tal suerte, se torna prácticamente redundante el art. 3° de la ley 19.550 que, manteniendo en el proyecto su redacción actual, reconoce las llamadas "asociaciones bajo forma de sociedad" en cuanto dispone que ellas "quedan sujetas a las disposiciones de esta ley."¹¹

De tal forma la sociedad puede ser también un instrumento idóneo y pertinente para perseguir beneficios más genéricos en el marco de la actividad económica, en especial dentro de las acciones de responsabilidad social, empresas sociales y/o de interés y beneficio colectivo como antes hiciéramos referencia y que el beneficio pueda ser de cualquier clase y no solo mensurable en dinero e incluso que la finalidad de la sociedad sea ajena a toda generación o reparto de beneficios.

Esta novedosa propuesta superaría la controversia sobre el fin económico o lucrativo con el que es ínsito de la sociedad, para receptar la doctrina que advierte cierto debilitamiento del ánimo de lucro como elemento causal del contrato y un desplazamiento del centro de gravedad del sistema societario desde sus bases causales a sus bases estructurales, es decir,

¹⁰ Gebhardt, Marcelo, "Una evolución auspiciada", J.A, N° Especial, 2020, T.II, Buenos Aires, 17/06/2020.

¹¹ Cracogna, Dante, "La noción de sociedad en el proyecto de reformas de la Ley General de Sociedades", en Calcaterra Gabriela- Lencova Besheba, Liuba (Coords), Proyecto de reformas a la Ley General de Sociedades, JA, Núm., Esp., 2020 II, fasc. 12, p. 51 y ss.

la configuración de la sociedad como un fenómeno organizativo neutral o independiente de la índole o naturaleza del fin.¹²

Pensar sociedades con otro fin o con la adecuación manifestada representaría un instrumento útil que nuestra ley general de sociedades aportaría en Argentina sin requerir una ley específica para la regulación de las sociedades BIC (Beneficio e interés colectivo), empresas sociales, empresas de familia, etc sin que ello implique riesgo para la sociedad o para los administradores.

V. Uniformidad del régimen de sociedades y asociación.

La ley general de sociedades legisla a la sociedad y no a la empresa aunque ésta a través de la organización de medios y actividades “producción o intercambio de bienes o servicios” es receptado en el art. 1º de la ley.

Si consideramos el art. 1 de la LGS y su armonización con el art. 3 LGS recordemos que en el régimen de la ley de sociedades el objeto no hace a la comercialidad de las sociedades: su naturaleza de tales se determina por la adopción de uno cualquiera de los tipos legislados conforme el art. 3 LGS.¹³

Bajo una mirada amplia del concepto de sociedad del art. 1º se debilita el ánimo de lucro como un elemento causal del contrato y se produce un desplazamiento del centro de gravedad del sistema societario desde sus bases causales a sus bases estructurales, es decir, la configuración de la sociedad como un fenómeno organizativo neutral o independiente de la índole o naturaleza del fin.¹⁴

La comprensión de la compleja noción de sociedad y de la empresa y su relación con el concepto de estructura y organización en sentido amplio y no de fines, permite avizorar vías de interpretación más extensas y más relacionadas con las concretas realidades sobre las cuáles cabe referir la sociedad, abierta al desarrollo de objetos lícitos no estrictamente económicos y posibilitando el acceso a su estructura a los efectos de concretar plausibles iniciativas.¹⁵ Entendiendo el concepto de sociedad y empresa y su relación de manera amplia con el concepto de estructura y organización nos permite interpretar a las asociaciones que establece el art. 3 LGS permitiendo la utilización de la estructura societaria para su funcionamiento, es una opción más que da la ley para organizar la actividad grupal asociativa que no lesiona ningún interés público ni derechos de terceros. De tal manera habría una coherencia entre lo establecido en el 1 y 3 LGS donde se sostiene la viabilidad jurídica de esta forma asociativa en la actualidad desplazándose el ánimo de lucro como centro del sistema y como elemento diferenciador de la sociedad y la asociación civil, hacia la búsqueda de otros criterios como la estructura o la forma adoptada.

VI.- Consideraciones finales.

Estas transformaciones o evolución del derecho o nuevas miradas del derecho societario y asociativo deben reflejar adecuaciones específicas en la organización y funcionamiento de las entidades jurídicas que existen en armonía con todo el sistema jurídico y con respues-

¹² Paz Ares, Cándido. “Animo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2), en Derecho Mercantil de la Comunidad económica europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena, Civitas, Madrid, 1991, p.729 y siguientes).

¹³ Halperin, I., “Curso de Derecho Comercial”, Depalma, Bs. As, 2000, 4º Ed, p. 280.

¹⁴ EMBID IRUJO, José Miguel, “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro.” Revista V-E-H, t.1 2003, pág. 83.

¹⁵ Ragazzi, Guillermo, Academia Nacional de Derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Instituto de Derecho Empresarial, “Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial”, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 121

tas a la situación y realidad compleja que estamos transitando en lo económico y social. La propuesta de sociedades con otra finalidad, es decir, admitir que al lado de la causa fin de obtener utilidades a distribuir entre los socios con la consiguiente carga de soportar las pérdidas, la sociedad también pueda ser un instrumento idóneo para perseguir beneficios más genéricos en la proyección de su actividad económica en especial atendiendo su impacto en lo social y ambiental. Estos cambios en el derecho societario nos permite darle un encuadre jurídico para actividades benéficas, de interés colectivo, mixtas, diluyendo la clásica división entre persona jurídica con o sin fin de lucro destacando lo estructural de la figura jurídica. Por las consideraciones realizadas podría pensarse en una convergencia en la estructura organizativa de la sociedad y las entidades del sector de la economía social y solidaria que supera y trasciende el enfoque que vincula a la sociedad con una finalidad económica, más allá de las especificidades en su naturaleza que poseen dichas entidades.

LAS SOCIEDADES DEL CAPÍTULO I, SECCIÓN IV DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES SON PERSONAS JURÍDICAS CON PLENOS ATRIBUTOS

Alfredo L. Rovira ¹

Como ya anticipé en un artículo que de algún modo trató la cuestión de las Sociedades de la Sección IV y su vinculación con las Sociedades Civiles del Código Civil², la ley 26.994 que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CC y C”), introdujo pocas pero importantes modificaciones a la Ley 19.550 que pasó a denominarse Ley General de Sociedades (en adelante, “LGS”) todas enderezadas a flexibilizar el régimen hasta entonces imperante pero, como nota característica común, fundamentalmente tendiendo a dar mayor campo de acción a la autonomía de voluntad de las partes. De ahí que me tomo la licencia de repetir conceptos ya hechos públicos en disertaciones o publicaciones de este autor agregando algunas novedades fruto de la experiencia vivida a partir de la reforma de 2015 al ordenamiento general con impacto en el derecho societario.

La nueva redacción dada a la Secc. IV del Capítulo I de la LGS ha cambiado el paradigma de las anteriormente concebidas como sociedades irregulares y de hecho, originalmente calificadas como sociedades precarias, con personalidad restringida y responsabilidad de los socios ampliadas al máximo.

Existe una pacífica interpretación de que la sociedad es un sujeto de derecho. Desde que la reforma de la Ley 17.111 incorporó al Código Civil el reconocimiento expreso que la sociedad es una persona jurídica privada, noción reafirmada por la Ley 19.550 en su Art. 2, surge así un contrato con efectos especiales y únicos pues es el único acto jurídico en el ordenamiento que tiene como resultado dar nacimiento a un sujeto de derecho. De ahí que varias veces dijese sin hesitar, que el contrato de sociedad es un contrato fenómeno dentro del cuadro de los contratos pues es el único que tiene por efecto inmediato dar nacimiento a un sujeto de derecho. Y esta conclusión es válida cualquiera sea la naturaleza de la sociedad, ya sea porque sus actividades sean de naturaleza civil o comercial; ello así por cuanto a partir de la reforma la tradicional distinción de la sociedad civil o comercial, así como la de sociedad tipificada o no, ha pasado a un segundo plano pues cualquiera sea la categoría de sociedad – tipificada o no- ella es un sujeto de derecho.

Cambió así en forma sustancial el enfoque pues, en forma diversa al criterio del legislador de la Ley 19.550 originaria hoy no sólo no se desincentiva el uso de las sociedades que adolecen en todo o en parte de recaudos formales sino que se las recibe con generosidad dándoles un claro régimen de responsabilidad atenuado respecto lo que significaba el ordenamiento anterior y también con pleno respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. Como anticipamos, esta tendencia a favor de la amplia recepción de la autonomía de la voluntad se profundizó con la posterior sanción de la Ley 27.349 que incorpora al ordena-

¹ Profesor Consulto Titular a cargo de Cátedra de Derecho Comercial. Facultad de Derecho – UBA.

² “Status actual de las sociedades civiles preexistentes al Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3 Contratos comerciales, Rubinzal – Culzoni Editores, p. 255.

miento argentino a la Sociedad por Acciones Simplificada o SAS.

En este aspecto señalamos la coherencia entre lo que significa esta reforma y el modo en que el CC y C regula las ineficacias. Conforme el Libro Primero, Título IV (que regula a los hechos y actos jurídicos), Capítulo 9 del CC y C, a partir del 1 de agosto de 2015 en el derecho argentino sólo se reconocen dos modos de ineficacia de los actos jurídicos, a saber, la nulidad (Arts. 383 a 392 CC y C y Arts. 16 a 20 LGS) y la inoponibilidad (Arts. 144 CC y C y 54 LGS). Como corolario, la LGS no sólo confirmó varias cuestiones troncales introducidas novedosamente para el derecho de las sociedades en Argentina en el año 1972 por la Ley 19.550 sino que, a su vez las profundizó. Así, podemos señalar varios aspectos salientes derivados de la modificación introducida a la Secc. IV del Capítulo I de la LGS, tales como:

Se consolida el valor del acto jurídico (contrato) como generador de un nuevo sujeto de derecho y, por tanto, centro de imputación de intereses, actos y hechos jurídicos reconocidos en forma expresa en el Art. 2. Y tal noción se mantiene a pesar de incorporarse al régimen jurídico a la sociedad unipersonal ya que si bien ella nace de una declaración unilateral de voluntad, éstas también se regulan supletoriamente por las normas comunes a todos los contratos. En efecto, hoy una sociedad podrá ser el fruto de un contrato (Art. 957 CC y C, y Art. 1 LGS o, simplemente, cuando se trate de una sociedad unipersonal, de una declaración unilateral de voluntad (Art. 1800 CC y C y Art. 1 LGS). El CC y C reconoce expresamente el valor de la declaración unilateral de voluntad como causante de una obligación jurídicamente exigible y por tanto al tiempo que la reconoce como una fuente especial de obligaciones la mantiene dentro del campo genérico contractual ya que, como señalamos *ut supra*, el CC y C le hace aplicable en forma supletoria las “normas relativas a los contratos” (Art. 1800, in fine, CC y C).

También consolidó la noción de sociedad como persona jurídica diferenciada de la persona de los socios. Antes de la reforma se sostenía que esa personalidad era “limitada”, como la caracterizó alguna doctrina³, en tanto no se le reconocía el carácter de sujeto de derecho a los fines de la adquisición de bienes registrables (aunque esta cuestión también era controvertida en doctrina)⁴. Ahora, por virtud de la reforma, la sociedad quedó habilitada para adquirir bienes registrables con sólo acreditar ante el registro de bienes registrables su existencia y las facultades de quien actúe como representante con el reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios (Art. 23 LGS)⁵. Ello no es más que una ratificación del

³ La sociedad irregular de la original Ley 19.550 hasta su reforma por la Ley 22.903 de 15 de Setiembre de 1983 (t.o. por Decreto N°841/84), se decía que tenía una personalidad “precaria y restringida”. Precaria, porque cualquiera de los socios podía exigir la disolución en forma directa o resultaba una facultad explícita para provocarla si solicitada la regularización la misma no era posible por no alcanzarse la mayoría. Además se decía que la personalidad era restringida, porque no se le reconocía personalidad diferenciada a los fines de la adquisición de los bienes cuyo dominio requería registración

⁴ Si bien ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades..., 2ª ed., citado, T. I, págs. 504/6 comparte nuestra opinión, no por ello dejó de citar posiciones antagónicas en fallos y doctrina. Para la demostración de que las disposiciones de la LSC no eran limitantes a la personalidad, NISSEN, Ricardo A., Sociedades irregulares..., citado, págs. 69/70; ROMERO, José Ignacio, Sociedades irregulares y de hecho, citado, 2ª ed., 2012, págs. 190/6. Dichos autores sostuvieron que pese a la falta de la posibilidad de registrar los bienes a nombre de la sociedad, podían sin embargo formar parte de su patrimonio, ETCHEVERRY, Raúl A., Sociedades irregulares..., citado, pág. 220; NISSEN, Ricardo A., Sociedades irregulares..., citado, págs. 81/4, y jurisprudencia y doctrina allí citados. También Cám. Com., Sala E, 30.11.2011, López c. Caridad, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 13, 2012, N° 3, pág. 165.

⁵ La reforma del año 83 a la Ley 19.550 se hizo eco del clamor de importante parte de la doctrina que propició mecanismos para que, en lugar de fomentar la desaparición del sujeto, el mismo pudiese continuar su existencia bajo un modo distinto al de la “transformación” por cuanto dicho método de reorganización está reservado exclusivamente para la sociedad tipificada. Así surgió la novedad de la posibilidad de “regularizar” la sociedad conforme lo autorizaba el Art. 22 en el texto aprobado por la Ley 22.903. De tal modo se limitó la calificación de “precaria” pero la disolución solo podía evitarse si la mayoría (de los socios, no del capital) resolvía la regularización, es decir, la adopción de alguno de los tipos regulares, con derecho al retiro de los que votaron en contra. La parte de quienes se retiraban se liquidaba de conformidad con el Art. 92 (Art. 22, cuarto párrafo).

valor de la autonomía de la voluntad de los socios.

Se afianzó la conclusión que las sociedades reguladas en esta Sección constituyen una “clase” de sociedad distinta de aquellas otras constituidas regularmente conforme alguno de los tipos previstos por la ley. Ello así por cuanto la nueva regulación extiende el campo de acción de la regulación societaria no sólo a las sociedades con vicios de forma sino también a aquellas que padecen un defecto de fondo tan significativo como es la falta de tipicidad (ver Art. 21 LGS); y

Consagró explícitamente el valor de la autonomía de la voluntad y el valor del contrato se incrementó no sólo respecto de los socios sino también respecto de terceros que lo conociesen. Bajo el régimen de la Ley de Sociedades Comerciales el contrato social tenía un valor relativo ya que (i) no podía establecer limitaciones o regulaciones en torno a la responsabilidad que sólo se concebía como solidaria; (ii) ningún socio podía invocar entre sí ni respecto de terceros derechos o defensas nacidos del contrato social; (iii) se dejaba sin efecto por tanto el régimen de representación legal que se hubiese estipulado contractualmente en tanto frente a terceros cualquiera de los socios representaba a la sociedad. En cambio, la LGS le da pleno valor al contrato social ya que (i) puede ser invocado entre los socios y es oponible a terceros si se prueba que lo conocían al tiempo de contratar o de surgir cualquier relación jurídica, incluso en lo relativo a la representación y administración societaria (Arts. 22 y 23 LGS); (ii) las cláusulas relativas a la representación, la administración y organización jurídica son plenamente oponibles y exigibles entre los socios (Art. 23 LGS); (iii) el contrato vale a los fines de adquirir a su nombre bienes, incluso los registrables (Art. 23, in fine) y (iv) los socios pueden pactar solidaridad en su régimen de responsabilidad y también pactar un modo de regir la responsabilidad simplemente mancomunada que no sea por igual y tal régimen puede ser oponible a los terceros que conozcan el contrato (Art. 24 y Art. 22).

Como conclusión, la Sociedad de la Secc. IV, Cap. I deja de ser una sociedad penalizada para pasar a ser una de las tantas formas legales alternativas que el legislador propone para aquellos que deseen llevar adelante un emprendimiento en forma conjunta asociándose entre sí y dando lugar a la creación de un nuevo sujeto de derecho. De ahí que a partir de la reforma mencionase varias veces a esta clase de sociedades como “sociedades alternativas” o “sociedades simples” a pesar de que la LGS no les asigna un nombre particular.

Si se advierte con cuidado el nuevo art. 25 de la LGS la norma reconoce un vínculo que ya no es tan débil como preveía la original ley 19.550.

Para comodidad del lector transcribo el texto de la norma:

ARTICULO 25. — En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. A falta de acuerdo unánime de los socios, la subsanación puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. En caso necesario, el juez puede suplir la falta de acuerdo, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme podrá ejercer el derecho de receso dentro de los DIEZ (10) días de quedar firme la decisión judicial, en los términos del artículo 92.

Disolución. Liquidación.

Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita del 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. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley.

(Artículo sustituido por punto 2.12 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1° de agosto de 2015, texto según art. 1° de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

La norma consagra el principio de la autonomía de la voluntad y abre posibilidades para que, en cualquier momento, así como los socios puedan subsanar los defectos que le impidan calificar como uno de los tipos previstos por la ley restringe la facultad de los socios para provocar la disolución de la sociedad si el contrato contempla un plazo de duración.

El propósito de la norma fue por un lado dar cabida a las sociedades civiles existentes a la entrada en vigencia de la reforma introducida por la Ley 26.994 pero, al mismo tiempo, consagrar el principio de la autonomía de la voluntad en el microsistema societario.

Por otra parte, la economía de la Sección IV a mi juicio presenta a esta forma societaria como un sujeto de derecho con los alcances que le fija el régimen en el sentido de poder adoptar tipos o remediar sus defectos pero en modo alguna hay incertidumbre respecto de la personalidad y de su subsistencia cuando hay un plazo contractualmente fijado, pues la regla es que los socios se someten a lo pactado, sin excusa.

Con el enfoque antedicho no puede caber duda alguna que esta forma societaria es viable para originar una empresa con todos los recaudos contables que imponen los Arts. 320 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación ("CC y C") y, por ende, a los fines legales encuadran en la obligación impuesta por el antedicho Art. 320 debiendo llevar una contabilidad ordenada y en forma legal.

La referida norma nos introduce a otra cuestión que ya ha generado debate, cual es, si esta forma societaria requiere o no de su inscripción. De la Sección IV queda claro que estas sociedades no requieren de inscripción en un Registro Público para ser reconocidas como personas pero en función de lo normado en el Art. 320, 1er párrafo tienen plena potestad de solicitar su inscripción y la habilitación de sus registros o rubricación de libros como se establece en la Sección 7ª. de la Parte General que trata de los Hechos y Actos Jurídicos el CC y C. De ahí que concluyo que la norma habilita la posibilidad que el Registro Público de cada jurisdicción habilite una sección de sociedades de la Secc. IV con la aclaración que de ello no se debe inferir la obligatoriedad del registro que, repito, queda totalmente abierta a la autonomía de la voluntad de los socios y sólo tendrá por fin cumplir con el objetivo de dar a publicidad sus actos.

Lo antedicho implica asignarle al Registro Público la función de publicidad ya que de tal modo la sociedad daría publicidad no sólo de su existencia sino también de los actos sociales que traten de la integración de su órgano de administración y, eventualmente, de reformas al contrato social para beneficio de los terceros que contraten con ella. Lo antedicho es totalmente compatible con la obligación fiscal de inscribirse en AFIP y en las agencias tributarias locales a los fines del Impuesto a los Ingresos Brutos y, por supuesto contar con un CUIT que también le permitirá cumplir con las obligaciones laborales y previsionales respecto del personal que contrate.

La Sección IV ha dado cabida a una realidad sustancial, cual es la existencia de la sociedad informal, la de hecho, la que carece de algún requisito, sea el que fuere que no habrá de ser desnaturalizada por razón de la inscripción de su contrato y actos sociales que la LGS requiere dar a publicidad en términos generales, para todas las sociedades.

Lo antedicho lleva implícita otra cuestión también azarosa en nuestra doctrina, cual es el rol a cumplir por el Registro Público en esta instancia. Dando prioridad al objetivo legal de reconocer a estas sociedades informales y abiertas a la voluntad de sus socios no tiene sentido y, por ende carece de contenido cualquier pretendido control de legalidad que el Registro Público pretendiese atribuirse, tal como lo requiere para las sociedades anónimas el art. 167 LGS. En concreto, la publicidad voluntariamente acogida por los socios sólo dará una mayor certeza en las relaciones comerciales.

Nos guste o no, la Sección IV del Capítulo I de la LGS ha dado lugar a lo que yo llamo una nueva categoría o clase de sociedades a las que no cabe privárseles de ninguno de los derechos que el legislador ha concebido para las personas jurídicas de derecho privado.

LAS PYMES COMO MOTORES DEL PROGRESO

Gustavo Adrián Somoza López

PONENCIA

Definición de pymes:

Ante todo daré el encuadre para definir que es pyme. Pyme se refiere a todo el universo de empresas, salvo las que tiene mayor porte en cantidad de empleados y facturación. Si hablamos de Mipymes (micro, pequeñas y medianas empresas), estamos incluyendo a las microempresas, es decir a los emprendimientos unipersonales o de pocas personas con una facturación pequeña. Pueden ser pymes empresas de tipo industrial, de servicios, comercios, agropecuarios, minería y construcción. Aunque las empresas cooperativas en general tienen un status diferente están también incluidas en los registros de muchas instituciones públicas o privadas como pymes, siempre y cuando cumplan los requisitos. La medición se realiza en función de las ventas totales anuales como promedio de los tres últimos ejercicios comerciales o años fiscales cerrados, excluyendo el IVA, el impuesto interno que pudiera corresponder y el 75% del monto de las exportaciones. Según este criterio, a marzo de 2022 se consideran micropymes a las empresas que facturen menos de \$ 25 millones anuales si son de construcción, \$13 millones las de servicios, \$57 millones en comercio, \$ 45 millones en minería e industria y \$30 millones en agro. El tope de la escala para las pequeñas empresas son de \$148 millones, \$ 80 millones, \$350 millones, \$ 326 millones y \$ 116 millones en las mismas categorías. Para las empresas medianas, las empresas deben facturar menos de \$1200 millones si son de construcción, 940 millones en servicios, 3698 millones en comercio, 3955 millones en minería e industria y 1099 millones en agro.

No pueden ser consideradas pymes las siguientes: a. Toda empresa que supere los valores consignados será considerada grande y no puede ser aceptada como pyme. b. Servicios de hogares privados que contratan servicio doméstico. c. Servicios de organizaciones y órganos extraterritoriales. d. Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria. e. Servicios relacionados con juegos de azar y apuestas. f. Los socios de sociedades/ directores que no ejerzan una actividad independiente y g. Las organizaciones sin fines de lucro.

El registro nacional permite registrar a una pyme en función de su cantidad de empleados y no por su facturación, solo en casos de actividades de comisionistas, consignatarios o de agencias de viajes. Para las microempresas, los topes son de 5 a 15 personas, según el rubro. Las pequeñas pueden emplear 10 personas en el caso del agro y hasta 60 en el caso de las industrias, en tanto que las empresas medianas pueden llegar a contratar hasta 655 empleados en el caso de industrias. Con la definición del encuadre que damos para este trabajo a la pyme empezaremos a analizar no solo la normativa vigente sino los efectos de la misma y de qué modo podemos hacer más fácil el camino de generación de riqueza dual de las pymes. Por qué digo dual, porque genera la riqueza propia de su facturación pero también la de los trabajadores que siendo una de las principales usinas de empleo genera en la comunidad donde están insertas.

Concepto de sociedad. Personalidad jurídica:

Sabemos que la definición de sociedad en nuestro derecho surge del art 1 de la Ley General de Sociedades al expresar 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. Ahora bien ante ello debemos analizar si ese ropaje que le permite a través de los diferentes tipos sociales a las pymes la ley usar, sirva o no como eficaz instrumento para tornar a la pyme en una persona jurídica dinámica con reducción de riesgos y con aumento de productividad, o si con la regulación societaria de modo excluyente alcanza para ello o es un sistema el que debemos analizar para evaluar si es un marco válido y útil para favorecer la acción de las pymes. Ante lo cual la respuesta es que la normativa societaria es una precondition pero no es suficiente, se debe evaluar el contexto normativo para evaluar de qué modo las y los operadores jurídicos podemos actuar para facilitar el accionar de las pymes, entendiendo a las mismas como eficaces palancas del desarrollo de nuestro país.

Claramente la definición de sociedad y la normativa que complementa respecto al alcance de la personalidad jurídica los artículos 2 y 54 de la LGS y el artículo 144 del CCCN, debemos evaluar las figuras del posible desvío en el uso de la herramienta que constituye la personalidad jurídica diferencias de sus socios de los diferentes tipos sociales regulados dentro de la LGS y fuera de dicho cuerpo normativo. “La ley 19550:54, párr. 3º, 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 extra societarios, 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 efecto, la acción se vale de un vehículo determinado, esto es, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria.” “Los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los “socios” y los “controlantes” de la sociedad; siendo éstos los únicos legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra de esta norma; en cuanto a la interpretación de la palabra “socios”, no ofrece dificultades interpretativas, se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios; en tanto la responsabilidad de los “socios” puede verificarse tanto por acción como por omisión.”¹

“... con abstracción de toda definición acerca de si los demandados pueden o no ser sujetos pasivos de la acción regulada por el art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550, lo cierto es que ésta última norma no brinda base jurídica alguna para sustentar una quiebra por extensión contra ellos. En efecto, como lo he precisado en anteriores ocasiones, 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).”²

¹ “MIGAL PUBLICIDAD S.A. c/ TI INTERTELE S.R.L. s/ ordinario” - CNCOM - 30/10/2014.

² “Construivial Técnica S.A. s/ quiebra contra Latorre Tulio Gabriel y otros sobre ordinario” - CNCOM - SALA D - 21/11/2011

“...No obstante que en nuestro derecho la personalidad de la sociedad, aún en formación, debe considerarse independiente y separada de la persona de sus socios, lo cierto es que no existe absoluta separación o independencia entre esa persona societaria y sus socios, toda vez que estos últimos son artífices de su origen, dueños de su voluntad y titulares últimos del interés al que aquélla, como medio técnico, sirve de instrumento (conf. Zaldivar, Enrique; “Cuadernos de Derecho Societario”; T. I; Ed. Macchi; Buenos Aires, pág. 156/7). Sentado ello, cabe señalar que la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica que se impetra, significa un apartamiento del principio según el cual la relación jurídica es imputada a la persona societaria y no a los socios que la integran (conf. Zaldivar; “Cuadernos...”; obra supra citada, pág. 158)...”³

“... La inoponibilidad de la persona jurídica (art. 54 3° párr. LSC) es el mejor instrumento porque custodia el interés de terceros de buena fe, mantiene la personalidad respecto de éstos, y permite a la sociedad anónima ajustar su capital luego de la declaración y continuar su vida como persona.” “La inoponibilidad requiere apartarse de la causa fin de la Sociedad Anónima para que salga a la luz la actuación de la sociedad como un mero recurso para permitir la comisión de alguno de los vicios de los actos jurídicos, que enumera (simulación – ejercicio abusivo del derecho – fraude) y así resulta en el caso al distribuirse acciones en fraude a los acreedores.”⁴

“El tema del abuso de la personalidad jurídica y su consecuente sanción de inoponibilidad constituye uno de los puntos más complejos del derecho privado patrimonial y del derecho societario. Es que la cuestión se entronca, justamente, con la noción que se tenga de la personalidad jurídica y, por ende, con el alcance que se confiera a este instituto. En ese marco, es dable apuntar que la persona jurídica es un ‘recurso técnico’ que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial (en igual sentido cfr. Junyent Bas, Francisco, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad jurídica”, en RDCO, Ed. Lexis Nexis, 2005-A, año 38, p. 256). No obstante la equivocidad del término “persona jurídica” ha traído aparejado en el ámbito del derecho un largo debate que aún hoy se mantiene, tal como lo explican Horacio Fargosi (“Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, LL, 1988-E, 796), Juan Dobson (“El abuso de la personalidad jurídica”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985), Federico de Castro y Bravo (“La persona jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, ps. 138/141), Gervasio Colombres (“Curso de derecho societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 53) y Carlos Molina Sandoval (“La desestimación de la persona jurídica societaria”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 2003, ps. 21 y ss.), entre muchos otros...” -“El legislador societario de 1983, introdujo mediante la Ley 22903, el párrafo 3° del art. 54 de la Ley 19550, que articula la denominada desestimación de la personalidad jurídica societaria. Si bien la doctrina mayoritaria entiende que la norma aludida introdujo en el derecho societario argentino el instituto del disregard of legal entity del derecho norteamericano, otro sector postuló que la reforma del artículo comentado no implicó la aceptación lisa y llana de aquella teoría anglosajona, ni tampoco el establecimiento de un sistema de desestimación de la personalidad como estructura legal, sino que atacó del modo más indirecto y suave posible el tema que se iniciara con la creación del art. 2° LS, al lo-

³ “Richard Hugo Hernán c/ Margus SRL y otros s/ ordinario”- CNCOM – SALA A – 30/06/2010

⁴ “Arrizubieta, Fermín s/Quiebra c/Calderón, Mirta L. y otros. s/Nulidad” -CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE NECOCHEA (Buenos Aires) – 06/10/2009

grar desmitificar con la introducción de aquélla norma lo relativo al alcance de la personalidad jurídica (cfr. Fargosi, Horacio, ob cit., p. 808; Etcheverry, Raúl, “La personalidad societaria y el conflicto de intereses”, en *Anomalías Societarias*, Ed. Advocatus, Buenos Aires, 1996, p. 30; Junyent Bas, Francisco, “Reflexiones sobre el abuso de la personalidad jurídica”, en *RDCO*, Ed. Lexis Nexis, 2005-A, año 38, p. 256). Lo importante es destacar que lo que el legislador quiso con el agregado en cuestión fue establecer dentro del campo societario la regulación específica del fraude, la simulación ilícita o el ejercicio abusivo de derechos, añadiendo el fin extrasocietario como vicio propio de la figura societaria en virtud del especial medio por el cual el apartamiento de la regulación de la persona jurídica se puede conseguir (cfr. Junyent Bas, Francisco, “Reflexiones...”, cit. supra). Es que, -incluso antes de la introducción del párr. 3° del art. 54, comentado- en materia de personalidad jurídica “el derecho aplica este remedio técnico mientras se mantenga dentro de los fines lícitos perseguidos y previstos por la ley”, toda vez que “cuando se aparta, la ley y el juez deben prescindir de tal personalidad, porque no puede emplearse con fines ilícitos, de engaño o de fraude” (Halperín, Isaac, “Sociedades comerciales. Parte General”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 90). De este modo, el art. 54, párr. 3° LS pasó a ocuparse de resguardar el uso debido del recurso societario (cfr. Fargosi, Horacio, “Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria”, LL, 1985-E, 713)...⁵

Productividad-regulación-riesgo-empleabilidad:

En este punto del presente trabajo abordare lo que podemos denominar el punto central donde las y los operadores jurídicos debemos evaluar que modificaciones debatir y proponer para poder mejorar el desarrollo de las pymes en nuestro país.

Al respecto claramente como he expresado de modo precedente la normativa societaria es un prerequisite pero no es suficiente. Nuestro país se caracteriza por una ley general de sociedades a la cual debemos actualizar y en el proceso de constitución no solo registral de las sociedades encuadrables en el concepto de pymes debemos simplificar. Cuando en el año 2017 se crea el nuevo tipo social de la Sociedad por acciones simplificada (SAS) (en la ley 27349 ley de apoyo al capital emprendedor) veía a colegas que defendían a la nueva norma como impulsora del fenómeno de los emprendedores, sin considerar que con una ley que defina un tipo social que simplifique los requisitos para su constitución y funcionamiento no alcanza para impulsar a los emprendedores (si bien es indudable que ayuda). Cuando defino al sistema normativo societario, incluyo al sistema tributario, dado que el estímulo a las pymes se dará no solo por simplificar la constitución, requisitos y funcionamiento de un tipo social en abstracto sin considerar un sistema tributario que en nuestro país no existe porque lo que en realidad tenemos es un sistema de cobranza de impuestos (y en muchos aspectos ineficiente), se puede decir que un país tiene un sistema tributario si las normas que lo integran están relacionadas y se ha hecho un análisis de costos y beneficios de la fijación de cada imposición tributaria de dicho sistema. No podemos seguir considerando que por regular un determinado tipo de sociedad vamos a lograr un impulso en el sistema económico, es como si un día el legislador para lograr mejorar la vida de los argentinos propugnara una reforma constitucional que en su artículo 1 la constitución nacional pasara a decir que a partir del momento de aprobación de la reforma constitucional en cuestión todos los habitantes de la Argentina serán felices. Con lo expresado ut supra,

⁵ TRIALMET S.A. c/ DESTEFANO Y FEUER CONSTRUCTORA S.R.L. s/ ordinario” - CNCOM - SALA A - 09/12/2008

no quiere decir que el Derecho es ajeno de la Económica, o que no interactúan, no, en realidad quiere decir todo lo contrario, pero lo que debemos evitar es caer en simplismos y si analizar todo lo que definí previamente como sistema societario en su conjunto. No puedo dejar de hablar de la vinculación indiscutible, a mi entender, entre Derecho y Economía sin incluir una reflexión de la teoría de los costos de transacción de Ronald Coase. En su ensayo de 1937, denominado *The Nature of the Firm*, el referido autor indicaba que la razón principal de la conveniencia del establecimiento de una empresa parecería ser la existencia de un costo en el uso del mecanismo de precios⁶.

En tal sentido, una empresa surgiría en aquellos casos en los que los costos de transacción de realizar el intercambio dentro de una empresa sean menores a los costos que se originarían si la transacción se llevara a cabo dentro del mercado. Es así que los costos de transacción pueden ser reducidos si es que una de las partes del intercambio tiene la autoridad suficiente para determinar los términos, alcances y oportunidad del intercambio de manera propia, tal y como lo hace un jefe. En razón de aquello, el intercambio negociado se deja de lado y se produce un intercambio dirigido de manera centralizada. En cuanto al tamaño de la empresa dicho autor nos expresa que una empresa tenderá a crecer hasta que los costos de organización de una transacción adicional dentro de la empresa iguallen a los costos de realización de la misma transacción por medio de un intercambio en el mercado abierto, o a los costos de su organización en otra empresa.”

En las palabras de los autores Hansmann y Kraakman el análisis económico del derecho ha tenido un fuerte y particular impacto en el derecho de las organizaciones en general. Una consecuencia de ello ha sido una creciente tendencia a ver el derecho de las organizaciones en términos contractuales. Más particularmente, el análisis económico está inclinado a ver de manera cercana todos los aspectos del derecho de las organizaciones como términos en un explícito o implícito contrato entre las partes intervinientes.” Si profundizamos esta teoría veremos que la sociedad bajo dicha perspectiva la empresa es un conjunto o nexo de contratos, conformado por los contratos con los diversos “actores” de la empresa, en tal sentido habrá contratos con los administradores (directores, gerentes, representantes), los trabajadores, los proveedores, los consumidores, los financiadores, etc. En tal sentido, la empresa, o de manera más precisa, el empresario representa el nexo, la unión, o el núcleo de todos los contratos que conforman la empresa y obviamente en el trasfondo de cada contrato tenemos una ecuación económica que fundamenta el motivo por el cual las partes deciden contratar, no podemos considerar que ante la falta de ese fundamento económico se opte por contratar igualmente. por ende podemos considerar que la sociedad de capital es un centro de imputación de derechos y obligaciones entre todos los interesados en la organización y desarrollo de la sociedad, por ende esta teoría ve al derecho societario como un mecanismo que reduce los costos de negociación dado que evita que los distintos stakeholders deban negociar los términos de cada contrato e incurrir en costos asociados a ello.⁷ Claramente si generamos un clima en que se facilita la acción de las pymes (lease normativa societaria, registral, tributaria) tendremos la precondition para que las pymes creen empleos en la comunidad donde se desarrollan. Al respecto también se debe evaluar

⁶ COASE, Ronald, *La Naturaleza de la Empresa*, en WILLIANSON, Oliver E. y Sidney G. WINTER (Compiladores), *La Naturaleza de la Empresa. Orígenes, evolución y desarrollo*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 38

⁷ HANSMANN, Henry y Reiner KRAAKMAN, *Organizational law as asset partitioning*, en *European Economic Review*, N° 44, 2000, p. 808.

que tipo de normativa laboral tenemos , dado que tanto la normativa comercial , como la tributaria como la laboral debe considerar que estamos ante un nuevo proceso global cual es la de la sociedad digital con innegable impacto sobre la actividad de las pymes y en la generación del empleo. Al respecto creo propicio recordar lo que en su obra El fin del trabajo el economista estadounidense Jeremy Rifkin en 1995 ya había planteado algo que ahora es más que notorio cual es el declive de la fuerza del trabajo global y el nacimiento de la era pos mercado. Ante ese escenario imaginemos que podemos hacer en una sociedad como la argentina, periférica, país que no es rico sino que es país con recursos naturales y en este contexto global si a las generadoras de la mayoría del empleo le dificultamos el accionar desde su constitución veremos cómo esta sociedad continúa un proceso de deterioro creciente y marginalidad creciente.

IV. Conclusiones

Mi deseo es que ahora luego de las pocas líneas que escribí en la presente pueda lograr que por un momento pensemos como desde nuestro rol de operadoras y operadores del Derecho evaluemos, debatamos y propongamos alternitvas para facilitar y estimular el desarrollo de las pymes en nuestro país. Es cierto que la regulación societaria mejora la vida de la gente porque si bien no es cierto que por su mera existencia va a lograr que haya más pymes, pero si con una regulación simplificada y lógica (jurídica y económicamente) va a lograr es referido desarrollo, porque una normativa societaria moderna va a reducir los costos del empresario que necesita de la sociedad como instrumento para la realización de negocios y con ellos para la generación de la riqueza que es imprescindible si queremos que nuestra sociedad no tenga más una tara como la pobreza y la exclusión . El derecho societario es importante, pero no podemos considerar que es lo único sino que debemos verlo como indique de modo precedente como un sistema, no solo jurídico sino integrado a la Economía, solo no puede lograr la mejora en la vida pero puede de modo indudable mejorar la vida de las personas en la comunidad donde regule, y ello se vincula a que no tiene sentido hacer Derecho sino consideramos a la persona humana que está detrás de todo el Derecho, también del Societario.

PERSONA JURÍDICA, SOCIEDAD Y EMPRESA

Christian Taliercio

SUMARIO

En un mundo globalizado y digital, con una expansión constante de los usos y aplicaciones de la inteligencia artificial, donde las fronteras nacionales no coinciden con las de las empresas, la forma jurídica que adopta la actividad empresarial es la más conveniente a sus necesidades y no las que imponen normas rígidas de un determinado ordenamiento jurídico nacional. El concepto de personalidad jurídica no puede entonces entenderse comprendido en un conjunto de normas imperativas que busquen aplicar modelos estrictos y no flexibles de organización, restando espacio a la autonomía de la voluntad.

La personalidad jurídica de la sociedad es la estructura que sirve de vehículo a su organización, y que tiene como característica saliente la limitación de responsabilidad de sus socios y la transmisibilidad de las participaciones. Debe entenderse regida mayormente por la autonomía de la voluntad para regular las relaciones internas de los socios, y con un conjunto de normas contractuales o legales, y éstas últimas supletorias o a veces imperativas, para regir las múltiples relaciones externas a través de las cuales se desarrolla su actividad.

PONENCIA

1) El concepto clásico en nuestro derecho. Colombres expresa que las teorías de la ficción y de la realidad fueron superadas por el desarrollo de Kelsen en “Teoría General del derecho y del Estado”, concluyendo que el término persona es propio del derecho y que la “persona física” como la “persona jurídica” son siempre construcciones normativas.

En relación a la persona humana, expresa que es un término que no es sinónimo del ser humano, sino que solo se refiere a los derechos y obligaciones que éste puede adquirir. En relación a la persona jurídica, el término hará alusión a “...la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, generando un punto en común de imputación de aquellos actos humanos determinados por el mismo orden”¹. En otros términos, el derecho reconoce personalidad jurídica diferenciada a la actividad colectiva del hombre, bajo ciertas reglas.

Es lógico, entonces, que hable de la expresión “personas colectivas”, como el mismo Colombres hace en su obra, y que se describa como “orgánica” la actuación de diversos individuos en el marco de la competencia prevista en el orden jurídico que regula un tipo social y la persona jurídica en particular (estatuto). La formación de la voluntad de las sociedades depende de la organización conforme a un orden normativo, lo cual permite que el resultado de los actos de sus miembros se impute a la persona jurídica sociedad.

Destaca el autor que sigo que “...el órgano es entonces aquella estructura normativa que determina cuando y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo o la de varios serán imputados en sus efectos a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial”.

2) Este razonamiento, sustento de nuestra ley 19550, hace referencia a la sociedad como contrato plurilateral y de organización, con rasgos institucionalistas y una fuerte impronta

¹ Colombres, Gervasio “Teoría del órgano en la Sociedad anónima”, editorial Abeledo Perrot, 1964, pág. 21.

de normas imperativas en la parte general y al delinear los aspectos típicos de cada figura. Con este sustento se explica la distribución de competencias funcionales en administración, representación, gobierno y fiscalización, el principio de tipicidad, y una cantidad de normas tuitivas indisponibles para las partes.

3) La mirada no se centra en las necesidades del empresario², en como favorecer el desarrollo de actividades mercantiles, sino en custodiar celosamente los riesgos y responsabilidades que estos emprendimientos pueden acarrear -incluso a pesar del evidente fracaso en lograrlo-, llegando a dictar una cantidad de normas imperativas en protección de quienes crearon la estructura y participan del proyecto (por ej. art. 13, 69, 30, 31 entre otras numerosas de la LGS), y desatendiendo en gran parte los vínculos externos de la sociedad, que son regidos por leyes muchas veces contradictorias en sus soluciones con las de derecho societario. Esta mirada contrasta con los desarrollos de Europa, Asia, Estados Unidos y parte de América Latina durante los últimos treinta años.

4) Sin embargo, ya en 1951, explicaba Ponferrada que en numerosas sentencias de las cortes de Estados Unidos se entendía al director de una corporación como un *trustee*, o sea, una persona investida de un trust, alguien a quien se encomienda la administración de ciertos bienes en provecho de otros. Y que el *"...vocablo inglés trustee tiene su mejor traducción en el término fiduciario, pues las raíces de ambos sugieren lo mismo: confianza..."*.

El mismo autor explica que la mutación progresiva de los negocios ha impuesto que los deberes fiduciarios de los directores se proyecten sobre la compañía, los accionistas y los terceros. Esta posición fue con los años ampliada por autores de la talla de Easterbrook y Fischel³, quienes al delinear a la sociedad como un *nexus of contracts* encuentran que la persona jurídica resume en su esencia una serie de contratos o acuerdos implícitos que involucran relaciones con los socios, bonistas, administradores, proveedores, empleados, clientes, etc.

Esta mirada contractualista explica a la corporación como algo más que un simple contrato, como un nexo en el confluyen diferentes tipos de contratos -implícitos y explícitos⁴- tanto dentro de la corporación, como entre la corporación y partes externas. Las relaciones e intereses que confluyen en la empresa, otorgan una forma flexible de organización que responden a las necesidades del empresario y se traducen en la optimización económica de diversos factores para la más eficiente producción de bienes o servicios, disminuyendo el campo de la imperatividad.

5) Por su parte, más recientemente, Jesús Alfaro⁵ en el derecho español, sostiene que la persona jurídica es un Patrimonio organizado o autónomo, dotado de agencia (administración). Es este fenómeno el que permite a uno o varios individuos "actuar unificadamente". *"Es decir, que la personalidad jurídica es la institución que permite la unificación de los grupos de individuos como sujetos participantes en el tráfico..."*, centrando la mirada en la

² Sobre esta temática, lleva a la reflexión la siguiente frase *"...El Derecho no sólo constituye un instrumento de tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos sino también un poderoso mecanismo para promover o, en su caso, impedir el progreso, la innovación, el crecimiento económico y los avances sociales..."*. Aurelio Gurrea Martínez "La sociedad por acciones simplificada como paradigma de innovación jurídica: Una reflexión sobre la función social de los investigadores de Derecho a partir de la experiencia de la SAS en Colombia" fuente: Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas <https://www.derechoyfinanzas.org>

³ "The economic structure of corporate law", 1991. *"...el derecho corporativo complementa, pero nunca sustituye, las negociaciones reales..."*. Puede leerse para ampliar su posición y crítica: "La corporación como sociedad imperfecta" de Braian McCall, editorial Marcial Pons, Madrid, 2015 (traducción) págs. 29 a 35.

⁴ Sobre el tema ver Bainbridge "Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes", 19 Pep L. Rev. 971, 1005 (1992), nota 12. Entre otras menciones y la profundización del tema destaca su pensamiento *"... la empresa es una ficción jurídica que representa un complejo conjunto de relaciones contractuales. En otras palabras, la empresa no es una cosa, sino un nexo o red de contratos explícitos e implícitos..."*.

⁵ Alfaro, Jesús "Personalidad jurídica y sociedad", fuente www.almacenederecho.org, Publicado el 24 de Octubre de 2019.

organización a partir de un patrimonio y pautas para su administración.

6) En otras palabras pero igualmente buscando la simplificación de términos y formas Reyes Villamizar⁶, “...tal vez el debate contemporáneo no se refera tanto a si la personalidad jurídica de la sociedad corresponde a una ficción, a una realidad, a una institución jurídica o a un simple contrato, sino más bien a la medida en que los atributos mencionados tienen aplicación práctica. En todo caso, las doctrinas contemporáneas tienden a restarle valor a tales concepciones teóricas para considerar a la sociedad como un simple esquema jurídico de organización empresarial...”⁷.

La aparente simpleza de estas palabras no es tal. Importan dar a la discusión sobre la naturaleza de la persona jurídica sociedad un mirada centrada en el desarrollo de la actividad empresarial y no en el reglamentarismo y normas imperativas. En este sentido, no puede dejar de advertirse que viejos dogmas han perdido vigencia, y que otros son seriamente cuestionados:

La pluralidad de personas para admitir la utilización de una estructura societaria (en nuestro derecho la SAU, la SAS y la SRL ó Colectiva devenidas en unipersonales -art. 94 bis LGS-).

El debilitamiento del principio de tipicidad: Montalenti⁸ publicó en 2015 el trabajo “Las nuevas formas organizativas de la actividad económica: el derecho societario “de tipos a modelos” explicando con suficiencia lo que él denomina “la decadencia de un principio”⁹. En nuestro derecho los arts. 17, 21 y ccdtes.

El cuestionamiento de la causa fin tradicionalmente admitida. El juego de los arts. 1 y 13 LGS para explicar la finalidad de lucro como la causa fin de la sociedad imperativamente, cede terreno frente a la consideración de la visión de la sociedad como aquella estructura regida por la voluntad de los socios. Se tiende a abandonar la consideración de la necesaria participación en las pérdidas y las ganancias como norma imperativa atendiendo a la base contractualista del contrato¹⁰, siendo un buen ejemplo de ello la normativa de la ley 27.349 en cuanto regula

⁶ Reyes Villamizar, Francisco “Derecho Societario”, tomo I, cuarta edición, editorial Temis, Colombia, 2020, pag. 146/7.

⁷ Sobre regulación del derecho societario, y las necesidades del empresario para dar forma a su organización, se ha sostenido: “Traditional corporate law courses teach our students about what the law requires for corporations, their shareholders, and their officers and directors. The leading corporate law “casebooks” and hornbooks are books, first and foremost, about law, books where cases play a prominent role...”. “The subject can be approached by emphasizing in the first instance not what the law requires, but instead how individuals choose to structure complex economic organizations, and how legal institutions can facilitate those choices. For example, instead of teaching first that the law requires a corporation to be managed by or under the direction of a board of directors, we could ask first why a complex economic organization needs a governing board...”. Black, Bernard “Is corporate law trivial? A political and economic analysis” (1990). Fuente: <https://hq.ssrn.com/SSRN-id329240.pdf>

⁸ Montalenti, Paolo, catedrático de la Universidad de Turín, en trabajo publicado en XXIX Convenio de estudio sobre **los modelos de empresa societaria entre tradición e innovación en el contexto europeo**. Courmayeur, 18-19 septiembre 2015. En sentido similar, compartiendo sus fundamentos Embid Irujo “Fragmentos de derecho de sociedades”. Editorial Marcial Pons, Madrid 2020, pags. 27 y 28.

⁹ “... **La tipicidad de las sociedades: decadencia de un principio**. “...Las varias especies de sociedad - escribía Cesare Vivante en la cuarta edición del Tratado - se distinguen según las garantías que ofrecen a terceros; ...los socios que adoptan un tipo de sociedad son obligados, categóricamente, a prestar todas las garantías... de ley; no pueden evitarle o atenuarle sin pasar a otro tipo de sociedad... Las sociedades pueden distinguirse según la responsabilidad de los socios y según la estabilidad de su capital”. También en la vigencia del Código Civil, con la introducción de la srl, de todas formas estructurada como “pequeña sociedad por acciones”, Romano-Pavoni, en su volumen sobre la Teoría de la sociedad, dedicaba un capítulo entero a la tipicidad de las sociedades, consideraba “inadmisibles la constitución de sociedades atípicas”, aunque limitado a las “sociedades lucrativas”, precisando que también “organizaciones y estructuras”, y no solo el régimen de responsabilidad, son elementos que caracterizan a tipos de sociedad. **El mundo ha cambiado**: Con la aparición -in primis- de nuevas formas organizativas de la actividad económica (de la simple sociedad inmobiliaria a la simple sociedad-holding de participación, de las sociedades consorciadas a grupos de sociedades, de redes comerciales a sociedades profesionales, a los varios tipos de “sociedades legales”), posteriormente con el texto único de finanzas y la reforma del derecho societario y finalmente, con la desestructuración y “pluri-modulación” en “subtipos” de la srl. en la legislación sucesiva, el principio de tipicidad puede decirse, si no está configurado, ciertamente muy empañado en nuestro ordenamiento jurídico, con fuertes similitudes, con otros sistemas europeos: con una fórmula sintética podría decirse que el sistema societario ha pasado de “tipos a modelos”...”

¹⁰ Sobre el tema se recomienda leer el excelente trabajo de Hadad, Lisandro “La comunidad de riesgos en el derecho de sociedades. Desde la sociedad comercial a la S.A.S.”, publicado en La Ley el 21 de junio de 2022.

la SAS alejándola del carácter imperativo de las normas generales de la LGS¹¹.

Lo anterior, sin perjuicio del debilitamiento de las normas sobre objeto social y capital social. El eje de la legislación abandona entonces el carácter tuitivo y reglamentarista para dar paso a la autonomía de la voluntad como principio en materia de regular la estructura interna societaria. Más aun, mientras discuten los juristas sobre este tema surgen estructuras societarias que no se pueden explicar desde los viejos dogmas, que simplemente no responden a las pautas imperativas, quedando al margen de lo normado y manejando millones de dólares bajo sus propias reglas¹².

Algunas conclusiones:

El concepto de persona jurídica no puede quedar reducido a un centro de imputación de normas diferenciado de contenido mayormente imperativo. Por un lado, la persona jurídica trasciende en su existencia a las normas legisladas; por otro, es deseable que el principio sea la respuesta a las necesidades del empresario adhiriéndose a una tipología flexible, con preeminencia de la autonomía de la voluntad.

Ya en materia de negocios tradicionales las estructuras suelen comprender acuerdos de socios, contratos asociativos, acuerdos de participación, protocolos de familia y otros instrumentos donde se determinan obligaciones, roles y estructuras para dar forma a la empresa, no abarcados en los estatutos diseñados sobre normas típicas.

La existencia de estructuras organizativas que se concretan y funcionan on line, administradas por un sistema de inteligencia artificial o un conjunto diseminado de tenedores de token -inversionistas, socios y administradores a la vez- para la toma de decisiones de inversión¹³, que no se ajusta a nuestro derecho nacional ni a los parámetros de nuestra ley societaria, son el mejor ejemplo de que no es una cuestión criterios o ideología política/económica, sino que estamos frente a un paradigma que no está abarcado por el principio de tipicidad y nuestro concepto de persona jurídica.

El desarrollo precedente no busca agotar en el marco de una ponencia la naturaleza jurídica de la sociedad, sino simplemente reflexionar sobre las consecuencias y efectos que la consideración de la sociedad como ente colectivo ha tenido en nuestro derecho, compararlo con soluciones de otros derechos y extraer conclusiones incompletas que permitan analizar el momento presente.

¹¹ Gráficamente plantea Hadad el siguiente ejemplo: "...Este esquema económico sucede también en la negociación y suscripción del contrato de sociedad con la comunidad de riesgos. ¿Cuánto valoro hacer una sociedad con Elon Musk solo para que mis acciones se valoricen y las pueda vender a buen precio? ¿Lo valoro tanto como para resignar las ganancias? ¿Por qué no? ¿Quién tiene la capacidad de juzgarlo? ¿El legislador esta más capacitado que el emprendedor para poder hacerlo? ...".

¹² DAO: sigla en inglés que significa Organización Autónoma Descentralizada. En una forma básica puede decirse que una DAO es un grupo que se une con un propósito común -por ej. invertir en empresas emergentes, administrar criptomonedas, comprar tokens no fungibles (NFT). Se estructuran a través de la tecnología blockchain, pueden administrarse por algoritmos regidos por inteligencia artificial o por decisión de los titulares de tokens. Pueden tener fin de lucro o no. Puede ampliarse consultando en www.nytimes.com en sector tecnología el paper "La guía cripto para despistados. ¿Qué es una DAO?", escrito por Kevin Roose.

¹³ Ver cita anterior.

COMISIÓN I:
DERECHO SOCIETARIO
ACTUAL Y LEGISLACIÓN
VINCULADA

Tema 3:
**RÉGIMEN DE CONTRALOR DE
LEGALIDAD Y TOMA DE RAZÓN.
SISTEMAS VIGENTES. NORMAS
REGLAMENTARIAS Y RESOLUCIONES
ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES.
RECURSOS.**

EL PLAZO EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 1/2022 IGJ

María Belén Abal, Nora Mabel Arévalo Servián, María Cesaretti, Gabriela Paola De Nichilo, Eugenia Elena Guarnerio de O'Farrell y Rocío Ibáñez

PONENCIA

La Resolución 1/22 de la Inspección General de Justicia (IGJ), ha sido dictada sin respetar el principio de división de poderes, ya que el organismo se ha arrogado función legislativa, que sólo corresponde al Congreso de la Nación, restringiendo el derecho que la Ley 19.550 otorga de fijar un plazo, sin establecer un máximo, agregando requisitos que la misma no contempla, afectando así el marco de la autonomía de la voluntad de los futuros socios, deviniendo a todas luces inconstitucional.

La conveniencia o no de establecer un tiempo máximo en lo que respecta al plazo de constitución de una sociedad, debería ser tratada en el ámbito correspondiente, respetando la división de poderes y el orden jerárquico establecido en nuestra Constitución Nacional.

Restringir el plazo de la sociedad tomando como base el promedio de "la vida activa" de los integrantes de esta, supone no distinguir a la sociedad como una persona jurídica, y como tal, diferente de quienes la componen, con sus propios intereses y objetivos, trascendiendo ésta a sus miembros. En el caso particular de las Empresas Familiares, ello además supone un nuevo escollo en su desarrollo, y se contradice con el espíritu de la Resolución 19/2022 dictada por el mismo organismo tiempo antes.

El espíritu del Código Civil y Comercial vigente, tiende a priorizar la seguridad jurídica en la contratación, mediante la regulación de los contratos y derechos reales por periodos perdurables, mayores a los propuestos por la resolución en análisis, en concordancia con el paradigma vigente de protección y defensa de los derechos de la ancianidad.- Esta situación, denota que los miembros que componen las sociedades, poseen en la actualidad una mayor expectativa de vida, gracias a todos los avances que generan una mejor calidad de vida. La resolución vulnera, no solo el derecho constitucional en el exceso de facultades de esta normativa, sino que además vulnera el derecho a asociarse con fines lícitos, consagrado a todas las personas por la misma Constitución Nacional.

Por último, la IGJ es un organismo local, que únicamente tiene competencia sobre las sociedades cuyo domicilio se establece en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Como consecuencia de la RG 1/2022 se produce la situación de que una sociedad que se constituya en cualquier otra jurisdicción podrá optar por el plazo máximo que le resulte de mayor conveniencia al objeto y actividad al que se dedicará, quedando en una situación de desventaja aquella sociedad que se constituya en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en relación a las demás jurisdicciones.

Introducción

El artículo 155 del Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora de modo genérico para las personas jurídicas su carácter ilimitado en el tiempo. Ello siempre y cuando no se encuentre limitado por la ley o por su estatuto.

La Ley General de Sociedades impone un plazo determinado para las sociedades, conforme

a la redacción del inc. 5° del art. 11, que mantiene la misma redacción que su antecedente (art. 11 inc. 5°, LSC). Así impone la norma que el estatuto debe indicar “el plazo de duración, que debe ser determinado”. A diferencia de otras legislaciones, la ley 19.550 no ha fijado un plazo máximo de duración, no conteniendo disposición alguna en tal sentido.

El plazo como elemento esencial no tipificante para todos los tipos sociales fue introducido por la ley 19.550. El Código de Comercio exigía la determinación de plazo solamente en las sociedades de responsabilidad limitada, conforme el artículo 4° inciso 2 de la ley 11.645, y en las sociedades anónimas, conforme el artículo 318 del Código de Comercio.

Los redactores de la ley de Sociedades 19.550 en la exposición de motivos, en relación al plazo, establecieron que *“se hace obligatoria la determinación del plazo de duración para todos los tipos societarios (inc. 5o). Esto último en razón que de esta forma, y aun para las sociedades del tipo de las colectivas, se tutelan mejor los intereses convergentes y se ratifican principios dirigidos a afirmar la seguridad jurídica.”*

La Resolución General 1/2022 IGJ

La Resolución General 1/22, dictada por la IGJ con fecha 28 de enero de 2022 y publicada en el B.O. el día 1° de febrero de 2022, establece que todo instrumento constitutivo, contrato social o estatuto de sociedad comercial que deba ser inscripto en el Registro Público a su cargo, debe incluir el plazo de duración de la sociedad, el que no podrá exceder el plazo de 30 años a contar de su inscripción en el referido registro.

En sus considerandos la resolución analiza que se ha consagrado en la práctica un plazo estándar de 99 años, que, a juicio del organismo, descuida los intereses de los acreedores particulares de los socios, y prolonga innecesariamente la vida de sociedades, que, en la mayoría de los casos, terminan su vida activa o empresarial mucho antes del vencimiento del aludido plazo de duración, sin realizarse procedimiento alguno de disolución y liquidación, optándose, según los considerandos de la resolución, las más de las veces, en los hechos, por desaparecer de su sede social.

Menciona, en sus considerandos, entre otros argumentos, que resulta antinatural la existencia de un contrato que tiende a regular las relaciones entre personas unidas bajo un mismo propósito que pueda superar el promedio de vida activa de los integrantes de la misma, trasladándose los derechos y deberes propios del contrato de sociedad a los herederos y a los herederos de los herederos, que no fueron parte del contrato constitutivo original.

Sobre el plazo de 30 años en particular, la resolución menciona que es compatible y guarda congruencia, inclusive, con los plazos contractuales previstos por el legislador del año 2015 en el Código Civil y Comercial.

Sobre los plazos en el Código Civil y Comercial.

En este punto nos expediremos sobre la mención hecha en los considerandos de la resolución respecto a que el plazo propuesto para la duración de las sociedades guarda coherencia con la duración de la mayoría de los contratos y los derechos reales regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación.

A título de ejemplo, mencionamos algunos casos:

- 1) Suministro: “Art. 1177: Plazo máximo. El contrato de suministro puede ser convenido por un plazo máximo de veinte años.”
- 2) Locación: “Art. 1197: Plazo máximo. El tiempo de la locación, cualquiera sea su objeto, no puede exceder de veinte años para el destino habitacional y cincuenta años para los otros destinos.”

3) Leasing: “Artículo 1234: En el caso de inmuebles, la inscripción se mantiene por el plazo de veinte años; en los demás bienes se mantiene por diez años. En ambos casos puede renovarse antes de su vencimiento, por rogación del dador u orden judicial.”

4) Hipoteca: “Art. 2210: Duración de la inscripción: Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco (35) años, si antes no se renueva.”

5) Derecho real de superficie: “Art. 2117: Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones...”

6) Usufructo: “Art. 2152: Plazos Son medios especiales de extinción del usufructo: a) la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio; b) la extinción de la persona jurídica usufructuaria. Si no se pactó la duración, se extingue a los cincuenta años desde la constitución del usufructo;

7) Fideicomiso: “Art. 1668: Plazo. Condición. El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.”

Si bien en los casos de los contratos de suministro, locación y leasing, observamos que se establece un plazo máximo de 20 años para su otorgamiento, esto limita a que las sociedades luego de contar con 11 años de vigencia, puedan contratar por los plazos máximos establecidos en la norma, ya que ello excedería el plazo de su duración, con la consiguiente inseguridad que esto genera a su contra parte frente al supuesto de disolución. Es mucho más palmaria la situación a la que hacemos referencia, en los casos relacionados con el otorgamiento de contratos de fideicomiso, y los derechos reales de superficie, usufructo e hipoteca, en los que los plazos máximos alcanzan y superan el propuesto por la resolución de IGJ.

De esta manera, entendemos que se vulnera no solo el derecho constitucional en el exceso de facultades de esta normativa, sino que además vulnera el derecho a asociarse con fines lícitos, consagrado a todas las personas, por la misma carta magna.

Por otro lado, se perjudica el tráfico comercial, que tan necesario es para poder generar riqueza desde el sector privado de producción de nuestro país. A título de ejemplo podemos tomar el caso de una sociedad con objeto constructor, que decide llevar adelante un emprendimiento haciendo uso del derecho real de superficie, que otorga un plazo máximo de 70 años para el caso de construcciones, la misma deberá constituirse con un plazo de duración de menos de la mitad del plazo establecido para dicho derecho real, para poder resolver el emprendimiento.

Sobre el plazo máximo, la vida activa de los socios fundadores y las empresas familiares.

Las Empresas Familiares representan para la Argentina, y a nivel mundial, una de las principales fuentes de generación de empleo y de riqueza. La Resolución General 19/2021 de la IGJ, que promovió la inscripción de Protocolos de Empresas familiares de sociedades comerciales inscriptas ante el citado organismo, dictada en diciembre de 2021, las define como “*organizaciones en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí*”. Lamentablemente, muchas veces las propias fortalezas o virtudes de la Empresa Familiar, son a la vez la fuente de problemas y conflictos que entorpecen su funcionamiento, siendo la principal preocupación la estudiada dificultad que las mismas acarrear en su conserva-

ción y traspaso entre generaciones. Como también indica la Resolución “según estadísticas, solo el 30% de las empresas sobreviven en el paso de la primera a la segunda generación y solo el 5% luego de pasar de la segunda a la tercera”.

La citada Resolución surge a raíz del interés del Estado de dictar políticas públicas que protejan a estas empresas, por la importancia que tienen para la economía y para la comunidad, ya que como surge de su propio texto “representan más del 70% del total de las empresas y poseen una larga tradición”. Así la Resolución promueve el uso de herramientas para que, junto con otros institutos jurídicos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación, éstas tiendan a la elaboración de un Protocolo Familiar que les permita introducir los cambios necesarios para prevenir conflictos y facilitar su continuidad en el largo plazo, dándole a través del organismo, la publicidad del mismo a terceros.

Por su parte, la Resolución 1/22 bajo análisis, considera que no poner un tope máximo al plazo de duración de una sociedad, prolonga antinaturalmente la vida de las sociedades, pudiendo considerarse que supone la existencia de una sociedad sin término. Y en tal virtud sugiere limitar el plazo en función de que este no supere “el promedio de vida activa de los integrantes de la misma”, como modo además de no trasladar derechos y obligaciones del fundador a los herederos, y a los herederos de los herederos, es decir, como forma de limitar el tan mentado traspaso generacional.

Limitar la duración de una sociedad, tomando como parámetro la potencial vida de los miembros que la componen, infiere de algún modo, desconocer a la sociedad como persona jurídica diferente a éstos. Además, sus considerandos, parecen controvertir los principios de la Resolución 19/2021, que remarca la importancia de acompañar a las empresas en el traspaso generacional, y diseñar herramientas que permitan que el mismo se dé ordenadamente.

Limitar a treinta años el plazo de duración de la sociedad, por entender que ello se ajusta a la vida activa de quienes la componen, resultará contraproducente para el desarrollo de las Empresas Familiares.

La limitación temporal establecida, en vez de promover el cambio positivo de las propias estadísticas citadas por IGJ sobre el escaso porcentaje de empresas familiares que logran transmitir su riqueza a las generaciones siguientes, traerá un nuevo escollo que no permitirá revertir tal amarga realidad. En este sentido el Escribano Gutiérrez Zaldívar entiende que “dicha limitación producirá una mayor cantidad de conflictos, ya que los socios se podrán ver sometidos a las presiones de los demás socios, bajo la amenaza de no firmar una prórroga. Es necesario brindar seguridad jurídica, dar más mecanismos y figuras posibles para que cada comerciante vea la mejor forma de llevar a cabo su negocio...”¹

El plazo de duración de las sociedades en el Derecho comparado.

En la legislación de Chile, se establece que la duración de la sociedad podrá ser indefinida conforme lo establece el artículo 4 inciso 4) de la Ley 18.046.

Por otro lado, en las Legislaciones del Mercosur Brasil, Paraguay y Uruguay el plazo debe precisarse, teniendo Uruguay un plazo máximo de 30 años, mientras que el resto de los países mencionados no tiene límite temporario.

En México, la normativa general no fija un plazo especial, pero por usos y costumbres se

¹ GUTIERREZ ZALDIVAR, Alfonso. *Plazo de las sociedades comerciales. Comentario a la Resolución general 1/22 de la IGJ*. Revista: 940 (abr - jun 2022) Consultado en: <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2022/03/plazo-de-las-sociedades-comerciales-comentario-a-la-resolucion-general-1-2022-de-la-igj/>

estila un plazo de 99 años.

En países como Venezuela, no hay límite de tiempo para la constitución de una sociedad, pero no puede ser indefinida.

En Perú, la normativa establece que el plazo puede ser determinado o indeterminado, pero no se menciona un mínimo ni máximo de duración.

En Bolivia, el plazo debe ser determinado como surge de su Código de Comercio.

Para la legislación española, la sociedad tendrá duración indefinida salvo disposición contraria en su estatuto, conforme su artículo 25 de la Ley de Sociedades de Capital

En la legislación italiana, en su Código Civil que regula la cuestión, deja sentado que la sociedad puede ser creada por tiempo indeterminado.

En Francia, por ejemplo, las Sociedades de Responsabilidad Limitada que se denominan SARL (*Société à responsabilité limitée*) deben tener un plazo determinado que no debe exceder los 99 años.

En China, el plazo máximo para la creación de una sociedad es de 50 años.

Como se puede ver en la mayoría de los países el plazo es indefinido, creando un tipo societario perdurable² que haga a los acreedores tener plena confianza en ella y a la vez que sea acorde a la edad promedio de una persona física para que pueda desarrollarse plenamente a través de las generaciones.

Sobre la constitucionalidad de la resolución y las facultades del Inspector General.

La Resolución en análisis resulta una normativa administrativa. La IGJ puede dictar este tipo de normas para reglamentar algún aspecto de la Ley, pero no puede a partir de una Resolución introducir un cambio a la Ley General de Sociedades, ya que la reforma de la Ley es una facultad que le compete al Congreso de la Nación conforme su artículo 75, inciso 12.

La ley 22.315 que regula las funciones de la Inspección, en tanto que organismo dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, en su artículo 11, inciso c, claramente dispone que le corresponde a la misma, dentro de sus funciones administrativas "*dictar los reglamentos que estime adecuados y proponer al Poder Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Justicia de la Nación, la sanción de las normas que, por su naturaleza, excedan sus facultades*". Es tan claro el inciso, que ninguna duda cabe que si la IGJ al reglamentar se encuentra con un aspecto que a su entender es erróneo o que debería ser modificado, deberá preparar y proponer ante la autoridad correspondiente el proyecto para proceder a su reforma, ya que es a lo que se encuentra facultado.

En el caso de la RG 1/22, el organismo indica en sus considerandos que con ésta viene a suplir un error cometido en la Ley 19.550, cual es el de no fijar un plazo. Como dijimos, de existir un error en la Ley, la forma de subsanarlo no es mediante una Resolución de IGJ, sino mediante el debate en el recinto adecuado, el Congreso. Sin embargo, excediendo sus facultades, la IGJ fijó un plazo máximo, obligando a quienes quieran registrar una sociedad en la Ciudad de Buenos Aires, a someterse a un requisito no establecido por la Ley.

En relación a las funciones de la IGJ, la Cámara Nacional en lo Comercial ha tenido oportunidad para resolver respecto al dictado de Resoluciones Generales y Particulares, en las cuales ha entendido que, en base a nuestro sistema de división de poderes, devienen inconstitucionales. La Sala C de la CNCom., en los autos "*Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C.s/ Organismo Externos*"³ de agosto del año pasado, indica que, sin dejar de reconocer las

² Carlos Gilberto Villegas "Derecho de las Sociedades Comerciales." Abeledo-Perrot, Buenos Aires. Pag 64.

³ Inspección General de Justicia c/ Línea Expreso Liniers S.A.I.C.s/ Organismo Externos. EXPTE. 165-21, DEL 09-08-2021. CONSUL-

medidas de acción positiva y la importancia del dictado de normas que consoliden la igualdad de oportunidades sin ninguna discriminación, es innegable que la tarea excede la competencia reglamentaria del Inspector a cargo de la Inspección General de Justicia. El fallo considera así que, si por la naturaleza y contenido de lo regulado, la “acción positiva” que se adopta concierne a derechos de fondo que hacen a la materia legislativa, su alteración solo puede resultar de una ley sustancial y se encuentra vedada a la Administración. De lo contrario, se ingresa en el art. 99 de la Constitución en cuanto establece que el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo. Resalta así que ello es una exigencia de la división de poderes y de nuestra democracia republicana, que denota que las leyes en sentido sustancial son límites al poder público, que no solo se encuentra sometido al principio de legalidad en su actuación, sino también en su obligación constitucional de respetar los derechos de los particulares cuya regulación compete al Congreso. Destaca así, que la Administración puede dictar normas para la mejor ejecución de las leyes, pero no puede alterarlas, ni contrariar su espíritu, ni restringir los derechos que a los particulares hubieran sido así reconocidos.

En similar sentido la CNCom. se expidió en autos: “*Inspección General De Justicia c/ Veritran Holding LTD s/organismos externos*” e “*Inspección General De Justicia C/ Remax Argentina S.R.L. S/Organismos Externos*.”⁴ En ambos fallos se consideró que la IGJ en su actuación excedía las facultades atribuidas por la Ley.

A raíz de estos antecedentes, podemos observar como la Inspección transgrede la normativa impuesta, excediéndose en sus facultades. En cuanto a la Resolución 1/2022, motivo de este trabajo, esta línea se continua, habiendo sido dictada sin respetar el principio de división de poderes, ya que pretende tener función legislativa, que sólo corresponde a nuestro Congreso. La misma restringe el derecho que la Ley 19.550 otorga de fijar un plazo, sin establecer un máximo, agregando requisitos que la misma no contempla, afectando así el marco de la autonomía de la voluntad de los futuros socios, deviniendo a todas luces inconstitucional.

Coincidente el Escribano Gutiérrez Zaldívar entiende que “*establecer un plazo de vigencia para una persona jurídica no establecido por la ley de fondo es sin más una modificación a la misma. No es una interpretación de la norma, sino que crea limitaciones que la misma no estableció o, mejor dicho, legisla, ya que se debe interpretar que si las leyes no establecieron un plazo de treinta años es porque consideraron que no correspondía –sí se consideró la necesidad de que el plazo sea determinado, tal como surge de la norma–. Además, la facultad de legislar excede las atribuciones establecidas por la ley para la IGJ*”⁵

Por último, la IGJ es un organismo local, que únicamente tiene competencia sobre las sociedades cuyo domicilio se establece en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Como consecuencia de la RG 1/2022 se produce la situación de que una sociedad que se constituya en cualquier otra jurisdicción podrá optar por el plazo máximo que le resulte de mayor conveniencia al objeto y actividad al que se dedicará, quedando en una situación de desventaja aquella sociedad que se constituya en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en relación a las demás jurisdicciones.

TADO EN: “<https://cijur.mpb.gov.ar/jurisprudencianacional/3669>

4 “Inspección General de Justicia c/ Remax Argentina S.R.L. s/ organismos externos”. CNCOM, SALA E, 24/05/2022. Id SAJJ: FA22130008. Consultado en: <http://www.saij.gov.ar/camara-nacional-apelaciones-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-inspeccion-general-justicia-remax-argentina-srl-organismos-externos-fa22130008-2022-05-24/123456789-800-0312-20ts-eupmocsollaf?&o=18&f=Total%7CFecha%7CEstado%2ode%2oVigencia%5B%2C1%5D%7CTema%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%5B%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n/Nacional%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%2otem%Etica%5B%2C1%5D%7CTipo%2ode%2oDocumento/Jurisprudencia/Fallo&t=76514>

5 Op. Cit. Gutierrez Zaldivar, Alfonso.

LA TRANSFORMACIÓN EN SAU POR UNIPERSONALIDAD DEVENIDA DE LA SA Y LA SRL, IMPONE UNA REGISTRACIÓN ABREVIADA

Bernardo Carlino

SUMARIO

El art. 94-bis de la L 19.550 impone la transformación de pleno derecho por unipersonalidad devenida, transcurridos tres meses sin remediación, pero solo hace mención a la sociedad de Capital e Industria y a la Comandita por acciones, lo que ha provocado posiciones doctrinarias encontradas respecto a las sociedades omitidas. Enfocado en el tracto registral, se propone que no corresponde cumplir con todos los requisitos del art. 77 en los casos de la SA y la SRL, por tratarse de la regulación de una transformación voluntaria, sino abreviarlos a los conducentes a la protección de derechos de terceros y la disminución de la responsabilidad del socio único.

PONENCIA

La transformación en SAU por unipersonalidad devenida de la SA y la SRL, impone una registración abreviada.

Desarrollo

Marco legal

A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 19.550 pasó a llamarse “Ley General de Sociedades” (LGS) agregando un artículo 94-bis que se ocupa de la reducción a uno del número de socios, estableciendo que no es causal de disolución.

Pero imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades de capital e industria y las de comandita simple y por acciones, en sociedades anónimas unipersonales (SAU), si no se decidiera otra solución en el término de meses.

La frase “de pleno derecho” no despeja por sí sola ninguna duda respecto a las implicancias formales y registrales del proceso de transformación. Se trata de una fórmula utilizada para indicar que el efecto jurídico querido por la ley no depende de la voluntad de las partes o de quienes se consideren afectados, como los socios o terceros.

La doctrina no ha zanjado la discusión sobre el caso de la SRL, proponiendo tanto que no debe transformarse, como que debe hacerlo por la vía de la Sección IV de la ley, o bien que debe disolverse por las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC).

La transformación obligatoria en Sociedad Anónima Unipersonal, SAU (norma imperativa) no obliga al cumplimiento de la totalidad de los requisitos del Capítulo pertinente de la LGS para su inscripción, por cuanto allí se regula la decisión tomada por la pluralidad de socios según las reglas del contrato correspondiente al tipo societario, o disposiciones de la propia ley. La cuestión adquiere relevancia si se tiene en cuenta que la SRL es un tipo societario muy adoptado por lo que las restricciones extraordinarias impuestas por los poderes públicos al desenvolvimiento económico por la reciente pandemia, pueden haber provocado una gran

cantidad de unipersonalidades devenidas.

La práctica registral, tal como funciona actualmente, no provee los medios para afrontar satisfactoriamente los retos del porvenir. Por lo tanto, es un deber encontrar contrapesos que sean compatibles con el esfuerzo y el trabajo, y de este modo lo promueva en lugar de frustrarlo. Justamente, una consigna de la convocatoria a este Congreso propone generar nuevas visiones sobre normas vigentes que permitan ajustar las organizaciones actuales a los requerimientos de desarrollo del país, para una adecuada libertad bajo responsabilidad tanto del sector público como del privado.

Por ello proponemos que solo se exijan a la SA y a la SRL devenidas unipersonales el cumplimiento de los requisitos que hacen a la publicidad y la protección de los derechos de terceros, omitiendo por inconducentes, o adaptando, los restantes.

Requisitos a cumplir

Analizando los requisitos que se enumeran en el art. 77 de la LGS:

“1° Acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario o lo dispuesto para algunos tipos societarios;”. Este requisito está referido a la formación de la voluntad de una pluralidad de socios, de allí el término “acuerdo”. Al quedar reducido a un único socio, **no debe exigirse el acuerdo unánime**, pues la unanimidad se requiere que dos o más personas tengan opinión idéntica sobre esta cuestión.

Además, la ley obliga al socio único a la transformación, sin que pueda negarse.

“2° Confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no exceda de un (1) mes a la del acuerdo de transformación y puesto a disposición de los socios en la sede social con no menos de quince (15) días de anticipación a dicho acuerdo. Se requieren las mismas mayorías establecidas para la aprobación de los balances de ejercicio;”.

Las sociedades en análisis, sólo pueden devenir unipersonales por la cesión a favor de un único socio de totalidad de las partes de capital de los restantes. Se trata de un negocio privado que no afecta la cifra del capital ni del patrimonio, y como tal, dicha transferencia de titularidad solo debe asentarse en el Libro Registro de Acciones sin impacto en el Balance. En algunos casos, puede ocurrir por una acción de exclusión exitosa o por sentencia judicial como desenlace de un litigio.

Por otra parte, se sabe que un Balance especial requiere de otras técnicas de confección y valuación, distintas a las del Balance general o de ejercicio, por lo que la razón de la exigencia apunta al ejercicio del derecho de receso en los supuestos en que no se exija unanimidad (Art. 78) contemplado en el acuerdo plurilateral voluntario de transformación.

Por lo tanto, no debe exigirse el balance especial en este caso.

“3° Otorgamiento del acto que instrumente la transformación, por los órganos competentes de la sociedad que se transforme y la concurrencia de los nuevos otorgantes con constancia de los socios que se retiren, capital que representan, y cumplimiento de las formalidades del nuevo tipo societario adoptado;”.

Salvo el primero, ninguno de estos requisitos deberá exigirse ya que la posibilidad de retirarse les cabe a los que integran tipos societarios pluripersonales que migran otros tipos de la misma composición.

En cuanto al *“Otorgamiento del acto que instrumente la transformación”*, consideramos que se hace necesario reformar el estatuto pluripersonal, para adaptarlo a la unipersonalidad, empezando por el cambio de denominación social, ya que la anterior se completaba con la mención del tipo societario, su abreviatura o su sigla, mientras que en la transforma-

da se lo deberá reemplazar -e inscribirse en el Registro Público- por la de sociedad anónima unipersonal su abreviatura o su sigla.

Según la redacción del estatuto de SA precedente, habrá que adaptar otras disposiciones que eventualmente no contemplen la unipersonalidad, como la integración del directorio o las menciones al derecho de receso, que carecerá de sentido.

“4° Publicación por un (1) día en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social y sus sucursales. El aviso deberá contener:”

Estimamos imprescindible esta publicación, con las siguientes adaptaciones:

“a) fecha de la resolución social que aprobó la transformación;”

“b) fecha del instrumento de transformación;”

Al socio único le importará no dejar transcurrir el plazo de tres meses si tiene la certeza de que no encontrará solución a la unipersonalidad, porque durante dicho plazo adquiere responsabilidades ilimitadas y solidarias, por la vigencia del inc. 8° del art. 94.

“c) la razón social o denominación social anterior y la adoptada, debiendo de ésta resultar indubitable su identidad con la sociedad que se transforma;”

La razón social no ha de variar, pero sí lo hará la enunciación del tipo (o sub tipo en el caso de la SA) por lo que deberá consignarse la especificación de “Sociedad Anónima Unipersonal”, su abreviatura o su sigla

“5° Inscripción del instrumento con copia del balance firmado en el Registro Público de Comercio y demás registros que correspondan por el tipo de sociedad, por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Estas inscripciones deben ser ordenadas y ejecutadas por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio, cumplida la publicidad a que se refiere el apartado 4°.”

Como lo venimos precisando, la inscripción no requerirá el Balance. En cuanto a los registros de bienes muebles, inmuebles y gravámenes el cumplimiento de esta formalidad dependerá de la modalidad de cada Registro

Conclusiones

Se propone que la Autoridad de aplicación jurisdiccional, en el caso de las SA y las SRL devenida unipersonales, exijan los siguientes requisitos al socio único que inscriba la transformación de pleno derecho:

*) Otorgamiento del acto que instrumente la transformación por los órganos competentes de la sociedad que se transforme

*) Publicación por un (1) día en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social y sus sucursales. El aviso deberá contener:”

a) fecha de la resolución social que aprobó la transformación;”

b) fecha del instrumento de transformación;”

c) la razón social o denominación social anterior y la adoptada, debiendo de ésta resultar indubitable su identidad con la sociedad que se transforma;”

*) Inscripción del instrumento en el Registro Público de Comercio y demás registros que correspondan por el tipo de sociedad, por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Estas inscripciones deben ser ordenadas y ejecutadas por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio, cumplida la publicidad referida.

APELACIÓN CONTRA LAS DECISIONES DE LA DGIPJ (CÓRDOBA)

Juan Ignacio Córdoba González

PONENCIA

En el ámbito de la Provincia de Córdoba, y conforme al art. 18 bis de la ley 8652, modificado por ley 10.724 (B.O. 30/12/2020), las apelaciones contra las decisiones de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas no admiten la intervención de la Procuración de Tesoro del Estado de la Provincia de Córdoba en el trámite recursivo judicial. Motivo por el cual no corresponde admitir la participación, ni correr un traslado para que conteste el memorial de agravios de la parte apelante. Debiendo la Cámara, una vez recibidas las actuaciones desde la sede administrativa, dictar el decreto de autos a los fines de resolver el recurso, sin más trámite.

1. Planteo del problema.

Desde que la ley 10.724 modificó el régimen de la ley 8652 de las Personas Jurídicas en la Provincia de Córdoba, las Cámaras de Apelaciones con competencia exclusiva y excluyente en materia societaria de la primera circunscripción judicial con asiento en la Ciudad de Córdoba vienen constatando que en los expedientes administrativos que son elevados desde la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas (que tiene a su cargo las funciones atribuidas al Registro Público en esta provincia) a los fines de resolver las apelaciones deducidas contra las resoluciones que resuelven cuestiones societarias registrales, la autoridad de contralor notifica esta resolución que deniega la inscripción a la Procuración del Tesoro de la Provincia de Córdoba, quién en respuesta a esa notificación comparece a través del Director General de Asuntos Judiciales invocando la representación de la Provincia de Córdoba de conformidad a lo dispuesto en la ley 7854; y pide participación a los fines de la prosecución del trámite recursivo.

Este comparendo se suele efectivizar en la sede administrativa, antes que el expediente sea remitido a la Cámara, o ante la mismaalzada en algunos casos.

De tal forma, los abogados del Estado Provincial pretenden intervenir en el trámite del recurso, invocando “la defensa de los intereses de la provincia”, pero sin indicar en concreto cuál es el interés comprometido respecto del recurso, ni la norma que los habilita a pedir dicha participación.

Este pedido suscita en los tribunales de Alzada los siguientes interrogantes: ¿Corresponde otorgar la participación solicitada? ¿Se encuentra legitimada la Provincia para intervenir en el trámite recursivo? Si la respuesta a estos dos interrogantes es afirmativa, ¿Se debe ordenar un traslado para que conteste los agravios de la sociedad apelante?

2. El sistema de la LGS.

En el marco de la LGS, todo acto constitutivo de la sociedad, sus modificaciones, y eventualmente el reglamento, debe ser inscripto a los fines de su regularización, y oponibilidad a terceros, en el Registro Público (arts. 5, 7 y 12, LGS) de la respectiva jurisdicción: Capital Federal o provincias, atento a nuestro régimen federal y tratarse de una facultad no delega-

da a la Nación (arts. 5 y 121, CN).

La inscripción debe realizarse en el plazo de veinte días conforme a los términos del nuevo art. 6° de la LGS, que, al no ser un término procesal, debe computarse en días corridos conforme normativa de fondo (art. 6 CCCN). Se admite igualmente la inscripción tardía si no media oposición de parte interesada.

El control de legalidad del acto constitutivo o de las modificaciones comprende: a.- la verificación de las formalidades extrínsecas del instrumento y b.- el análisis del contenido del contrato, de acuerdo a la normativa vigente, de fondo y reglamentaria de la jurisdicción de que se trate, quedando excluida la conveniencia u oportunidad económica para la empresa, lo cual incumbe en exclusiva a la autonomía de libertad de los socios.¹

La inscripción otorga una presunción *iuris tantum* de legalidad del acto sometido a inscripción, pero no sana los vicios de constitución, ni subsana nulidades.²

El trámite registral concluye con una resolución de la autoridad de control que ordena la inscripción o la deniega, indicando en este último caso los requisitos que se encuentran incumplidos o las disposiciones que no han sido observadas.

En este último caso, la sociedad o los funcionarios agraviados por la denegatoria de la inscripción, pueden la decisión a revisión del tribunal de segunda instancia con competencia en materia societaria.

El art. 306 de la LGS, ubicado en la parte de la fiscalización estatal de las anónimas pero aplicable por analogía a estos casos, admite expresamente esta posibilidad: "Las resoluciones de la autoridad de contralor son apelables ante el tribunal de apelaciones competente en materia comercial".

Roitman señala que el objetivo de esta previsión, que también existe en otros órdenes de la administración pública, tiene por finalidad que un tribunal especializado entienda en cuestiones de una determinada materia, evitando que el conflicto fenezca en la jurisdicción contencioso administrativa, previo agotar todas las instancias de la administración. Además, de la especialidad, añade este autor, se persigue la unificación de la jurisprudencia.³

El art. 307, de su lado, establece que la apelación se debe interponer ante la autoridad de contralor dentro de los cinco (5) días de notificada la resolución apelada. Seguidamente dispone que el recurso se sustanciará de acuerdo con el art. 169 de la LGS ubicado en la parte de la constitución de las sociedades anónimas.

Este dispositivo por su parte agrega que el recurso se debe interponer de manera fundada, y que las actuaciones se elevarán a la Alzada en los cinco días posteriores.

La ley especial de fondo no establece ninguna otra directiva referida al trámite de esta apelación. Por lo que es dable concluir que en el régimen procesal que disciplina la ley societaria no está previsto que la autoridad de contralor que denegó la inscripción que se cuestiona por medio de la apelación deba participar en el trámite y reciba traslado a los efectos de la contestación del memorial de agravios.

3. Situación en CABA

En el ámbito de la Capital Federal y Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la situación es diferente.

¹ Roitman, Horacio – Aguirre, Hugo – Chiavassa, Eduardo; Manual de Sociedades Comerciales, 1° ed., Bs. As., La Ley, (2009), p. 74.

² Zunino, Jorge Osvaldo; Régimen de Sociedades Comerciales, 28° ed., Bs. As., Astrea, (2019), p. 14.

³ Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada, 1° ed, t. IV, Bs. As., La Ley, (2006), p. 751.

La ley 22.315, Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia (IGJ), prevé expresamente la participación de la autoridad de control en el trámite del recurso que estamos analizando.

La primera parte del art. 16 de este ordenamiento establece que las resoluciones de la Inspección General de Justicia son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se referan a comerciantes o sociedades comerciales.

El art. 17 se encarga de regular el procedimiento recursivo. Así, primero establece que el recurso debe interponerse fundado, ante la Inspección General de Justicia, dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Seguidamente, prevé que las actuaciones deben ser elevadas a la Cámara respectiva dentro de los cinco (5) días de interpuesto el recurso, y ésta dará traslado por otros cinco (5) días a la Inspección General de Justicia.

De acuerdo a esta última directiva, la Cámara Nacional en lo Comercial interviniente debe correr traslado del recurso y sus fundamentos por cinco días a la IGJ para que los conteste⁴, luego de lo cual el tribunal deberá pasar a resolver en definitiva la registración o, en su caso, confirmar la denegatoria.

Nissen señala que la admisibilidad de este traslado constituyó una cuestión controvertida en el seno de las Cámaras Capitalinas, hasta que en el año 1980 en que la ley 22.315 puso fin al problema al disponer que la Cámara deberá dar traslado por cinco días al órgano de control del recurso interpuesto.⁵

De manera que en este ámbito, no hay dudas que la Inspección General de Justicia se encuentra habilitada para intervenir en el trámite del recurso, contestando los agravios de la sociedad o del funcionario apelante.

4. Situación en Córdoba.

Distinta es la situación en el ámbito de la Provincia de Córdoba, donde tal participación no se encuentra prevista en forma expresa en la ley.

Lo concerniente a este recurso se encuentra regulado en el art. 18 bis de la ley 8652 (modif. por ley 10.724) que establece: *“Las resoluciones dictadas por la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas son apelables ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Civil y Comercial. El recurso de apelación deberá interponerse y fundarse, bajo pena de inadmisibilidad, dentro de los diez (10) días ante la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas la que, una vez concedido, dispondrá la elevación de las actuaciones en elplazo de cinco (5) días.”*

La disposición nada dice respecto al traslado a la autoridad de control en el trámite del recurso, como hace la ley 22.315.

Cuando se incorporó esta norma en diciembre de 2020, el legislador local pudo establecer el traslado a la DGIPJ para que este organismo, a través de la Procuración del Tesoro, pudiera contestar los agravios del apelante. Sin embargo, no lo hizo.

De esta manera, en la provincia de Córdoba, el recurso de apelación contra las decisiones de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas no tiene trámite ante la Cámara. Esto significa que una vez arribados los autos a la Alzada, y controlados los requisitos de admisibilidad regulados por la ley, corresponde el dictado de autos, a los fines de resolver el recurso.

La autoridad de contralor por tanto no está legitimada por la ley para intervenir en la sede judicial, ni puede contestar agravios en la Alzada.

⁴ Grispo, Jorge Daniel; Ley General de Sociedades, 1° ed., t. IV, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, (2017), p. 591.

⁵ Nissen, Ricardo Augusto; Ley de Sociedades Comerciales, t. 3, 3° ed., Bs. As., Astrea, (2010), p. 447.

De allí que ninguna intervención corresponde otorgar a la Procuración del Tesoro de la Provincia de Córdoba en el trámite de este recurso. Por lo que corresponde que el pedido de participación de los abogados del Estado Provincial sea desestimado por el tribunal de Alzada. En la Ley Orgánica de la Fiscalía de Estado, Ley N° 7854 y sus modificatorias (t.o. del año 2014), que la Procuración suele invocar en sustento del pedido de participación, tampoco encontramos una norma que justifique la intervención de los abogados de la Procuración del Tesoro en este tipo de recursos.

El art. 24 establece que el Procurador del Tesoro tiene a su cargo la defensa en juicio del patrimonio del Estado Provincial, por lo que debe ser parte legítima y necesaria en todos los juicios en que la Provincia esté interesada.

El punto es que las cuestiones societarias registrales que se ventilan en el recurso incumben en exclusiva a la sociedad y/o a los socios, por lo que resultan ajenas a cualquier interés público o patrimonial que el Estado Provincial pueda entender que resulte comprometido. La legalidad de los actos adoptados por el órgano administrativo, por otra parte, se encuentra suficientemente garantizada con el sistema de fiscalización a cargo del Poder Judicial. De allí que no es necesario la intervención de la Procuración del Tesoro para defender la legalidad de la decisión impugnada, pues para ello la ley local atribuye a la Cámara de Apelaciones con competencia en materia comercial el conocimiento y decisión de la vía impugnativa que estamos analizando.

Ni siquiera un eventual interés por las costas de segunda instancia, en relación a la labor profesional desplegada por el abogado de la sociedad en la fundamentación del recurso, puede justificar la participación de la Procuración en la sede judicial, pues al no tener trámite contradictorio en la ley de la materia, al resolver el recurso, la Cámara no impone costas de Alzada, sin perjuicio del derecho del letrado de la sociedad a requerir la regulación de sus honorarios (cfr. art. 26, ley 9459).

De manera que a través de la interpretación de las normas que rigen la estructura y funcionamiento de los órganos encargados de velar por la defensa de los intereses patrimoniales del estado, arribamos a la misma conclusión: la Procuración de la Provincia de Córdoba no se encuentra legitimada para intervenir en el trámite del recurso de apelación deducido por la sociedad en contra de las decisiones que adopte la autoridad de fiscalización.

Por tal motivo, es innecesaria la notificación de la resolución que concede el recurso que la autoridad de contralor cursa a la Provincia y consecuentemente improcedente la participación que sus abogados solicitan a los fines de instar el recurso en la sede judicial encargada de revisar la decisión que desestima una inscripción societaria.

5. Nuestra opinión.

De lo expuesto, consideramos que, en el ámbito de la Provincia de Córdoba, y conforme al art. 18 bis de la ley 8652, modificado por ley 10.724 (B.O. 30/12/2020), las apelaciones contra las decisiones de la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas no admiten la intervención de la Procuración de Tesoro del Estado de la Provincia de Córdoba en el trámite recursivo judicial. Motivo por el cual no corresponde admitir la participación, ni correr un traslado para que conteste el memorial de agravios de la parte apelante. Debiendo la Cámara, una vez recibidas las actuaciones desde la sede administrativa, dictar el decreto de autos a los fines de resolver el recurso, sin más trámite.

6. Justificación.

Los argumentos que sostienen nuestra posición pueden compendiarse del siguiente modo: El pedido de participación que los abogados del estado suelen realizar a los fines de la prosecución del trámite carece de base normativa que la avale en el ámbito de la Provincia de Córdoba. Las resoluciones administrativas de la DGIPJ que deniegan la inscripción del acto constitutivo de la sociedad, sus modificaciones, y eventualmente el reglamento son -en principio- insusceptibles de comprometer los intereses patrimoniales de la Provincia.

En el diseño de la ley 8652 el control de la legalidad de la decisión denegatoria corresponde en exclusiva al Poder Judicial, no siendo necesaria la intervención de la Procuración del Tesoro para garantizar el interés público comprometido en esta cuestión.

La Provincia de Córdoba no es parte. Ni el trámite administrativo, ni en el judicial.

La bilateralidad y el contradictorio se observan en la sede administrativa. La sociedad puede expresar los agravios que le genera la denegatoria en la interposición fundada del recurso, y la autoridad de contralor puede responderlos en la resolución que concede la apelación. No siendo por tanto necesario reeditar la contienda en la sede judicial.

De admitirse la participación solicitada por la Procuración del Tesoro, la autoridad de contralor local (DGIPJ) se transformaría, indirectamente y por la sola virtualidad del recurso, en juez y parte, a fin de sostener su propia decisión.

7. Bibliografía.

Grispo, Jorge Daniel; Ley General de Sociedades, t. IV, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, (2017)

Muguillo, Roberto; Ley de Sociedades Comerciales, 1° ed., Bs. As., Lexis Nexis, (2005).

Nissen, Ricardo Augusto; Ley de Sociedades Comerciales, t. 3, 3° ed., Bs. As., Astrea, (2010)

Roitman, Horacio – Aguirre, Hugo – Chiavassa, Eduardo; Manual de Sociedades Comerciales, 1° ed., Bs. As., La ley, (2009).

Roitman, Horacio; Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada, 1° ed, Bs. As., La Ley, (2006).

Verón, Alberto Víctor; Ley de Sociedades Comerciales Comentada, 1° ed., Bs. As., La Ley, (2010).

Verón, Alberto Víctor; Sociedades Comerciales, t. III, 2° ed., Bs. As., Astrea, (2007).

Zunino, Jorge Osvaldo; Régimen de Sociedades Comerciales, 28° ed., Bs. As., Astrea, (2019).

EL MARCO NORMATIVO DE LOS REGISTROS PÚBLICOS A LA LUZ DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Julia Figueroa Day

SUMARIO

Los procesos de modernización de los Registros Públicos en Argentina han encontrado importantes barreras que han detenido el avance de la digitalización de los trámites y la incorporación de las tecnologías de la comunicación e información en los organismos. Entre ellas se analiza en el presente trabajo la carencia normativa que históricamente ha existido respecto a la falta de regulación de la actividad de los Registros Públicos, a la que se le ha sumado ahora la ausencia de regulación de las tecnologías de la información y comunicación, dificultando e incluso impidiendo las gestiones de modernización de los Registros Públicos que no cuentan con pautas claras ni herramientas mínimas para incorporar tecnologías.

PONENCIA

Introducción

El Derecho Societario se encuentra en un proceso de importantes cambios con dos enfoques centrales representados, por un lado, por la flexibilización que genera el alivio de la carga normativa imperativa y la consiguiente autorregulación en fortalecimiento de la autonomía de la voluntad, y por otro, por la modernización en los trámites registrales con la incorporación de las tecnologías de información y comunicación (TIC). Estos cambios se ven reflejados en las reformas estructurales del derecho de fondo y en los sistemas de publicidad registral que se han realizado en los diferentes países latinoamericanos en los últimos años.

Las pautas en este nuevo paradigma societario son: simplificar y flexibilizar buscando la posibilidad de eliminar las barreras en el desarrollo de negocios jurídicos, minimizar las formalidades internas societarias y agilizar los trámites registrales, entre otras.

1. La modernización de los Registros Públicos

1.1 La SAS y el puntapié inicial hacia la Modernización Registral

La Ley de Desarrollo Emprendedor N° 27.349 (LACE) incorporó la SAS con el imperativo legal de modernización, imponiendo un trámite digital¹ a todos los trámites de este tipo societario. Los Registros Públicos provinciales, en su mayoría, se encontraban en procesos de modernización poco avanzados, acordes al nivel de implementación de las TIC en el contexto de

¹ Artículo 38 - Ley 27349 - *Inscripción registral*. (...) Los registros públicos deberán dictar e implementar las normas reglamentarias a tales efectos, previéndose el uso de medios digitales con firma digital y establecer un procedimiento de notificación electrónica y resolución de las observaciones que se realicen a la documentación presentada. Igual criterio se aplicará respecto a las reformas del instrumento constitutivo.

las políticas públicas y estándares de cada provincia.

Esta gestión que exigía la LACE, implicaba incorporar en forma inmediata a los Registros un sistema de gestión de documentación electrónica, y las firmas electrónicas y digitales en los procesos, además de la necesaria simplificación de trámites técnicos para adaptarlos al sistema electrónico.

Para iniciar esta gestión los organismos aún no modernizados, debían gestionar estas nuevas tecnologías e incorporarlas al organismo mediante la correspondiente norma técnica y procedimiento que se determine localmente.

En este aspecto, algunas provincias siguieron la pauta nacional adoptando el sistema de gestión implementado en la administración pública nacional denominado “Gestión de Documentación Electrónica” (GDE)², otras, implementaron su propio sistema desarrollado en la provincia, como fue el caso de la provincia de Salta que desarrolló el SICAD.

En el Sistema Público Nacional (SPN), la Inspección General de Justicia (IGJ) tuvo una rápida respuesta a los requerimientos que planteaba esta ley, y a los pocos meses de la publicación de la LACE, precisamente a partir del 1° de septiembre de 2017, se implementó el trámite de constitución de SAS digital, a través de la plataforma Trámites a Distancia (TAD) del sistema GDE.

La implementación de este nuevo trámite en IGJ tuvo la importante ventaja de ser realizado en el contexto de ejecución del plan de modernización (SPN) llevado a cabo por el gobierno de Mauricio Macri (2015/2019), y contó con el sustento normativo del ecosistema legal del sistema de Gestión de Documentación Electrónica (GDE), además de las resoluciones técnicas de IGJ que dieron el encuadre legal y técnico registral a esta nueva modalidad de trámites.

La provincia de Córdoba por su parte, fue pionera en esta etapa a través de la utilización del programa “Ciudadano Digital”³ que centraliza toda la información pública en una sola base de datos, facilitando y simplificando todos los trámites administrativos de la provincia.

Pero esta modernización no fue uniforme en el resto de las provincias, y en muchos casos se ha reducido a la incorporación de formularios y página web. Esta disparidad, profundizada por la histórica falta de un marco normativo de la actividad de los registros y de las tecnologías en muchas provincias, tiene consecuencias prácticas gran impacto como la falta de interoperabilidad que hoy existe entre los sistemas implementados por cada provincia, a modo de ejemplo, en la provincia de Salta donde hay expediente físico, la documentación proviniente de IGJ debe incorporarse impresa, con la consiguiente pérdida de su validez y seguridad jurídica.

De la experiencia de las provincias que han logrado modernizar con mayor éxito sus Registros, se evidencia que estas se encuentran atadas al avance de la modernización y de la implementación de las TIC en el gobierno, resultando el ecosistema normativo una pauta esencial para este avance.

La realidad es que, a partir del dictado de la LACE, las demandas normativas se incrementaron pero no todos los operadores han podido responder a esta demanda, no existiendo a la fecha un marco normativo que regule la actividad de los Registros Públicos, sus roles y

² Es un sistema integrado de caratulación, numeración, seguimiento y registración de movimientos de todas las actuaciones y expedientes del Sector Público Nacional.

³ Ciudadano Digital: Es una plataforma tecnológica que posibilita a los ciudadanos acceder de forma simple, en un único lugar y con una misma cuenta de usuario a todos los trámites y servicios digitales que brinda el Gobierno de la provincia de Córdoba. (Véase: <https://cidi.cba.gov.ar/portal-publico/que-es>).

competencias, y en muchas provincias no existe un marco legal mínimo para la implementación de las TIC en la administración pública.

2. El Marco Normativo de los Registros Públicos

2.1 El Rol del Registro Público. La Publicidad Registral.

Los instrumentos constitutivos y demás trámites previstos en la ley de las sociedades⁴ en Argentina deben ser inscriptos en el Registro Público de la jurisdicción que corresponda a la sociedad (art. 5 LGS 19.550), con la finalidad de otorgarles publicidad, y oponibilidad frente a terceros. En cumplimiento de esta finalidad, el art. 9 de la LGS⁵ prevé la formación de un legajo para cada sociedad que contiene los trámites registrales realizados en original para consulta pública.

La importancia de esta publicidad registral tiene su encuadre normativo en la LGS y en la Ley N° 26.047 que estableció que los Registros Nacionales serán de consulta pública. Por su parte, el Anexo VII del Decreto N° 1172/2003 regló el acceso a la información pública.

A nivel nacional para el SPN la Resolución General I.G.J. N° 3/2016 de acceso a la información deja sin efecto toda norma que limite o restrinja el acceso a la información en el ámbito de la Inspección General de Justicia y pone a disposición de los interesados la información existente en el Organismo, con las limitaciones que establece la Ley 25.326, que indica las condiciones a la cesión de información personal a terceros, y normas concordantes.

En el marco de la modernización nacional el legajo de acceso público dejó de ser una carpeta con los trámites en formato papel y pasó a ubicarse en el Registro Legajo Multipropósito (RLM) del sistema GDE, como único medio de administración de los registros de las entidades y jurisdicciones del Sector Público Nacional (Decreto N° 1306/2016).

2.2 El Control de Legalidad

El marco normativo de los Registros Públicos representaba al momento del dictado de la LACE una carencia histórica que era reclamada por la doctrina⁶, y tal como ocurre en el caso de la provincia de Salta, algunas provincias no contaban tampoco con resoluciones técnicas para reglamentar los trámites registrales, apelando a los usos y disposiciones que cada gestión disponía. A este vacío normativo, se le suma ahora la falta de marco regulatorio en materia de TIC para incorporar el documento y la firma digital, y pautas registrales para implementar todos los cambios que impone la ley.

Es que la LACE vino a poner sobre la mesa un debate histórico del Derecho Societario respecto al rol y las facultades del Registro Público. María Agustina Saporiti⁷, en forma coincidente con gran parte de la doctrina, entiende que en su redacción original el artículo 38 LACE reconocía las facultades de ejercer un control de legalidad por parte de los regis-

⁴ Artículo 1° — 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 (LGS 19. 550).

⁵ Artículo 9° — En los Registros, ordenada la inscripción, se formará un legajo para cada sociedad, con los duplicados de las diversas tomas de razón y demás documentación relativa a la misma, cuya consulta será pública (LGS 19. 550).

⁶ Al respecto Guillermo Enrique Ragazzi en su ponencia "El Registro Público de Comercio. Necesidad de su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación", publicada en la Revista del Congreso Publicado en la revista del XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. Buenos Aires, 2013; 215/229, reclamaba la incorporación de la publicidad en la regulación del código, cuestión que no fue incorporada en la reforma y continúa pendiente.

⁷ María Agustina Saporiti, "EL CONTROL DE LEGALIDAD ANTE LAS ÚLTIMAS REFORMAS AL RÉGIMEN SOCIETARIO". Publicado en la revista del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. (Rosario, 2019).

tros públicos⁸, pero esto fue modificado por la ley 27.444 abandonando la referencia al “cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de aplicación”, limitándolo solamente al “cumplimiento de los requisitos formales y de las normas reglamentarias”, y de esta manera dando fin a cualquier duda interpretativa que pudiere surgir al respecto. En este orden de ideas, afirma la autora que el control de legalidad que actualmente la ley reconoce al Registro Público ante la S.A.S. se limita únicamente a la verificación de los requisitos formales, quedando reservado al Poder Judicial la facultad de ejercer el control de legalidad sustancial en los casos que fuere necesario.

Resulta evidente que, el control de legalidad de los Registros Públicos en este nuevo contexto, donde las nuevas tecnologías y la simplificación han tomado un rol central y determinante, ha sido redefinido.

3. La Implementación de las Nuevas Tecnologías.

3.1 El Marco Normativo de las Nuevas Tecnologías

Para implementar la firma digital, electrónica y el GDE otorgándole eficacia y validez jurídica, el Gobierno Nacional dictó más de 200 normas técnicas, cuyo ámbito de aplicación vale aclarar, se limita a las jurisdicciones y entidades del Sector Público nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley N° 24.156.

Este marco normativo se encuentra publicado en el sitio de INFOLEG como “Normativa Sistema de Gestión Documental Electrónica – GDE” se divide en bloques que contienen normas esenciales para la validez legal del sistema implementado, evitando inconsistencias normativas e inconvenientes legales. Pero también entre ellas encontramos elementos estratégicos claves como la implementación del sistema GDE como obligatoria en el SPN, convirtiéndose en la herramienta principal de esta política de estado al establecer la obligación de los organismos de adaptarse al nuevo sistema.

Pero este marco normativo no rige para las provincias, y menos aún, para las que no tienen incorporado el sistema GDE como plataforma de trámites.

En Chile se ha incorporado El Registro de Empresas y Sociedades (RES), que es un registro único y rige en todo el territorio de Chile, esta modernización uniforme es favorecida por contar con un solo sistema y marco normativo incorporado al gobierno digital.

En Argentina al ser un país federal la Nación ejerce las facultades delegadas por las provincias (art. 126 CN), y las provincias conservan todas las facultades no delegadas al sistema federal (art. 121 CN), por su parte también los municipios tienen autonomía en determinadas materias (art. 123 CN), existiendo por lo tanto 3 niveles de gobierno en la distribución de competencias.

Estos niveles de gobernanza autónomos han generado políticas dispares en materia registral históricamente⁹, (e incluso en la mayoría de las provincias hay regulaciones realizadas

8 El Artículo 38 de la Ley 27349 disponía en su redacción original que “La documentación correspondiente deberá presentarse ante el registro público, quien previo cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de aplicación, procederá a su inscripción...”. Ello era incongruente con la brevedad impuesta al trámite constitutivo que el mismo artículo disponía el artículo 2 de la RG IGJ 06/2017 disponía que con respecto a la S.A.S. ella “tendrá a su cargo exclusivamente funciones registrales”, y consecuentemente surgía nuevamente el debate en torno a si este control era de carácter formal, o también sustancial”. (María Agustina Saporiti, “EL CONTROL DE LEGALIDAD ANTE LAS ÚLTIMAS REFORMAS AL RÉGIMEN SOCIETARIO”. Publicado en la revista del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. Rosario, 2019)

⁹ En este sentido, la Recomendación del año 2012 del Consejo de la OCDE sobre Política y Gobernanza Regulatoria establece que los países deben “promover la coherencia regulatoria a través de mecanismos de coordinación entre los niveles supranacional, nacional

por los propios Registros arrojándose facultades legislativas que no tiene la administración pública). A esta situación, que ya implicaba una gran complejidad en materia de control de legalidad y tramitación, se le suma ahora la falta de regulación y la ausencia de uniformidad de las tecnologías de la información y comunicación incorporadas a los procesos registrales modernizados.

4. Conclusiones

Resulta necesario pensar un esquema conceptual para desarrollar un nuevo marco normativo donde la incorporación de la tecnología no afecte el orden público societario ni los principios esenciales del derecho registral.

En este primer análisis, se concluye que en el SPN argentino la implementación del GDE y FD tiene una base sólida en el ecosistema jurídico que lo sostiene y valida, y la actividad de la autoridad de aplicación de estas políticas públicas se encuadra en el marco de un plan de modernización ideado en este sentido, que cuenta con una planificación estratégica, actividades planificadas y mediciones de resultados, lo que se ve reflejado en la realidad de las TIC implementadas en las gestiones de los organismos nacionales.

En cuanto a las provincias, que no cuentan con un plan de modernización, ni se refleja una política pública centrada en la modernización, se evidencian carencias normativas importantes en el marco de aplicación del gobierno electrónico que deben ser suplidas a fin de darle legalidad al nuevo sistema.

Concluyo que, en esta nueva realidad, para cumplir con los estándares en materia de TIC y del derecho societario registral, resulta necesario un nuevo marco conceptual que fusione los principios de la informática jurídica y el derecho registral para para la creación del marco normativo que regule los trámites registrales.

y subnacional de gobierno. Como un componente importante de la coordinación, una mejor comunicación entre los niveles de los gobiernos puede ayudar a prevenir conflictos y la duplicación de las regulaciones" invita a los gobiernos a "fomentar el desarrollo de la capacidad de gestión regulatoria y el desempeño en los niveles subnacionales de gobierno"

LOS ALCANCES DEL ART. 12 EN LA LEY ACTUAL

María Sol Flores Collazo

Las reglas que la ley ha aceptado al regular las sociedades de la Sección IV exigen reinterpretar el art. 12 admitiendo que, aunque estemos ante un SRL y SA, las modificaciones no inscriptas les serán oponible a los terceros que las conocieron.

La LGS regula en forma diferenciada la inscripción del contrato constitutivo, de la de sus reformas posteriores.

Sobre la primera se ocupan los arts. 5, 6 y 7 LGS, indicando este último que esa inscripción tiene como efecto la regularidad de la sociedad, por lo que, en este caso, la inscripción tendrá efectos constitutivos.

Significa esto que los otorgantes del contrato social sólo podrán beneficiarse de las reglas del tipo social elegido, si han cumplido con todos los requisitos legales, incluida la inscripción social.

Luego del acto constitutivo, el contrato social puede sufrir varias modificaciones.

Sobre estas reformas el art. 12 LGS, prevé en su primer párrafo una regla general: *“Las modificaciones no inscriptas regularmente obligan a los socios otorgantes.”*

Sin perjuicio de ello, la ley establece ciertas excepciones a esta regla, pues cuando se trata de cambios transcendentales en el contrato, la ley exige un plazo para su presentación ante el Registro correspondiente y le otorga efectos constitutivos a la misma –fusión, transformación-. La primera parte del art. 12 regula los efectos que proyecta la modificación hacia “adentro”, es decir entre los socios y la sociedad, obligando a los primeros por las modificaciones no inscriptas. Se encuentran incluidos aquellos socios que, si bien no son “otorgantes” pues ingresaron a la sociedad con posterioridad, cabe suponer que al hacerlo conocían el contenido del contrato y por lo tanto, cualquier reforma que hubiese ocurrido.

En el mismo sentido, el art. 233 LGS también otorga obligatoriedad entre los accionistas a las resoluciones asamblearias que hayan sido aprobadas conforme con la ley y el estatuto.

No ocurre lo mismo en relación a los efectos de la inscripción frente a terceros, es decir, hacia “afuera” de la sociedad.

El segundo párrafo del art. 12 establece: *“Son inoponibles a los terceros, no obstante, estos pueden alegarlas contra la sociedad y los socios, **salvo** en las sociedades por acciones y en las sociedades de responsabilidad limitada.”*

La primera regla es que las reformas son inoponibles frente a terceros, sin perjuicio de lo cual éstos pueden alegarlas contra la sociedad, –por lo menos en relación con los tipos legales que no sean SA o SRL-.

Esa regla parecería estar en consonancia con lo que preveía la Ley de Sociedades Comerciales, frente a aquellas sociedades denominadas irregulares, donde el legislador castigaba la falta de inscripción al no permitir que los socios pudieran hacer valer el contrato entre sí –o sea lo que ellos mismos habían acordado-, pero sí podían hacerlo valer los terceros en su contra. También encuentra respaldo en lo previsto por el art. 18 LGS donde los terceros pueden alegar la existencia de una sociedad nula contra ésta.

Ahora bien, si un tercero hace valer la reforma frente a la sociedad, deberá hacerlo en forma integral, pues éste no puede aceptar aquello que le es favorable y desechar lo que le perjudica.

Sentado lo anterior, parece que ésta segunda parte del art. 12 centra el problema de la oponibilidad de la reforma no inscrita para el caso de las sociedades SA y SRL.

Como mencionamos anteriormente, las reformas son obligatorias desde su otorgamiento por aplicación del art. 233, que se ocupa específicamente de la Asamblea que es el órgano que expresa la voluntad de la sociedad, por lo que descartamos que la excepción prevista en este último párrafo afecte a la primera parte del artículo 12 antes mencionado.

Entendemos entonces que, si la reforma puede obligar a quienes las otorgan, significa que es plenamente válida y su falta de registración sólo surte efectos en relación con la oponibilidad de la misma.¹

Ahora, distinto es el caso de los efectos frente a terceros, pues parecería ser que en esos casos, y así lo ha sostenido destacada doctrina, las reformas de estos tipos sociales le son inoponibles.

Nosotros sostenemos que esta interpretación chocaría con el espíritu de cambio que trajo y tiene la nueva LGS.

Con la reforma de la LGS se aceptó que aquellas sociedades que no se encuentran inscritas –entre otros “defectos”-, se regirán por lo previsto en la Sección IV, que a diferencia de antes, dispone en su art. 22 que el contrato social podrá ser invocado entre los socios y es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

Sería absurdo sostener que una sociedad completamente irregular podrá invocar su contrato y reformas frente a terceros que lo conocían y una SA o SRL regular no.

Y esto por cuanto si la inscripción tiene una función de publicidad, es decir poner en conocimiento al tercero, cuando éste ya conocía la reforma por otro medio, la protección que perseguía la norma se encuentra cumplida.

Esta conclusión coincide también con lo establecido en el nuevo art. 157 del CCyCN², que si bien se aplica en forma supletoria a la LGS, sostiene que la modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento y que, ésta será oponible a terceros a partir de su inscripción, excepto que el tercero la conozca.

Entonces, si bien la ley no distingue entre los terceros que conocían o no la reforma en cuestión, creemos que las reformas no inscritas producen efectos frente a los terceros que las conocían en todos los tipos sociales, incluidas la SA o SRL.

Sentado lo anterior, nos surge el siguiente interrogante: ¿puede la sociedad “demorar” la presentación de inscripción ante el Registro sin consecuencias?

Este tema toma relevancia en la actualidad ya que muchas sociedades comerciales se ven impedidas de inscribir sus reformas de estatuto porque sus accionistas extranjeros no cumplen con ciertos requisitos que el Registro les pide cumplimentar más allá de lo previsto en nuestra LGS.

Como sostuvimos, en principio los efectos de la inscripción sólo ocurren una vez que ella ha finalizado y por lo tanto no surten efectos durante el “*iter* de inscripción” ni tampoco estos

¹ ADROGUE, Manuel I. y GARCIA CUERVA Héctor M, “La publicidad registral de la constitución y disolución de las sociedades comerciales y de las modificaciones al contrato social”, LL 1978-D-1032, pág. 1036

² ARTICULO 157.- Modificación del estatuto. El estatuto de las personas jurídicas puede ser modificado en la forma que el mismo o la ley establezcan. La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de ésta, excepto que el tercero la conozca.

se retrotraen al momento de su presentación, como así ocurre en el caso de la constitución. Y esto genera el absurdo de que una sociedad no pueda cumplir con la obligación de inscribir sus reformas, porque su accionista –recordemos sujeto distinto de ella- no cumple con algún requisito administrativo.

Sobre este aspecto, la ley nada dice.

No se ocupa de regular qué ocurre en estos casos, omisión que entendemos no responde a un error del legislador, sino que refleja su verdadera intención, pues cuando deseó que la inscripción sea constitutiva y sea realizada en un plazo determinado así lo reguló.

Nótese que por ejemplo si una sociedad desea transformarse deberá inscribirlo dentro de los 3 meses de su aprobación bajo pena de caducidad.

La ley se ocupa de establecer un plazo perentorio para su inscripción, explicando cuál será la consecuencia de su incumplimiento, por lo que forzoso es concluir que, si nada dijo en relación a una reforma de estatuto común es porque así lo quiso.

Coincidimos con quienes sostienen que la norma aplica la categoría de inoponibilidad, de lo cual resulta que la inscripción de las modificaciones tiene carácter declarativo y no constitutivo.³

Y como tal puede la sociedad demorar su presentación ante el Registro manteniendo su validez ante aquellos terceros que la conocían y obviamente a los socios que participaron en ella. La modificación, y por lo tanto sus efectos, no puede estar supeditada a la concreción de otro acto, es decir la inscripción registral, pues ésta sólo tendrá como consecuencia la publicidad del acto frente a terceros.⁴

Pero, la sociedad no podrá invocar su falta de inscripción para no hacerse cargo de las consecuencias de su reforma.

Conclusión:

La ley no prevé ninguna sanción para la falta de registración de las reformas de estatuto social, pues las mismas son meramente declarativas y no constitutivas.

Atento ello, son válidas y por lo tanto serán plenamente oponibles a los socios y terceros que tenían conocimiento de ellas, sin importar el tipo social de que se trate.

³ ZUNINO, Jorge O., "Régimen de Sociedades Comerciales", p. 89, Astrea, 16° ed., 1999.

⁴ CNCom. Sala B "Riello, Manuel y otros c. Grimaldi, S. A., A." del 09.04.1980.

UNA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA PARA CABA Y SOSTENIDA POR CABA

Fernando Pérez Hualde, Lisandro A. Hadad y José Sala Mercado

SUMARIO

La Inspección General de Justicia es una dependencia que se encuentra en la órbita administrativa del Poder Ejecutivo de la Nación, pero con competencia exclusiva en materia societaria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A partir de la sanción de su Constitución en el año 1996, CABA ha adquirido autonomía respecto del gobierno central, estipulando en el Título Preliminar – Capítulo Primero Principios – artículo 1 de su carta magna que “La Ciudad ejerce todo el poder no conferido por la Constitución Nacional al Gobierno Federal”.

Lo cierto es que todas las provincias de la República Argentina sostienen económicamente a una IGJ de la que solo tienen el privilegio de gozar los ciudadanos de CABA, afectando de este modo nuestro federalismo constitucional.

PONENCIA

Estado actual de la situación.

Luego de la adquisición de su condición de ciudad autónoma, la legislatura porteña sancionó la ley 2875 que crea el Registro Público de Comercio y Contralor de las Personas Jurídicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Conforme dicha norma, el organismo tiene como competencia: a) el Registro Público de Comercio, conforme las funciones y alcances que la legislación le otorga; b) La fiscalización de las sociedades comerciales, de las asociaciones civiles y de las fundaciones, cuando tengan domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; c) La fiscalización de las sociedades constituidas en el extranjero que realicen actos comprendidos en su objeto social, establezcan sucursales, asiento o cualquier otra especie de representación permanente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Quedan exceptuadas de la fiscalización del presente Organismo del Registro Público de Comercio y contralor de Personas Jurídicas las sociedades sujetas al control de la Comisión Nacional de Valores.

Innecesariamente, la propia ley de la legislatura porteña, subordina la entrada en vigencia del Registro local a la suscripción por parte del Jefe de Gobierno, de los convenios de coordinación y competencia que sean necesarios con el Estado Nacional.

En lo que hace al conflicto normativo, tenemos por una parte la ley nacional 24.588 de noviembre de 1995 que garantiza los intereses del Estado Nacional en la Ciudad de Buenos Aires y establece, por un lado, que “la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires...” (artículo 2), y por el otro, que “el Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional” (artículo 10). Esta normativa choca con la propia Constitución de CABA que estipula en su artículo 8º inciso 25 que la legislatura de la ciudad regula la organización y funcionamiento de los registros: de la Propiedad Inmueble, de Personas Jurídicas y del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad y todo otro que corresponda; y así también, con el artículo 14º que dispone “A partir de la sanción de esta Constitución, quedan derogadas todas las normas que se le opongan.”

Lo cierto es que hoy en día el Registro Público de Ciudad Autónoma se encuentra suspendido desde el año 2009, en virtud de una medida cautelar en el marco de un proceso iniciado por la Fiscalía General ante la Cámara Nacional en lo Comercial¹, en el que se busca la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 2875 (con sentencia de primera instancia a favor de CABA).

Un beneficio para pocos sostenido por muchos.

Con independencia del conflicto normativo, lo cierto es que el esquema actual de una IGJ con competencia exclusiva para la Ciudad de Buenos Aires, pero sostenida económicamente por todos los ciudadanos de las distintas provincias de nuestro país², demuestra un arcaico unitarismo³.

De este modo, un ciudadano que compra un bien en la localidad de Ledesma en la provincia de Jujuy, como así también aquel que lo hace en Ushuaia, mediante el pago del impuesto al valor agregado, aporta al sostenimiento de un organismo administrativo de extraña jurisdicción que no solo ningún beneficio le aporta, sino que incluso, y lo que es peor, el beneficio es exclusivamente para aquellos que habitan la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Corte Suprema de Justicia ha manifestado “que, en el contexto referido, el sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de “lealtad federal” o “buena fe federal”, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias debe evitarse el abuso de las competencias de un Estado en detrimento de los otros. De esta manera, el ideario federal en el que descansa nuestro sistema de gobierno parte de la base de que el Estado Nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios coordinan sus facultades “para ayudarse y nunca para destruirse” (“Bazán”, Fallos: 342:509 y “Telefónica Móviles Argentina”, Fallos: 342:1061 voto de los jueces Maqueda y Rosatti, considerando 9°).

En síntesis, el armónico desenvolvimiento del sistema federal de gobierno depende de la “buena fe”, de la “coordinación” y de la “concertación” recíproca entre los distintos estamentos de gobierno (Nación, Provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios), pues esos principios constituyen el modo razonable para conjugar los diferentes intereses en juego y encauzarlos hacia la satisfacción del bien común.

Con lo cual, y tomando los principios de buena fe y lealtad federal a los que hace referencia nuestro supremo tribunal, nos preguntamos ¿Por qué si todas las provincias de nuestra República sostienen económicamente de forma autónoma sus propios registros públicos y autoridades de control, deben sostener además entre todas al registro público y autoridad de control con competencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siendo esta una ciu-

¹ Autos: “FISCALIA GENERAL CNCOM C/ GCBA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” CAF 031698/2009, actualmente en trámite por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I).

² El presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación tiene un programa que se encarga de concentrar las acciones vinculadas a distintos Registros a cargo del Ministerio (Registro de la Propiedad Intelectual, Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de la Propiedad Automotor, Registro de Reincidencia, entre otros) y se coordina la ejecución de los mismos. A su vez, se contemplan las acciones a cargo de la Inspección General de Justicia en materia de inscripción, registro y fiscalización de sociedades, y mediante el cual se le asigna a esta un crédito de 189.782.487 de pesos.

³ CSJN en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, CSJ 567/2021”, ha afirmado que: Que la vigencia del artículo 129 de la Constitución Nacional imposibilita que la Ciudad de Buenos Aires reciba el mismo trato que antes de la reforma de 1994, es decir como un “territorio federalizado”, propio de una época en la que esta carecía de autonomía en tanto el Congreso de la Nación actuaba como su legislador “exclusivo” (ex art. 67 inc. 27), el Presidente de la Nación como su “jefe inmediato y local” (ex art. 86 inc. 3) y la justicia nacional como justicia local.

dad constitucional federada⁴? No existe razón valedera que lo justifique⁵.

La IGJ en la orbita del Poder Ejecutivo Nacional debe quedar solamente para cumplir las funciones de control de carácter nacional que le corresponden sobre las Sociedades de Capitalización, de ahorro y prestamo, de economía, de constitución de capitales u otra determinación similar o equivalente, que requieran bajo cualquier forma dinero o valores al publico. De igual modo como autoridad de control de las empresas binacionales Argentina – Brasileira. Las funciones con competencia exclusiva de la Ciudad Autonoma, por el contrario, deben quedar para (y ser soportadas por) la propia Ciudad Autonoma de Buenos Aires, la cual debe dictar su propia ley a estos fines.

⁴ Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen ("Bazán", Fallos: 342:509, considerando 30 y "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Fallos: 342:533 considerando 12, ambos referidos con anterioridad).

⁵ Si bien es cierto que la IGJ cobra tasas que son ingresos para el Estado Nacional, dichos ingresos no están asegurados y fluctúan según la actividad que la IGJ tenga, pudiendo ser menores que los créditos adjudicados por el presupuesto del Ministerio de Justicia de la Nación.

FISCALIZACIÓN LIMITADA: EL CONTROL FORMAL COMO SERVICIO REGISTRAL

María Laura Juárez

SUMARIO

Mediante el presente trabajo se pretende analizar el alcance del control limitado, entendiéndose que las modificaciones sufridas por la ley general de sociedades y la ley 27.349, ponen en resalto una nueva función estatal, cual es la de ofrecer a la comunidad un servicio registral, donde prime la eficiencia, el acceso a la información, promueva la constitución de nuevos emprendimientos, fomentando en definitiva la actividad privada, la inversión y el desarrollo económico del lugar; limitando el control de policía, es decir la verificación del cumplimiento de las normas sustanciales, cuando ello resulte necesario en resguardo del interés público, en cuyo caso y previa resolución fundada, la autoridad estatal podrá ejercer de funciones de vigilancia.- (art. 301 LGS)

Introducción

Por ser la República Argentina un país organizado bajo el sistema Federal y en un todo de acuerdo lo establecido por la Ley General de Sociedades (Ley 19.550) y la ley 21.768¹ que reconoce la potestad de cada Provincia por medio de leyes locales, de organizar la función societaria registral; las sociedades quedan sujetas al control de la autoridad competente según su domicilio; en otras palabras cada Provincia tiene a su cargo el control y registración de los actos societarios.

Es que el ejercicio de la **función de policía** no es una de las facultades delegadas por parte de las provincias al Estado Nacional (art. 126 CN), por lo que las autoridades locales pueden ejercer en sus respectivas jurisdicciones las acciones necesarias *“para proteger, preventiva y represivamente la integridad física de las personas y de las cosas, en el orden moral y de la economía pública en lo que pueda afectar inmediatamente a las primeras”*²

Ello se reafirma con antecedentes jurisprudenciales de nuestra CSJN que en Empresa Plaza de Toros dijo *“que es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias esté a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conducente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos”* (Fallos, 7: 150, 152), pero luego en Resoagli se nota que la imputación de la “policía” a las provincias es una consecuencia, no el fundamento, de la división de poderes federales y locales cuando expresa *“conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, [...] de este principio fundamental se deduce, que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo ciento ocho (hoy 126)*

¹ ARTICULO 1° - El registro de los contratos constitutivos de las sociedades comerciales sus modificaciones y el de los demás actos y documentos cuya inscripción se impone a las mismas, a sus órganos o a sus socios o mandatarios, como así toda otra función societaria registral atribuida en la legislación comercial vigente al “Registro Público de Comercio”, o los “registros”, “jueces”, o “jueces de Registro”, quedan indistintamente a cargo de él o los órganos judiciales o administrativos que en cada jurisdicción determinen las leyes locales.

² BIELSA Rafael, “Derecho Administrativo” Roque Depalma Editor – Buenos Aires Argentina, 1956, Tomo V, pag 2.

de la misma Constitución.” (CSJN, Fallos, 7: 373, 386, año 1869.) y la razonabilidad que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240)³

Así cada provincia determina los órganos judiciales o administrativos que resultarán auto-ridad de aplicación, y tendrán a su cargo la fiscalización de las sociedades, de los contratos asociativos, transferencias de fondos de comercio y de aquellos contratos cuya inscripción registral le asigne la normativa vigente, es decir conservan las provincias la **Función de Policía** sobre las personas jurídicas con e fina de asegurar de asegurar el cumplimiento de normas legales y resguardar el interés público.-

Es imperioso resaltar que función de policía no es igual a poder de policía. El poder de policía involucra la idea de poder como elemento del estado, de allí que algunos doctrinarios prefieran hablar a su respecto de “actividad estatal limitadora de los derechos individuales”, consistente en la regulación de su ejercicio, sean derechos expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución, cuya nota típica está dada porque su ejercicio le compete al *órgano legislativo*.- El poder de policía se distingue de la *función de policía*, que es un “*aspecto de la función administrativa, la cual persigue la ejecución de las leyes de policía.*” . De modo que el ejercicio válido del poder de policía supone una ley formal -esto es, norma emanada del órgano legislativo que lo habilite, de carácter impersonal, general, abstracto y objetiva, mientras que la función de policía supone actividad de los órganos administrativos tendiente a la aplicación y ejecución de las leyes dictadas en ejercicio del poder de policía^{4 5}.-

La función de control luego de las reformas introducidas por la Ley 26.994

La ley 26.994 implicó una profunda modificación en todo el derecho privado argentino, ya que no sólo unificó formalmente el derecho civil y el comercial, sino que además lo consideró como un todo inescindible sometido a constantes cambios, que obliga a ser actualizado por medio de la interpretación de la realidad para dar, en todo momento y lugar, la respuesta más adecuada y posible.

El régimen de sociedades no quedó ajeno a este cambio, por lo que en busca de satisfacer las nuevas dinámicas morigeró su función de limitante de la libertad pasando a reconocer e intentar brindar soluciones a las prácticas a las que los sujetos recurrían.

A modo de ejemplo podemos citar las siguientes reformas de impacto en el derecho societario: a.- Se modificó el art. 1 de la Ley 19.550 introduciendo la sociedad unipersonal, aunque se las incluyo dentro de las sociedades anónimas sometidas al control estatal permanente (art. 299 LGS, con la consiguiente obligación de llevar sindicatura aunque en forma unipersonal - Luego la ley 27.349, flexibilizó las exigencias permitiendo la sociedad por acciones simplificadas de un solo socio. - b.- Se extendió la autonomía de la voluntad con la regulación de las sociedades simples, ya que se eliminó la regularización y el antiguo

³ CORDILLO Agustín Tratado de Derecho Administrativo - Editorial Machi 1974.

⁴ VILLEGAS BASAVILBASO Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, TEA, 1949/52, t. V, p. 11 y ss., esp. pp. 56-7, 76-8, 88 y 108, definió a la función de policía diciendo que es “una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, salubridad y moralidad públicas y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera”, y en cuanto al poder de policía dice que es “la potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general regulando a este fin los derechos individuales expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental”.

⁵ CASSAGNE Juan Carlos y otros en “El sistema de Evaluación Permanente de conductores” Pág. 22 sigue propiciando la misma distinción entre “Poder de Policía” y “Policía administrativa,” señalando que esta última hace referencia a una parte de la habitual actividad o función de la Administración Pública implicando una función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad públicas, requiriendo el ejercicio de esta potestad estatal de una ley.

régimen sancionatorio de las sociedades que no cumplieran requisitos formales (irregulares o de hecho) y permite la coexistencia de las sociedades típicas con atípicas y con aquellas a las que les falta algún elemento esencial tipificante, dando validez a sus instrumentos constitutivos. c.- Inspirado en principios de libertad contractual y buena fe, se impone en todos los casos la obligatoriedad de los contratos entre partes y respecto de los terceros (pacta sunt servanda), en las condiciones que la ley establece, aun cuando tales acuerdos no se hayan inscrito (art. 157 CCC y art. 22 SS y cc LGS). d- La reforma del art. 6 de la LGS limita el control estatal, a un mero control formal, pero necesario, para cumplir con la registración de los documentos societarios.

Como consecuencia de ello, podemos afirmar que la función de fiscalización que la ley confiere a los organismos de control con competencia en materia societaria, luego de la reforma del art. 6 de la LGS, solo alcanzaría a: 1.- La verificación del cumplimiento de los requisitos de forma, instrumentación y publicación y adecuación del instrumento constitutivo o modificaciones a las exigencias del tipo social elegido. La autoridad de contralor no debe hacer una valoración de la validez y legalidad de las cláusulas del contrato constitutivo- 2.- Verificaciones de homonimia, 3.- Facultades de Vigilancia e investigación cuando en ejercicio de sus funciones, por denuncias de otros organismos estatales o de terceros advierte que el interés público se encuentra comprometido, cumpliendo los recaudos previstos en el art. 301 LGS, 4.- Aprobación de la valuación efectuada por los socios en materia de aportes no dinerarios, según el art. 53 LGS.- Este supuesto no se presenta en SAS, en las que la autoridad administrativa esta relevada de la obligación de hacer una valoración respecto de la correcta o incorrecta valuación de los aportes en especie que se realizan (art. 42 Ley 27.349).

Alcance del control estático

La ley General de sociedades, como dijimos utiliza el término conformidad (art. 167 LGS) cuando refiere al acto administrativo que verifica el cumplimiento de normas legales y reglamentarias por parte del Estatuto Fundacional, mientras que hace alusión a “aprobación” en relación a la resolución que resuelve la valuación de los aportes no dinerarios.- No cabe duda que la aprobación implica un juicio valorativo más intenso que la conformidad donde sólo se pretende un cotejo o comparación adecuada frente a los requisitos formales, mientras que en el primer supuesto la autoridad debe comprometer la certeza que fundamenta su resolución y realizar un control de funcionamiento.

La autoridad de control debe exigir el cumplimiento de los requisitos de formas en todos los supuestos, incluidas las SAS. Por el contrario, la aprobación como acto administrativo que otorga beneplácito a las valuaciones de aportes en especie, e implica un juicio de valor, que no se exhibe en las SAS, limitándose a las sociedades por acciones de la ley 19.550.-

La redacción actual del artículo 6 nada dice sobre el deber del juez de comprobar el cumplimiento de requisitos legales y fiscales, lo que ha llevado a algunos autores a sostener la lisa y llana eliminación de tal función por parte de las autoridades de fiscalización. Así Vítolo⁶ dice: “ que el hecho que, siendo que la toma de razón por parte de registrador del instrumento sometido a su consideración no importa un saneamiento de los vicios que dicho instrumento o acto pudieren contener, no tenía sentido seguir conteniendo tal exigencia”.-

⁶ VITOLLO, Daniel R. Manual de Sociedades, Editorial Estudio – 1ª Edición – 2016 pág. 90.

Por otro costado nada se dice en la exposición de motivos de la reforma.

La sociedad es la expresión de la iniciativa privada, independiente del estado, donde los socios se vinculan y establecen cláusulas que regularan sus relaciones entre sí y con la sociedad y las relaciones externas con terceros de buena fe. Así, Gabriela Calcaterra sostiene, que la función del estado no es evaluar el mérito o las conveniencias del negocio ni tampoco tutelar el interés de los socios, ni corregir los defectos de fondo que esos instrumentos presenten. Que la función del estado es tutelar los intereses de los terceros de buena fe que se vinculan con la sociedad⁷.

En este contexto, puede interpretarse que al suprimir las normas referidas al control de legalidad sustancial por parte del Registro Público, el legislador tuvo la intención de reducir sus funciones únicamente a las del control formal, consistentes en la adecuación de los contratos o sus reformas a la ley en su aspecto formal, tal como lo establece el art. 167 de la LGS, que otorga a la autoridad administrativa solo facultades para dar su conformidad al instrumento constitutivo y/o posteriores reformas y ordenar la registración, sin introducirse en cuestiones sustanciales tales como la pluralidad de objeto o la insuficiencia o no de capital social, limitar u observar cláusulas reguladoras de derechos de los socios, o incurrir en excesos reglamentarios, como se muestran hoy en materia de sociedades constituidas en el extranjero, que a la postre implican modificar la ley general de sociedades⁸. - Es decir el acto de conformidad no implica juicio de valor sobre la sustancia, sino sólo sobre adecuación o no a las formas societarias, es decir el cumplimiento de las normas del tipo societario elegido y la existencia de los elementos del art. 11 LGS.- En esta última tarea, solo debe verificar que los elementos esenciales no tipificantes estén presentes, sin realizar ninguna valoración sobre los mismos.

Ello así por cuanto el estado ejerce una función registral a través de la cual da publicidad a todos aquellos documentos emanados de los socios, instrumento constitutivo, y del órgano de gobierno de la sociedad (reformas del contrato o estatuto social), que sean susceptibles de producir efectos frente a terceros. - Mas la autoridad de control no debe cumplir la función de corregir los posibles defectos sustanciales o de fondo que estos instrumentos presenten, ya que la registración carece de efecto saneatorio. -

Como se expuso, debe interpretarse que el art. 167 de la LGS, en materia de sociedades anónimas cuando establece que el contrato constitutivo será presentado a la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales y que el juez del registro, léase autoridad de control local, debe **conformar** dicha constitución para luego ordenar la inscripción en el registro público a su cargo, se limita a un control formal y no sustancial.-

⁷ CALACATERRA Gabriela Silvina, "Acerca de la Fiscalización Administrativa en Materia Societaria" – Libro de Ponencias XIV Congreso Argentino de Derecho Societario – X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa – Tomo I – Editorial Advocatus – pág. 319.

⁸ Cámara Nacional Comercial Sala C dijo ante la imposición por parte de IGJ que ciertas sociedades como la apelante debían respetar a diversidad de género en la composición del órgano de administración: "Del citado art. 99 (CN) surge que la Administración puede dictar normas para la mejor ejecución de las leyes, pero no puede alterarlas, ni contrariar su espíritu, ni restringir -en lo que importa ahora- los derechos que a los particulares hubieran sido así reconocidos. Eso es lo que, a nuestro juicio, ocurrió en el caso, en el que la IGJ adoptó medidas de protección o "discriminación inversa" que, aunque inspiradas en loables propósitos, alteraron la regulación establecida en la LGS. INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ORGANISMOS EXTERNOS 9/8/2021.

RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY FEDERAL N°22.315. CÓMO IMPUGNAR UNA RESOLUCIÓN GENERAL

Matías Oscar Muñoz

SUMARIO

La ley federal N°22.315 también denominada “Ley orgánica de la Inspección General de Justicia de la Nación” regula los denominados recursos directos de apelación ante la Cámara Comercial -si se trata de Sociedades Comerciales- o Civil -en el caso de aquellas entidades-. En ese sentido, se han dado distintas interpretaciones al contenido y alcance que dicho trámite impugnatorio reviste. En efecto: si se trata de un recurso que procede ante resoluciones generales o sólo particulares; si su efecto es devolutivo o suspensivo y -finalmente- si los plazos dispuestos en ella deben ser contabilizados en días hábiles administrativos o judiciales. Es interesante señalar -pese a reiterados equívocos en la práctica- que es la precitada ley federal la que regula el elenco impugnatorio ante resoluciones particulares y no la Ley de Procedimientos Administrativos N°19.549 -que se aplica con carácter supletorio-, con lo cual quedan excluidos de tal temperamento los recursos administrativos (V.gr. de reconsideración y jerárquico directo o subsidiario). Ello así, en orden a la especificidad del Art. 16 de la Ley 22.315, que despeja toda duda al respecto. Finalmente, cabe excluir de la órbita de este recurso directo a los que se interponen ante Resoluciones Generales, toda vez que aquellas revisten naturaleza de acto administrativo de alcance general que solo puede ser reprochado ante la puesta en acto del mismo -lo cual sucede v.gr. con una resolución de carácter particular. Otra tesis supondría que por la vía impugnatoria comentada se deroguen -sin caso judicial- reglamentos que revisten carácter de leyes “en sentido material”. Si ello fuere posible, nos encontraríamos con una acción “popular” o de clase con efecto *erga omnes*.

I. Introducción. La Ley Federal 22.315.

El Capítulo III de la Ley Federal N°22.315 denominado “Recursos” determina que, las resoluciones de la Inspección General de Justicia de la Nación son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial -Comerciantes; Sociedades Comerciales- y por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil -Asociaciones Civiles y Fundaciones-. El pretendido “vacío legal” que ocurriría, estaría dado por el hecho de que el artículo 16 de la ley habla de “resoluciones” sin hacer distinción entre “generales” y “particulares”.

Pese a ello, en ningún pasaje de la norma se hace referencia a una u otra, porque no es una denominación que surja de la ley.

De hecho, el fundamento principal de la emisión de las llamadas Resoluciones Generales, radica en lo dispuesto por el Art. 21 inc. b) el que habla de “Interpretar” con carácter general y particular. Pero ello es radica en una interpretación aislada -intencionalmente o no- y literal de la norma, sin echar mano a ningún otro dispositivo interpretativo, cuestión que no ocurre cuando se trata de otros supuestos (V.gr., cómputo del plazo).

Ello así, porque para creer que es posible impugnar mediante recurso directo de apelación

una Resolución General, que reviste el carácter de reglamento y -como fuente del derecho de ley en sentido material o amplio, es considerar que por vía de la impugnación judicial, puede derogarse una norma de otro poder del Estado, lo cual supone una injerencia inaudible y la configuración de un supuesto de gravedad institucional (Fallos 338:724; 210: 316; 245:18, entre muchos otros).

Ello fue lo sucedido en los ahora Célebres precedentes -aún no firmes y con trámite ante la CSJN- de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial In re "LINEA EXPRESO LINIERS"¹ y "CAMARA DE TRANSPORTE URBANO DE BUENOS AIRES"², donde ambas empresas de transporte se alzaron contra las Resoluciones Generales IGJN N°34 y 35 respectivamente, las cuales trataban acciones positivas de inclusión en los Directorios. En tanto la materia sobre el punto no es lo relevante del asunto, diremos que la Cámara del Fuero mercantil, con su decisorio favorable a las pretensas apelantes, intentó derogar *erga omnes* un Reglamento de naturaleza legislativa -en razón de la propia delegación que efectúa la precitada Ley 22.315-, aspecto válido en otros sistemas jurídicos como el anglosajón, pero no en nuestro sistema de corte continental.

Ello llevó al dictado de una Resolución General que ratificó la vigencia de las resoluciones impugnadas y que -contemporáneamente- recibió respuesta por parte de la Cámara Mercantil en un "Acuerdo Extraordinario" que fue notificado en Sede de la Inspección General de Justicia de la Nación.

II. Interpretación de los recursos

Las Resoluciones Generales, como toda norma de carácter general, es publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (B.O.R.A.) y por principio general, tendrá validez a los ocho días desde su publicación en aquel, excepto disposición diversa en el propio instrumento legislativo.

Hasta allí, sería inverosímil interpretar que el plazo dispuesto por el Artículo 17 de quince días de "notificada" la resolución, haga referencia alguna a la interpretación general que el Inspector General de Justicia pueda hacer conforme al precitado Art. 21 de la norma reglamentaria.

Ello es así, porque las Resoluciones Generales no se notifican a los particulares (Conf. Art. 11 Ley 19.549).

En efecto, solo podría peticionarse si la resolución en cuestión causare un gravamen a la entidad concernida, lo cual puede suceder únicamente ante un acto administrativo particular (V.gr. intimación a cumplir con la RG en cuestión) el cual -lógicamente- es notificado al interesado.

De allí que pretender impugnar por vía de recurso directo una Resolución General -y ello con la tesis de que la ley "no distingue"- es jurídicamente inaceptable.

Jamás puede haber caso, -en términos de lo dispuesto por el más Alto Tribunal- tal como lo evidencia el precedente la Cámara Nacional en lo Civil que, pese a declararse competente, arriba a la misma conclusión en autos "ASOCIACION CIVIL FABRICANTES ARGENTINOS DE CARROCERIAS C/ I.G.J. 1901849/9183903 S/RECURSO DIRECTO A CAMARA"³.

¹ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ORGANISMOS EXTERNOS Expediente N° 1651/2021/CA01. CNCOM SALA C

² INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA C/ CAMARA EMPRESARIA DE TRANSPORTE URBANO DE BUENOS AIRES S/RECURSO DE QUEJA (OEX) Expediente N°10124/2020 CNCOM SALA C

³ CIV 15041/2021. Allí la Cámara dijo: "(...) Al respecto, el Tribunal comparte las consideraciones vertidas por los Sres. Vocales de la

III. Concesión y efectos

Otra cuestión tiene que ver con la concesión del Recurso deducido ante una Resolución Particular y sus efectos.

El análisis de la admisibilidad de un Recurso en sede administrativa es siempre efectuado por el Inspector General de Justicia. No han existido mayores objeciones al punto, existiendo ante la denegatoria, la respectiva Queja.

Si es concedido, es elevado a la Cámara respectiva con sus antecedentes.

Si es denegado, tal cuestión se notifica al interesado, quien podrá en su caso ocurrir en queja por apelación denegada.

Tampoco ha sido materia de mayor debate la referida al efecto con el cual dichos recursos deben ser concedidos.

Suele ser una carta de presentación en cada impugnación interpuesta ante el Órgano de registro y control, la petición de que el Recurso sea concedido con efecto "suspensivo". En este sentido, el Artículo 18 de la Ley Orgánica señala que El recurso contra las resoluciones que impongan las sanciones de apercibimiento con publicación y de multa, será concedido con efecto suspensivo.

Nuevamente, y sólo en precedentes aislados y contingentes según las circunstancias, alguna doctrina de fallos aislada pudo considerar que, al no señalar el efecto para los restantes supuestos -excluyendo sanciones- entonces se aplicaría el principio general del Art. 243 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En este sentido, una vez más se impone la necesidad de una interpretación sistémica.

La propia existencia del artículo 18 evidencia tal imperiosa necesidad.

La última cuestión refiere a cómo deben computarse los días que contempla el plazo del artículo 17. Pacífica jurisprudencia entendía que los plazos se contabilizan en días hábiles administrativos. Ello así, porque hasta tanto exista un análisis de admisibilidad y consecuente concesión, el trámite continúa en la órbita administrativa.

En un aislado -y forzado- precedente⁴ se benefició a un impugnante con la aplicación del plazo computado en días hábiles judiciales, razón por la cual el recurrente extemporáneo se benefició de la feria invernal.

V. Corolario

Todo lo expuesto lleva a concluir que la naturaleza de las Resoluciones Generales radica en su carácter de normas de naturaleza legislativa, de consecuente alcance general, no susceptibles

Sala A de esta Cámara en la resolución dictada el 19 de octubre de 2020 en los autos "Asociación Civil Transporte Automotor c/ I.G.J. s/ recurso directo a Cámara" (expediente n° 46746/2020). En esa oportunidad, el Tribunal consideró que el recurso previsto por el artículo 16 citado no resulta la vía adecuada para cuestionar en forma directa un reglamento de alcance general como las resoluciones 34 y 35 (año 2020) de la IGJ ya que su finalidad es de corte jurisdiccional. Es decir, se trata de un remedio cuyo fin es preservar la intervención judicial última en la solución de los conflictos de intereses entre particulares o entre éstos y el Estado. No se soslaya que, en un caso análogo al presente, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial consideró que el artículo 16 de la ley 22.315 no hace distinciones en relación con el alcance general o particular de las resoluciones de la IGJ susceptibles del recurso de apelación previsto en la norma ("Inspección General de Justicia c/ Cámara Empresaria de Transporte Urbano de Buenos Aires s/ Recurso de queja" del 17/11/2020). Sin embargo, aplicar en el caso el criterio sostenido por los colegas del Fuero Mercantil conduciría a una declaración judicial abstracta en tanto la quejosa, en el escrito en que fundó la apelación denegada, no ha aportado elementos de juicio suficientes para entender que se encuentra alcanzada por las disposiciones de las Resoluciones Generales 34 y 35 ya aludidas. Es que la interesada no ha aducido que la IGJ la haya intimado al cumplimiento de las referidas resoluciones 34 y 35, ni ha siquiera manifestado algún particular conflicto a la hora de conformar los órganos correspondientes del ente. Por ende, su recurso de apelación no tiende a cuestionar la validez constitucional de una decisión administrativa que le impone particularmente el cumplimiento de una conducta determinada, sino la validez de una norma reglamentaria que, sólo eventualmente, podrá afectarla (...)."

⁴ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA C/ HOTESUR S.A. S/ORGANISMOS EXTERNOS COM 17832/2021. Sentencia que no se encuentra firme.

del Recurso directo de apelación previsto en el Art. 16 y siguientes de la Ley Federal N°22.315. También puede concluirse que aquel recurso, destinado a impugnar resoluciones particulares (actos administrativos de alcance particular, que son debidamente notificados al interesado) debe interponerse en el plazo dispuesto por artículo 17 y que dicho cómputo se efectúa en días hábiles administrativos.

Respecto al efecto, será siempre devolutivo, excepción hecha de las sanciones de apercibimiento con publicación y de multa. No aplican aquí las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, toda vez que -en este supuesto- se aplica supletoriamente la Ley de Procedimientos Administrativos N°19.549.

ACERCA DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA LACE. ANÁLISIS DE LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA REGLAMENTACIÓN EMITIDA POR LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

Lourdes Solana Penida

SUMARIO

La IGJ como organismo integrante del Poder Ejecutivo Nacional, tiene indudables potestades reglamentarias delegadas dentro de su competencia. La Ley N° 27.349 de “Apoyo al capital emprendedor” (“LACE”), introdujo en la legislación nacional a la Sociedad por Acciones Simplificada (“SAS”) como un nuevo tipo societario, que fue reglamentada en Capital Federal por la Inspección General de Justicia (“IGJ”). A partir del año 2020, las resoluciones de la IGJ parecieran modificar lo dispuesto por la LACE, restringiendo los derechos otorgados por la misma ley. En particular, en los casos del capital social inicial y el plazo de duración de las sociedades.

I.- Introducción. Nociones preliminares.

El 12 de abril de 2017 se publicó en el Boletín Oficial la Ley N° 27.349 de “Apoyo al capital emprendedor” (“LACE”). Esta norma introdujo en la legislación nacional a la Sociedad por Acciones Simplificada (“SAS”) como un nuevo tipo societario que se integra a los ya previstos en la legislación nacional a través de la Ley General de Sociedades N° 19.550 y sus modificatorias (“LGS”). La SAS, creada por la LACE, fue concebida como un tipo societario disruptivo y a medida.

La SAS es el resultado de diversos intentos normativos que plantean una profunda revisión de conceptos y normas arraigadas, frente a una realidad concreta diversa y motivada por la insatisfacción frente a la estructura previa del derecho societario y sus consecuencias¹.

Con la incorporación de la SAS en la legislación nacional, los pequeños y medianos emprendedores fueron provistos de una herramienta jurídica que les permite adecuar la SAS a sus necesidades. La SAS brinda una serie de herramientas que buscan dotar a las sociedades mercantiles de un instrumento adecuado y eficaz, a los fines de que los emprendedores puedan llevar adelante su emprendimiento limitando su responsabilidad del mismo modo que lo planteaban ya las sociedades de responsabilidad limitada, aunque de manera más simplificada ya que en la LACE prima la simplificación de los trámites y la libertad de formas.

Como bien comentan Duprat y Odriozola², la SAS tuvo una rápida aceptación, tanto por la

¹ BALBÍN, Sebastián. Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario. Thomson Reuters. Buenos Aires. 2020.

² DUPRAT, Diego A. y ODRIOZOLA, Juan Martín. Algunas reflexiones sobre la SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del “yo-yo”. TR LALEY AR/DOC/2102/2020.

sencillez y economía de su trámite de constitución, como por la flexibilidad que se permitía a la hora de resolver cuestiones de índole contractual disponibles para los socios en materia de capital social, objeto social, emisión de acciones, estructura orgánica, etc.

A lo largo de este trabajo, reseñaremos brevemente las particularidades de la SAS tal y como se encuentra legislada en la LACE, analizando además reglamentación actual vigente de la SAS conforme fue sancionada por numerosas resoluciones emanadas de la Inspección General de Justicia, desde la sanción de la LACE y hasta el día de la fecha. El objetivo de este trabajo es analizar las facultades reglamentarias que poseen los registros públicos de comercio a la hora de reglamentar la ley de fondo y, en particular, analizar en el caso concreto si la facultad de reglamentar este nuevo tipo societario se adecúa a la intención del legislador expresada en la LACE.

II.- Las facultades reglamentarias de la Inspección General de Justicia (“IGJ”).

Las facultades de los Registros Públicos de Comercio es un tema hartamente debatido por la doctrina. En ese sentido, en tanto autoridad de aplicación, por las reglas propias del derecho administrativo, pareciera claro que la autoridad societaria cuenta con facultades reglamentarias, al menos respecto del marco de actuación jurisdiccional de cada organismo local³.

Del estudio e interpretación de las leyes 22.280, 22.315 y 22.316, se establecen las funciones y facultades de la IGJ. En primer lugar, la ley 22.280, estableció que las funciones atribuidas por la legislación comercial al Registro Público de Comercio, podrán ser delegadas a los organismos judiciales o administrativos que, en cada jurisdicción, determinen las leyes locales.

En ejercicio de lo establecido en la ley 22.280, la autoridad nacional decidió retirar el Registro Público de Comercio de la esfera judicial, y trasladarlo a la IGJ, es decir, al poder ejecutivo. Esto se hizo a través del dictado de las leyes 22.315 y 22.316, que reglamentan la competencia, misión y funciones de la IGJ, y se le otorgan las tareas atribuidas por la legislación vigente al Registro Público de Comercio. En cumplimiento de tales funciones, el organismo deberá desempeñar la función de control de legalidad y ejercer el poder de policía.⁴

En palabras del Dr. Butty, si el Registro Público de Comercio está a cargo de una autoridad judicial, no procede dictar normas reglamentarias genéricas en torno a lo inscribible, pero si el Registro, en función de la mencionada función conferida por la ley 22.280, se encuentra radicado en sede administrativa, como sucede actualmente en la Capital Federal, la facultad del Inspector General de Justicia de dictar normas reglamentarias generales es incuestionable.⁵

La IGJ entonces, como organismo integrante del Poder Ejecutivo Nacional, tiene indudables potestades reglamentarias delegadas dentro de su competencia, a tenor de lo expresamente dispuesto por el art. 99 inc. 2° de la Constitución Nacional y por el art. 21 inc. b) de la ley 22.315.⁶

Zanjado el tema de las facultades reglamentarias de la IGJ, corresponde también el análisis de su extensión. En este sentido se ha expresado de manera clara y contundente la Cámara

³ LUCHINSKY, Rodrigo. El rol inconcluso del Registro, ¿Público? TR LALEY AR/DOC/1899/2019

⁴ CABULI, Ezequiel. Interpretación sobre las resoluciones de la Inspección General de Justicia. TR LALEY AR/DOC/2202/2005

⁵ BUTTY, Enrique Manuel. Acerca del control estatal sobre las sociedades comerciales. TR LALEY AR/DOC/579/2005

⁶ NISSEN, Ricardo A. Necesarias aclaraciones sobre la labor de la Inspección General de Justicia y la Resolución General IGJ N° 8/2003 TR LALEY AR/DOC/2889/2004

Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en la sentencia dictada en el caso Haras Pino Solo, en la que dijo que el poder reglamentario de los organismos administrativos debe considerarse circunscrito al ejercicio de las atribuciones que les hayan sido reconocidas respecto de los administrados; un ente autárquico puede tener cierta potestad reglamentaria en materia determinada por la ley, pero esa potestad es de orden técnico; esto es, no tiene en miras la regulación de los derechos. Agregando que “en las normas reglamentarias el poder administrador no tiene la atribución de completar, según su propia discreción, aquello que hubiera podido ser dicho por el legislador”.⁷

III.- Análisis de la LACE y su reglamentación conforme las resoluciones de la IGJ.

Siguiendo el criterio establecido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en la sentencia dictada en el caso Haras Pino Solo, analizaremos aquellos temas en los que pareciera haber cierta controversia entre la regulación vigente de IGJ y la LACE.

Es necesario aclarar, sin embargo, que la SAS fue reglamentada en sus inicios por una serie de resoluciones⁸ que incluían el estatuto modelo, el procedimiento de otorgamiento de CUIT, el servicio “web” de tramitación a través de la plataforma de Trámites a Distancia, entre otras cuestiones. Sin embargo, la mayoría o el aspecto sustancial de esta regulación inicial fue luego derogado o modificado por todas las regulaciones que emitió la IGJ a partir del año 2020. Si bien los cambios tan rotundos en una reglamentación en un plazo tan acotado de tiempo son discutibles desde el punto de vista de la seguridad jurídica, ello no es objeto de análisis en este trabajo. Nos circunscribiremos a analizar brevemente si la reglamentación de este nuevo tipo societario respeta el espíritu y la finalidad de la ley, o si por el contrario atenta contra el mismo, restringiéndola o modificándola.

Capital social inicial

Al momento de sancionar la LACE, se reguló en su art. 40, que *“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”*.

La regulación de la LACE está alineada con cierta doctrina que ya venía sosteniendo hace algunas décadas que el concepto de capital social se encontraba sobrevalorado. Entendiendo que muy poco podía decir o representar este valor en relación con la sociedad, y reconociendo que, en la práctica de los negocios, quien analice el negocio de una sociedad, difícilmente se base en su capital social para sacar conclusiones⁹.

Sin embargo, de forma posterior, y a contracorriente de la doctrina mencionada, a través del dictado de la Resolución General IGJ N° 9/2020, la IGJ ha dispuesto nuevas medidas aplicables al capital social inicial de la SAS. En concreto, se dispuso que será la IGJ la que determine el capital social inicial. De este modo, se elimina *contra legem* la posibilidad de constitución de una sociedad por acciones simplificada con un capital mínimo equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil. Ello sin mencionar la derogación de las normas reglamentarias que habían sido dispuestas inicialmente, que incluían la posibilidad de

⁷ RIVERA Julio Cesar. Error no forzado de la IGJ: el plazo de duración de las sociedades. TR LALEY AR/DOC/1024/2022

⁸ Ver las Resoluciones generales IGJ N° 06/2017, 04/2017 y 08/2017.

⁹ LE PERA Sergio. Sobre la futilidad de la noción de capital social. TR LALEY AR/DOC/4436/2001.

acreditar la integración del capital social de las SAS constituidas con el capital social mínimo previsto, mediante constancia de gastos de inscripción en el instrumento constitutivo. Además de lo comentado, la IGJ a partir de sus propias resoluciones se arrogó facultades para poder verificar el cumplimiento de las normas sobre adecuación entre capital social y objeto social, conforme la Resolución General IGJ 5/2020 de fecha 11 de marzo de 2020.

Lo que es más, la IGJ agravó los requisitos para discutir o controvertir las resoluciones particulares que en el marco de esta normativa emanen. Es decir que, en caso de que el particular quisiera ejercer su derecho de defensa, y discutir la resolución emitida por la cual la IGJ disponga que el capital social inicial de la sociedad no es suficiente, o no guarda relación con el objeto social de la misma, deberá hacerlo acompañando a la presentación un informe suscripto por un graduado en ciencias económicas con firma legalizada por la autoridad de superintendencia de la matrícula, que analizando un plan de negocios, acredite la posibilidad de puesta en marcha y desarrollo durante el primer ejercicio económico de la sociedad.

Plazo

La LACE regula aquellas cuestiones que debe incluir, obligatoriamente, el instrumento constitutivo de la SAS. Entre otras cuestiones, el art. 36 inc. 5 de la LACE indica que el plazo de duración de SAS debe estar incluido en el instrumento constitutivo y que el mismo debe ser determinado. Esto va en línea con lo regulado en la LGS, por cuanto no existe en la legislación de fondo indicio alguno que lleve a considerar cualquier otra imposición diferente a la de incluir un plazo determinado, el cual se encuentra a voluntad de los socios. Si bien el comentario en este acápite podría hacerse extensivo no solo a la SAS regulada en la LACE, sino también a todos los tipos societarios incluidos en la LGS, dada la brevedad del presente, solamente nos limitaremos a la SAS.

Adherimos al análisis realizado por el Dr. Rivera cuando dice que pareciera evidente que la IGJ ha “legislado”, imponiendo un plazo máximo que no está en la ley. Sostiene el Dr. Rivera que la autoridad registral al pretender poner un límite “reglamentario” al plazo de duración de las sociedades ha hecho algo que el legislador pudo perfectamente haber hecho, pero no hizo, y ha “regulado” el derecho de definir el plazo, derecho que la LGS atribuye a quienes celebran el contrato social. Lo que es más, no debemos perder de vista que la IGJ es un organismo local, cuya competencia territorial se circunscribe a la capital federal, por ello, al imponer un requisito a la constitución de sociedades, que no exige ninguna otra de las autoridades registrales de Argentina y que carece de fundamento legal, viola la igualdad ante la ley garantizada por la Constitución Nacional¹⁰.

La reglamentación del plazo de duración pareciera ser aún más gravosa en la SAS. Y es que a partir de la Resolución General IGJ 23/2020, publicada en el boletín oficial el 11 de mayo de 2020, se aprobó el nuevo estatuto modelo de la SAS, en cumplimiento de lo regulado en el art. 36, último párrafo, de la LACE, en cuanto regula que “*los registros públicos aprobarán modelos tipo de instrumentos constitutivos para facilitar la inscripción registral*”. Actualmente, el estatuto modelo de la SAS, conforme la regulación de la IGJ citada, dispone que el plazo de la sociedad a constituirse será de 20 años.

Si bien las disposiciones incluidas en el estatuto modelo lejos están de poder considerarse

¹⁰ RIVERA Julio Cesar. Error no forzado de la IGJ: el plazo de duración de las sociedades. TR LALEY AR/DOC/1024/2022

obligatorias, esto debiera ser analizado teniendo en consideración el art. 38 de la LACE. El mismo regula que la inscripción de la SAS deberá completarse dentro del plazo de 24 hs. a ser contados desde el día hábil siguiente al de la presentación, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el Registro Público. En virtud de ello, y para gozar de los derechos establecidos en la LACE, pareciera que la IGJ considerase menester incluir un plazo de 20 años de duración como vida de la sociedad.

IV.- Conclusión

La IGJ ha demostrado en la letra de sus resoluciones, y en los considerandos que las fundamentan, su desprecio por la autonomía de la voluntad pregonada por la LACE. Sin ánimos de que este trabajo constituya un elogio o apoyo a la LACE y a la SAS, ha sido la oportunidad para analizar la razonabilidad de las reglamentaciones emitidas por el ente regulador, a la luz de la ley de fondo. A nuestro entender, no solo en lo que respecta a la SAS, la IGJ parece haber adoptado cierto gusto por “completar, según su propia discreción, aquello que hubiera podido ser dicho por el legislador” pero que no lo fue dicho.

En efecto, la Asociación de Emprendedores Argentinos Asociación Civil (ASEA) judicializó el asunto al presentarse ante el Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial Nro. 24. En septiembre 2020, el juez resolvió hacer lugar al amparo promovido por ASEA solicitando la suspensión preventiva de las resoluciones que, en regulación de la SAS, instrumentó la IGJ desde 2020. Ello, por considerarlas contrarias a la LACE y violatorias de normas constitucionales. El fallo dice al respecto que: *“Es sabido que cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la propia Constitución concede al Poder Ejecutivo”*.¹¹

La IGJ, como era de esperarse, impugnó el pronunciamiento presentando una inhibitoria ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. La Cámara hizo lugar al pedido, y declaró la competencia de esa Cámara para el conocimiento y tramitación de la causa.

Tanto el amparo como la acción inhibitoria se encuentran actualmente a la espera de la resolución ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde las partes aguardan una resolución que defina si la causa le compete al fuero comercial, como alude ASEA, o al contencioso administrativo federal, conforme argumenta la IGJ¹², y ponga así un cauce -y esperemos también un límite- a esta cuestión.

¹¹ TR LALEY AR/JUR/37910/2020.

¹² CANELA VALLEJOS. IGJ vs SAS guerra declarada.

EL CONTENIDO DE LOS ESTADOS CONTABLES EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Alejandro H. Ramírez

SUMARIO

El contenido de los EECC de la SAS es más limitado que el de la S.A.; ya que no se encuentra obligada a realizar sus EECC de conformidad con los artículos 63 a 65 LGS, sino solamente cumplir con el contenido del art. 62 LGS, es decir un estado de situación patrimonial y un estado de resultados, pero no serán obligatorios los cuadros anexos ni información complementaria, auditoría externa, ni la memoria.

Cualquier regulación en contrario que requiera mayores requisitos, resulta un exceso reglamentario de los registros públicos.

I. Introducción

El art. 58 ley 27.349 (LACE)¹ dispone que: «La SAS deberá llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables que comprenderán su estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deberán asentarse en el libro de inventario y balances. En su caso, la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) determinará el contenido y forma de presentación de los estados contables a través de aplicativos o sistemas informáticos o electrónicos de información abreviada».

Es decir que la SAS deberá elaborar sus estados contables al cierre de cada ejercicio, según conste en su instrumento constitutivo (art. 36 inc. 11 LACE)², estableciendo criterios generales en concordancia con las normas del CCyCN.

La LACE no ha asentado la obligatoriedad de presentar los estados contables ante el Registro Público ni la autoridad de contralor, a diferencia de la LGS para ciertas sociedades entre las que incluye las “sociedades por acciones” (art. 62 LGS). Sin embargo, esta referencia de la LGS no abarca a las SAS, ya que al legislarse la Ley 19.550 el legislador no podría haberse referido nunca a la SAS (una sociedad legislada *más de cuatro décadas* más tarde). Es por ello que cuando el art. 62 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.

No obstante, esto no quita la responsabilidad de presentar los estados contables ante la AFIP³ u otros organismos según dispongan otras leyes.

Del texto del art. 58 LACE parecería entenderse que la AFIP será la encargada de establecer el contenido de los estados contables, sin embargo una correcta interpretación lleva a entender que el contenido de los estados contables se realizará conforme las técnicas de los profesionales contables, y de acuerdo a las resoluciones que dicten los Consejos Pro-

¹ Siguiendo los lineamientos del art. 320 y 326 CCyCN.

² Requisito que no aparece en el art. 11 LGS pero sí en el art. 10 LGS.

³ RG AFIP N° 3077/2011.

fesionales de cada jurisdicción, mientras que la AFIP determinará el contenido y la forma de los aplicativos o sistemas informáticos o electrónicos de información abreviada para su presentación⁴.

De la misma forma que las S.R.L., la SAS no deberá realizar sus estados contables de conformidad con los artículos 63 a 65 LGS (art. 62 LGS), solamente debiendo cumplir con un estado de situación patrimonial y un estado de resultados, pero no serán obligatorios los cuadros anexos ni información complementaria, siguiendo el legislador el texto del art. 326 CCyCN⁵. Tampoco es obligatorio que la SAS presente sus estados contables con la auditoría externa, de la misma forma que no lo es en las S.R.L., así como tampoco realizar la memoria del ejercicio (art. 62 LGS)⁶.

Cualquier imposición en contrario que requiera mayores requisitos, resulta un exceso reglamentario de los Registros Públicos sin amparo legal⁷.

⁴ RAGAZZI, «La Sociedad por Acciones Simplificada (Breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)»; RDCO, N.º 285, p. 772.

⁵ NISSEN, *La Sociedad por acciones simplificada (SAS). El aporte social del neoliberalismo o las sociedades off shore argentinas*. Fidas, Buenos Aires, 2018, p. 162.

⁶ CNCom, Sala A, 18 de noviembre de 2010, «Leston, Manuel c. INCAT S.R.L. s/ Ordinario», JA, 2013-I-873.

⁷ Así por ejemplo el art. 5 RG ICJ 9/2020 impone a la SAS "presentar a la ICJ por medios digitales sus estados contables, conformados por el estado de situación patrimonial, el estado de resultados y la memoria, dentro de los quince (15) días posteriores a la realización de la reunión de su órgano de gobierno que los haya aprobado".

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE QUE EL PODER EJECUTIVO NACIONAL TENGA A SU CARGO EL REGISTRO PÚBLICO LOCAL DE CABA

Alejandro H. Ramírez

SUMARIO

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como ciudad constitucional federada, tiene el mismo derecho que el resto de las provincias para tener su propio registro público. Es inconstitucional que el Estado Nacional continúe ejerciendo las competencias locales de registro público en esta jurisdicción.

I. Introducción – La autonomía de CABA:

La reforma constitucional de 1994 dispuso que *“la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción”* (art. 129 CN). Reiterados precedentes de la CSJN han dispuesto que CABA tiene *“el status de “ciudad constitucional federada” y que “las limitaciones jurisdiccionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son el producto de una situación de hecho transitoria”*¹. De esta forma la CSJN destaca que la Constitución Nacional reconoce a CABA su derecho, y deber, de generar un autogobierno, y por lo tanto sus propias instituciones.

Recientemente, la CSJN destacó que CABA tiene el status particular de *“ciudad constitucional federada”*^{2, 3}, y que por lo tanto debe *“ser considerada prioritariamente como “ciudad constitucional” y sólo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La “capitalidad” -y por extensión la federalización- de la ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales”*⁴. En conclusión, CABA es primero autónoma, y subsidiariamente capital federal.

II. La ley 24.588

El art. 129 CN dispone que *“una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación”*. A fin de cumplir esta manda constitucional, en 1995 se dictó la ley 24.588 -conocida como ley “Cafiero”-⁵.

¹ GCBA c/ Provincia de Córdoba s/ ejecución fiscal”, 4/4/2019 (Fallos 342:533)

² “Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen, tanto los de “existencia necesaria” o “inexorables”, cuya identificación y regulación -o la previsión de su regulación- obra en la propia Ley Fundamental (el Estado Nacional, las provincias, los municipios de provincia y la ciudad autónoma de Buenos Aires)” - CSJ 2084/2017 ORIGINARIO. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal, 4 de Abril de 2019 (Fallos 342:533).

³ Es ratificado nuevamente por la CSJN al expedirse sobre la cuestión de la presencialidad en las escuelas en el marco de la pandemia de covid19, declarada a principios del año 2020. CSJ 567/2021 ORIGINARIO. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 19 de Abril de 2021 (Fallos 344:809).

⁴ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 19 de Abril de 2021 (Fallos 344:809).

⁵ Ley que garantiza los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires. Ley N° 24.588 (B.O. 30/11/1995).

Esta ley, dispone que “garantiza los intereses del Estado nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación” (art. 1). Luego sostiene que “El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional” (art. 10).

A raíz de este último artículo de la ley, el Estado Nacional ha justificado que el Registro Público con funciones locales en la ciudad de Buenos Aires se mantenga bajo jurisdicción nacional, sin embargo esta interpretación es contraria a la Constitución Nacional, debido a que el art. 129 CN solo habilita a dictar una ley para proteger los intereses *del Estado nacional* en su capital federal, más no para inmiscuirse en facultades locales donde no existe interés nacional alguno. El hecho de que la IGJ se mantenga dentro de la jurisdicción nacional, no implica que las funciones locales que esta ejerce también deban mantenerse, sino sólo las federales.

III. Las competencias federales de la IGJ - La apropiación inconstitucional de competencias locales de CABA.

Actualmente, la IGJ ejerce dos tipos de funciones diferenciadas, por un lado posee funciones nacionales tales como las que ejerce sobre las sociedades de capitalización y ahorro (art. 9 ley 22.315) y el registro de sociedades binacionales (ley 23.935 y RG IGJ 8/1993)⁶.

Por el otro lado, ejerce -inconstitucionalmente- funciones claramente de competencia local, como lo es el Registro Público y la autoridad de contralor sobre sociedades que actúan y operan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Sobre estas últimas funciones locales, no puede sostenerse que el Estado Nacional tenga intereses (conforme art. 129 CN y art. 1 ley 24.588), por lo que por una ley inferior no se puede modificar la autonomía de CABA.

IV. La Constitución de CABA - La ley 2.875

El art. 129 CN dispuso que la ciudad de Buenos Aires debía dictar su propio “Estatuto Organizativo de sus instituciones”, así en 1996 se dicta la “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Este cuerpo normativo dispone que “quedan derogadas todas las normas que se le opongan” (art. 140), lo que incluye a la ley 24.588 de 1995. Asimismo, dispone que la legislatura de la CABA debe regular la organización y funcionamiento del registro de Personas Jurídicas (art. 80 inc. 25). Así lo hizo en 2008 al dictar la ley 2.875 que creó el Registro público de comercio de CABA, sin embargo este no ha podido entrar en funcionamiento por dos motivos.

En primer lugar debido a esa ley dispuso que la entrada en vigencia queda supeditada a la suscripción, por parte del Jefe de Gobierno de CABA, de los convenios de coordinación de competencias que sean necesarios con el Estado Nacional y que correspondan a esta materia (cláusula transitoria primera). Esta disposición se incorporó en pos de entender que la ley 24.588 lo exigía (art. 6), y sobre todo a fin de que el Estado Nacional le transfiera las partidas presupuestarias correspondientes para poder financiar dicho registro público. Por otro lado, en 2009 la Fiscalía ante la Cámara Nacional en lo Comercial promovió una acción judicial a fin de suspender la creación del Registro Público porteño, en la cual en

⁶ Luego de la ley 27444 la IGJ ya no tiene a su cargo los registros nacionales de Sociedades por Acciones; Sociedades Extranjeras; ni el de asociaciones y de fundaciones.

2009 se dictó una medida cautelar de no innovar⁷. Posteriormente, en 2016 el magistrado de primera instancia consideró que dicha Fiscalía carecía de legitimación activa para iniciar dicha acción, sin embargo y a pesar de haber perdido verosimilitud la demanda rechazada en primera instancia, 6 años después la medida cautelar sigue vigente y el expediente continúa sin resolución de segunda instancia.

V. Conclusiones

La ciudad de Buenos Aires es una ciudad constitucional federada, y por lo tanto en ejercicio de su autonomía puede reglamentar su propio Registro Público sin necesidad de acuerdo con el Estado Nacional, sino que en expreso cumplimiento de la manda constitucional (art. 129 CN). Los habitantes de CABA son los únicos del país que no regulan el registro de sus empresas, teniendo más injerencia un cordobés o un santafesino en la elección indirecta del registrador de CABA, que un propio porteño. No existe ningún tipo de interés del Estado Nacional en ocuparse de los trámites registrales locales dentro de CABA que permita justificar que el Registro Público en CABA se encuentre bajo la órbita nacional. Cualquier argumento que pueda ser esgrimido en este sentido, justificaría que el Estado Nacional debiera tener a su cargo el registro público del resto de las provincias.

Conforme los últimos precedentes de la CSJN, no existe otra interpretación posible al art. 129 CN que el del reconocimiento de la autonomía de CABA para dictar y reglamentar sus propias instituciones (art. 122 CN). No sólo no es factible sostener que una manda constitucional puede estar sujeta al acuerdo político, máxime cuando el mismo no se ha dado en 28 años⁸; sino que ello no es necesario en el caso del Registro Público para CABA, máxime si no se requiere transferencia de partidas presupuestarias. Por dicho motivo, la ciudad de Buenos Aires se encuentra facultada y obligada a reglamentar su propio Registro Público sin necesidad de intervención del Gobierno federal. Cualquier ley que disponga lo contrario es contraria a la Constitución.

⁷ "FISCALÍA GENERAL CNCOM C/ GCBA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO" CAF 031698/2009.

⁸ CSJN Fallos: 342:509.

EFFECTIVIDAD DE LOS CONTROLES ADMINISTRATIVOS PREVIOS DE LOS ORGANISMOS DE POLICÍA SOCIETARIA

C. Ramiro Salvochea

SUMARIO

La proactividad regulatoria de la Inspección General de Justicia, órgano de control societario con jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, especialmente a partir del año 2003, ha sido objeto de un amplio debate. Entre sus detractores, predominan los argumentos en cuanto a que las normas dictadas a partir de resoluciones generales y particulares del organismo resultan inconstitucionales, por exceder el marco de competencias que le asigna la ley orgánica 22.315. O –incluso– por considerar que las mismas resultan virtualmente en una invasión de facultades legislativas, al implicar la modificación para la práctica local de la norma societaria de fondo. Finalmente, también se le dirigen críticas alegando que estas políticas restrictivas e imposiciones burocráticas “espantan” las inversiones que nuestro país tanto necesita.

Más allá de adherir a todas estas críticas, la intención de este trabajo es demostrar que, aun considerando válida la función del organismo como garante de la inexistencia de fraudes u otras actividades ilícitas en perjuicio de terceros, esta sobregulación normativa no es efectiva a ese fin. Al contrario, es posible sostener que la multiplicación de trabas burocráticas incrementa los riesgos de corrupción al dotar al administrador de un gran margen de acción que resulta, finalmente, en decisiones absolutamente arbitrarias.

I. La Sobre reglamentación Societaria de la Inspección General de Justicia:¹

Son numerosas las temáticas en las que la Inspección General de Justicia ha dictado normas que incorporan requerimientos antes inexistentes para las personas jurídicas que considera incluidas en su ámbito de control. Entre otras (muy sumariamente) podemos dar los siguientes ejemplos:

(a) *Sociedades Extranjeras:*

La profundización de la regulación de las sociedades constituidas en el extranjero se inició en el año 2003, con la Resolución General IGJ n°7/2003. El fundamento principal de estas medidas es discernir entre sociedades extranjeras “reales”, es decir, con funcionamiento efectivo en el exterior, y aquellas simuladas, i.e. constituidas en el extranjero con el único fin de vulnerar derechos de terceros y evitar la aplicación de la ley argentina. La razón de estas normas, está en la necesidad declarada de demostrar, estas sociedades, que su actividad principal se desarrolla en el exterior, y que no son una mera estructura simulada.

En esta línea, la regulación actual del organismo obliga a acreditar la existencia de activos “no corrientes” relevantes en el exterior, o de otras actividades o participaciones societarias en empresas más allá de nuestras costas. La Resolución 7/03 también sentó las bases

¹ Tomamos a la IGJ como ejemplo por su actual expansionismo regulatorio, pero lo expuesto en el presente es válido para cualquier tipo de “control administrativo previo”. Incluso, excediendo el marco del control en materia societaria propiamente dicho.

del hoy llamado “Régimen Informativo Anual” (“RIA”), un trámite destinado a actualizar anualmente la información relativa a la actividad de la sociedad extranjera, a fin de que este control se realice de forma permanente.

Sobre la base de esta política, la IGJ actualmente no registra ningún acto de sociedades locales participadas por sociedades extranjeras que no estén inscriptas como tales en el registro correspondiente (siempre que los votos emitidos por ellas hubieran sido determinantes para la formación de la voluntad social), generando un efecto expansivo de sus requerimientos para sociedades con actividad en otras jurisdicciones, pero con domicilio social en la Ciudad de Buenos Aires. También, por una resolución general posterior (la RG IGJ n° 8/2003 de octubre de 2003), creó el “Registro de Actos Aislados de Sociedades Extranjeras”, cuyo objeto fue determinar si una sociedad extranjera realizaba actos habituales o de gran significación económica que hubiera autocalificado de “aislados” para, en su caso, obligarla a inscribirse conforme el artículo 118 o el 124 de la LGS. Entre otros (y en especial) la compra de bienes inmuebles.

Los requerimientos para extranjeras se fueron ampliando. Hoy se ve con “criterio restrictivo” los pedidos de inscripción de las sociedades *off shore* o provenientes de países o regímenes de nula o baja tributación, o no colaboradores en la lucha contra el lavado de dinero, solicitando que acrediten que desarrollan de manera efectiva y significativa, una actividad empresarial en el lugar de su origen. Además, el organismo exige a quienes pretendan la inscripción proveer información detallada sobre los socios de las extranjeras e incluir la misma en los avisos a publicar en el Boletín Oficial (conf. Resolución General IGJ n° 3/05); da efecto vinculante a la sede inscripta en la IGJ de las sociedades extranjeras (conf. Resolución General IGJ n° 4/05), entre otros requerimientos.

Incluso, luego de un breve intento de flexibilización de estas normas entre el 2015 y el 2019, se retornó a esta línea política con mayor saña, sumando nuevos requisitos, como la necesidad de que los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero acrediten y mantengan vigente una garantía similar a la requerida para los directores y gerentes de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada.

Por Resolución General IGJ n° 8/21 se impuso un régimen especial y estricto para las sociedades calificadas como “sociedades vehículo”. Incluso, se obliga a las sociedades que deseen inscribirse conforme el artículo 123 LGS a presentar un “plan de inversión”, que incluya la nómina, domicilio, denominación (de tratarse de una sociedad existente) de las sociedades de las que se pretenda participar o constituir en el país, la actividad efectiva que la extranjera desarrolla en el exterior y la actividad efectiva de las sociedades locales participadas o a participar, la identificación de los restantes socios, y la cantidad de participaciones sociales que prevé adquirir.

Esta resolución también establece que, si las “extranjeras” inscriptas en cualquier otra jurisdicción mantienen participaciones sociales de modo principal en sociedades locales domiciliadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán inscribirse en idénticos términos ante la IGJ puesto que esta considerará inoponible cualquier otra inscripción.

(b) Asociaciones Civiles

La Inspección de las últimas décadas también incorporó nuevos requerimientos en materia de asociaciones civiles. Entre otros puntos, los mismos fundamentos de la actual versión de las “normas” de la IGJ (la Resolución General 7/05) expresan que la Inspección General de Justicia “cumple una función cada vez más relevante en la prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo”. Seguramente a partir de esta premisa, es que la nor-

mativa impone una serie de requisitos (consistentes en la presentación de declaraciones juradas y de declaraciones efectuadas por el profesional dictaminante) como “colaborador del sistema de prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo”. Se refieren a la identificación de los “beneficiarios finales” de las sociedades, y a la declaración de sus autoridades de su carácter de “persona políticamente expuesta”. Cabe mencionar que esto es válido también para las sociedades, y para las extranjeras.

Además, en una medida fuertemente polémica, la Inspección incorporó por Resolución General n° 34/2020 la necesidad de que las asociaciones respeten un “cupo femenino”, de modo que en los consejos directivos de estos organismos participe un mínimo de un cincuenta por ciento de mujeres (si el órgano presenta una integración de número par), y de un tercio (si es impar). Ello, bajo apercibimiento de realizar denuncias por ante el INADI. Esta norma fue dictada por un organismo, vale decirlo, totalmente conducido por hombres.

(c) Sociedades

En materia de sociedades, la Inspección ha impuesto a través de sus normas reglamentarias una serie de criterios exorbitantes a los establecidos por la Ley General de Sociedades. Por ejemplo, cabe mencionar:

(i) Mediante la Resolución General 1/2022 publicada en el Boletín Oficial el 1° de febrero de 2022, la Inspección resolvió que los nuevos instrumentos constitutivos, contratos sociales o estatutos de sociedades comerciales suscriptos con posterioridad a dicha fecha para su registro ante IGJ deberán establecer un plazo el cual no podrá exceder los 30 años. En los considerandos de la Resolución, la Inspección señala que “en la práctica un plazo estándar de 99 años... prolonga innecesariamente la vida de sociedades, que, en la mayoría de los casos, terminan su vida activa o empresarial mucho antes del vencimiento del aludido plazo de duración, sin realizarse procedimiento alguno de disolución y liquidación, optándose las más de las veces, en los hechos, por desaparecer de su sede social”.

(ii) Por otra parte, el artículo 66 actual de la Resolución General n° 7/2015 dispone que el objeto social debe ser expuesto en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución. El organismo admite la inclusión de otras actividades, también descritas en forma precisa y determinada, solo si las mismas “son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social”. Así, la Inspección no admite la inscripción de sociedades o reformas de objeto social que contemplen la exposición de un objeto múltiple.

(iii) Dicho mismo artículo 66 establece que “las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social”, lo que lleva a observaciones cuando el inspector dictaminante considera que el monto asignado a capital no es suficiente para respetar dicha relación.

(iv) El artículo 75 de dichas “Normas” de la Inspección establece la obligación de los administradores societarios de constituir las garantías que establece el 256 de la Ley General de Sociedades, pero estableciendo parámetros mínimos en cuanto al tipo de garantías posibles, y a los montos exigibles al efecto. La norma establece que su costo deberá ser soportado por cada director o gerente, no pudiéndose en ningún caso proceder a constituir la garantía mediante el ingreso directo de fondos a la caja social.

(c) Otras normas similares:

La Inspección también dictó regulaciones con relación al fideicomiso sobre acciones, atribuyéndose por Resolución General n° 33/2020 la calidad de registro de los mismos. La

competencia que el organismo se autoasigna incluye el caso en que siquiera uno de los fiduciantes tiene su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

También, a través de la Resolución General n° 25/2020, la Inspección dispuso que los “clubes de campo” y otros conjuntos inmobiliarios inscriptos como asociaciones civiles bajo forma de sociedad deben organizarse bajo el régimen de propiedad horizontal.

(d) La Aplicación de Criterios Evaluativos en la Inscripción de Personas Jurídicas, y su Activismo Judicial:

Además de esta nutrida actividad legislativa, la Inspección recurre a “observaciones” de los instrumentos presentados a los fines de hacer valer criterios fijados de forma inespecífica. Un ejemplo de lo que ocurre se puede ver en la observación del capital social fijado por diversas sociedades por considerar a los mismos “insuficientes para cumplir el objeto”, sin ninguna fundamentación concreta que de respaldo a dicha afirmación. También el reclamo en cuanto a la “corrección” de la redacción dada al objeto social, u a otras cláusulas de los contratos constitutivos.

La gran mayoría de estas observaciones son toleradas por los constituyentes, no por considerarlas válidas, sino por la dificultad que presenta nuestro sistema de recursos, que obliga a recurrir a la segunda instancia de la Justicia Ordinaria en materia Comercial, vía recurso de apelación. Dada la premura de quienes persiguen organizar su estructura para el inicio de sus negocios, dicha opción es –la más de las veces- impracticable.

Otro ejemplo está dado por el caso de las “Sociedades por Acciones Simplificadas”, que a pesar de estar plenamente vigente el régimen establecido por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, son virtualmente inutilizables por las dificultades que el registrador establece para su creación y funcionamiento.

Del mismo modo, la promoción de acciones judiciales por “nulidad” de la inscripción, o por “disolución por inactividad”, son también ejemplos de la expansividad del organismo en el cumplimiento de su rol.

Estos son sólo algunos ejemplos que muestran la intención explícita y activa del organismo de convertirse en una suerte de “paladín” de los derechos de los terceros y de los socios minoritarios.

II. La Inefectividad de las Medidas establecidas por la Inspección:

Una persona jurídica, especialmente una sociedad, es esencialmente y en sus fundamentos, un contrato. La “personificación” de dicho acuerdo es una herramienta que el derecho otorga para facilitar la realización, en común, de proyectos humanos. En definitiva, se trata de un mecanismo de asignación de derechos patrimoniales. Ahora bien, el tratamiento que las normas (y su aplicación) den a esta herramienta no debe partir de la premisa de que la gente actúa torpemente, o con malicia, sino todo lo contrario.

En efecto, en la faceta interna, cabe considerar que los contratantes que acuerdan las condiciones de funcionamiento, y distribuyen sus derechos y obligaciones en el seno de una sociedad, saben lo que hacen. No olvidemos, además, que se trata de derechos patrimoniales y –por tanto- esencialmente disponibles.

Hacia afuera, las sociedades se convierten en vehículos de negocios a través de las cuales se “facilita” la explotación de determinadas actividades. Las mismas son esencialmente lucrativas, de modo que están dirigidas a enriquecer a quienes las utilizan en pos de esa explotación. Así, existe el peligro potencial de que generen daños a terceros. En este punto, cabe remarcar que, si bien cualquier persona (también las físicas) al realizar una actividad

empresarial puede generar daños a otros, lo cierto es que las sociedades cuentan con una ventaja adicional configurada por la limitación de la responsabilidad de la que sus socios gozan. Sin embargo, quienes contratan con la persona jurídica podrán evaluar y negociar las condiciones de dicha contratación, exigiendo las garantías o trasladando el costo de su mayor riesgo al precio dado al contrato, en la medida en que la sociedad con la que se vinculan les merezca más o menos confianza. O cuando esto es imposible, podrán recurrir a seguros o al autoseguro. O, en última instancia, a no contratar, suprimiendo dicho riesgo completamente.

Esto no ocurre en todos los casos: Obviamente, quienes sufren daños de causa “extracontractual”, no tienen la posibilidad de trasladar su riesgo específicamente a quienes les causan ese perjuicio, o de defenderse o asegurarse frente a éste. Esto es, por ejemplo, lo que ocurre con una persona víctima de un daño producido por un accidente de tránsito provocado por un vehículo de una sociedad insolvente o subcapitalizada. Además, existe la posibilidad de fraude, en cuanto a que una sociedad puede “engañar” a otra con la que contrata, o modificar su posibilidad de respuesta patrimonial a través de un vaciamiento, u otra forma de despatrimonialización, después de que el contrato se perfecciona. En estos casos, se verifica una externalización del costo (o riesgo) de la sociedad hacia el tercero, que es innegablemente injusto.

Antes de continuar el análisis reiteramos que, si bien esta situación requiere atención por parte del derecho, ello no implica centrar la regulación en la patología. Esto es, no es posible regular solamente pensando en las desviaciones de quienes dañan a partir de una conducta moralmente reprochable.

Buscando Soluciones: La creación de una regla “antifraude” y el control administrativo previo de su cumplimiento:

Una solución para estos problemas es el establecimiento de un control administrativo en el funcionamiento de las sociedades, como el que la ley 22.315 otorga a la Inspección General de Justicia. En definitiva, el objetivo de este sistema de control es el impedir el traslado del costo provocado por la actividad de la sociedad al tercero que lo sufre. Sin embargo, la utilidad de este sistema tiene un límite: el del costo total generado. En efecto, si el costo que el sistema de control administrativo genera a la sociedad es mayor que el daño evitado a través de dicho control, el sistema no resulta eficiente.

Las reglas que establecen la correspondencia del capital social con el objeto, por ejemplo, son una forma de intentar asegurar que la sociedad está suficientemente capitalizada para internalizar los costos generados por su actividad. De igual forma, la imposición de garantías a los administradores es un mecanismo para intentar que las sociedades que sufran “*mismanagement*” puedan recuperar el costo derivado del daño sufrido.

Cabe reiterar que la regla en sí no es indispensable, *a priori*, para las vinculaciones contractuales, ya que quienes contratan con la sociedad podrán buscar sus propias garantías para defenderse de estos riesgos. Y a nivel interno, quien invierte en un negocio podrá reclamar de los administradores las “garantías” necesarias para su buena gestión. No hay razones para pensar que estas personas solucionarán estos riesgos en cada caso de una manera “peor” que como el estado lo hace. Después de todo, es su propio dinero el que están arriesgando en la aventura.

Sin embargo, para los casos marginales (los “extracontractuales”, y los derivados de fraude o dolo), la regla “antifraude” puede ser útil. En tal caso, podría argumentarse que la aplicación de la normativa “antifraude” a través de un control estatal previo por un organismo

especializado, como es el caso de la Inspección, es necesaria.

La Imposición de controles por encima de “lo óptimo”:

Aún en aquellos casos en los que la imposición de una regla “antifraude” pudiera estar justificada, la forma de imposición y de control de cumplimiento de estas normas es importante. En efecto, si la regla existe, pero su cumplimiento no es exigido, o es subexigido, el efecto será, en el mediano plazo, equivalente a la inexistencia de la regulación.

Sin embargo, también la *sobre* aplicación es negativa. En efecto, para cada regla, existe un nivel óptimo de cumplimiento. Es que las medidas de “seguridad” son costosas. Cuando el costo de imponer el cumplimiento supera el costo del fraude evitado, la norma es ineficiente. Así, el nivel óptimo de cumplimiento normativo, necesariamente, tolera algún grado de incumplimiento.

La regla “antifraude”, entonces, sólo es beneficiosa cuando los costos que la comunidad se ahorra superan los costos que dicha regla impone a la misma.

En materia societaria, quien mejor medirá la eficiencia de los costos de estas medidas “antifraude” será el contratante, ya que invierte y arriesga su propio capital. Solo en aquellos casos en los cuales esto no es posible, subsidiariamente, debe recurrirse a una regulación centralizada de carácter general.

Esta conclusión nos permite ver cómo y por qué la pesada regulación de la Inspección que hemos descrito en la primera parte se ha transformado en un lastre en el desarrollo de los negocios en nuestro país. Por ejemplo, si bien no es posible atribuir las “salidas” del país de múltiples empresas ocurridas en los últimos tiempos solo a este tipo de regulaciones administrativas, sin duda el peso burocrático de los controles societarios viene contribuyendo a este fenómeno.²

La pérdida de negocios es de por sí un costo, que debe “netearse” contra los “éxitos” que puedan obtenerse a través del establecimiento de trabas burocráticas en la constitución de sociedades. Pero, además, la carga que estas regulaciones imponen a cada uno de quienes realizan negocios es un costo que difícilmente sea menor que el éxito obtenido en la prevención de fraudes.

Es más, al tomar el costo total que la comunidad sufre a partir del funcionamiento de este sistema estatal preventivo, también debe computarse el “costo terciario”, conforme lo calificaba Guido Calabresi, consistente en los recursos necesarios para hacer funcionar la maquinaria represiva (en este caso, los costos de funcionamiento que la Inspección debe utilizar para poner en movimiento estos mecanismos de control).

Este efecto negativo puede verse en los datos empíricos disponibles a nivel global. Por un lado, la Argentina no muestra en los índices internacionales de corrupción corporativa un descenso visible a partir de la imposición de estas regulaciones. Si bien los datos disponibles son limitados, la tendencia es clara: El nivel de corrupción general en la Argentina (y el de corrupción corporativa en particular) no sólo no bajó, sino que se *incrementó* en las últimas décadas.³

Por otro lado, contradiciendo la premisa de que a mayor regulación, menos fraude, las estadísticas disponibles muestran, a nivel internacional, que los países pobres tienen regula-

² Ver, por ejemplo, <https://www.perfil.com/noticias/economia/por-que-se-van-las-empresas-de-argentina.phtml>; <https://www.dw.com/es/por-que-se-van-de-argentina-las-empresas-extranjeras/a-54937555>.

³ <https://es.tradingeconomics.com/country-list/corruption-index>

ciones más pesadas para hacer negocios.⁴ De hecho, la conclusión inequívoca de los datos empíricos disponibles a nivel global es que una mayor regulación en materia de negocios genera peores resultados: Más regulaciones se asocian en general con una mayor ineficiencia de las instituciones públicas, determinante de mayores tiempos de demora y de mayores costos, de mayor desempleo, corrupción, baja productividad y baja inversión. Incluso, se asocia una regulación mayor con una mayor ineffectividad en la capacidad para hacer cumplir las normas (*enforcement*).⁵

Incluso, una regulación excesiva tiene un efecto perverso hacia quienes busca proteger: aquellos con mayor capacidad económica y conexiones pueden encontrar la forma de evitar dichas regulaciones. En cambio, el resto se ve afectado por las regulaciones asumiendo sus costos. De modo que se obtiene un efecto justamente contrario al deseado, generando una injusta transferencia de riqueza en favor –justamente– de aquellos a los que la regulación quiere perseguir, y actuando como un incentivo para generar mayor corrupción.

Además, la regulación de este tipo es particularmente arbitraria en su aplicación. Por ejemplo, ¿cuál es el nivel adecuado de capital para una empresa particular en un momento dado? O, ¿cuándo varias actividades descritas en un objeto son diferentes o conexas entre sí? También, ¿en qué situaciones es justificable eximir a una asociación civil de integrar paritariamente en cuestión de género su consejo directivo? Cuando estas preguntas quedan a criterio del funcionario actuante, el incentivo para que aparezcan irregularidades (corrupción, nepotismo, arbitrariedad, etc.) es muy grande.

Finalmente, cabe remarcar que la falta de requisitos administrativos previos en la forma de un “control de inscripción” como el que la Inspección ejerce actualmente no implican la anarquía. Es que existe la opción alternativa del control *ex post* (en contraste con el previo del organismo administrativo) ejercido por el poder judicial, que se presenta como ventajoso en cuanto a su efectividad. En efecto, el caso que llega al tribunal lo hace a instancia del reclamo individual de quien afirma haberse visto afectado por una situación de abuso, o injusta. Se evita así la imposición de costos generales a quienes tienen normalmente la capacidad de “defenderse” o “cubrirse” (“*hedge*”) por sí mismos de los riesgos asociados a los negocios. Por otra parte, la aplicación de una solución judicial es “*ad hoc*”, y la realiza un tribunal especializado en materia de responsabilidad. En cambio, no puede decirse lo mismo de la administración pública a la hora de evaluar (contra el criterio de los contratantes) cuáles deberían ser los parámetros de un negocio que recién se está proyectando. Y sobre el que los funcionarios nada conocen, ni pueden conocer.

II. Conclusión:

La expansiva actitud del organismo societario, aun cuando pueda considerarse bienintencionada, es ineficiente. Conforme se explicara en el desarrollo anterior, los enormes recursos públicos utilizados en la “vigilancia” societaria, sumados a los insólitos problemas sufridos por los empresarios a la hora de constituir y hacer funcionar sus negocios no tienen un efecto positivo en nuestra sociedad. No existen menos fraudes societarios. No hay menos corrupción. Todo lo contrario: a pesar de los enormes costos y tiempos agregados por estos inservibles mecanismos de control, el margen de arbitrariedad que el funcionario se irroga en este contexto es generador de una enorme incertidumbre, a insólitas demoras en la re-

⁴ <https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>, pag. 14 en adelante.

⁵ *Idem*, pag. 14

solución de los trámites, y una franca invitación a la corrupción y la inequidad. Puede verse habitualmente en las resoluciones administrativas de la Inspección la afirmación de que la misma no ha sido constituida para ser un “sello de goma”. Esta connotación negativa que se le da a su naturaleza y función registral es equivocada. Un famoso magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Juez Louise Brandeis expresó que “*publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*” (frase que puede traducirse como “la publicidad es justamente elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. La luz del sol es tomada como el mejor de los desinfectantes; la luz eléctrica, como el más eficiente policía”).⁶

En esta línea, más allá de que la actitud asumida por el organismo es innegablemente exorbitante de las atribuciones que su ley de creación le confiere, la Inspección ha desatendido su función principal, la de actuar como registro público. En la era de la información y el acceso universal al conocimiento, el organismo debería centrarse en generar transparencia a los mercados, y cesar en la sobrecarga ritualista de “requisitos” y “controles”.

⁶ Louise Brandeis, en “What Publicity Can Do”, publicado en la colección de ensayos “Other People’s Money And How the Bankers Use It” (1914)

LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL PLAZO DE DURACIÓN DE LA SOCIEDAD, DISPUESTA POR LA IGJ, RESULTA CONTRARIA A DERECHO

Carlos E. Vanney

SUMARIO

A principios de este año la IGJ dictó una resolución general por la cual estableció un plazo máximo de duración de las sociedades, el cual fue fijado en treinta años.

De esta manera la IGJ limitó el plazo de duración de las sociedades a tres décadas, sin que ninguna norma así lo exija y sin que ninguna norma le otorgue a ese ente atribuciones como para fijar esa limitación. No solo la limitación temporal no encuentra un sustento normativo, sino que además resulta contraria a la ley positiva.

La RG 1/2022 por lo tanto es contraria a derecho y deberá ser dejada sin efecto por la justicia, restableciendo de ese modo la legalidad, principio con el cual, lamentablemente, la IGJ -en los últimos tiempos- no comulga, y declarando la inconstitucionalidad de la reglamentación realizada por el registro público porteño.

I. Introducción

El marco normativo referido al plazo de duración de las sociedades se encuentra en varias leyes. En tal sentido, la Ley General de Sociedades -LGS- establece que *“el instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: ... 5) El plazo de duración, que debe ser determinado”*¹, mientras que la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor -LACE- requiere que *“el instrumento constitutivo, sin perjuicio de las cláusulas que los socios resuelvan incluir, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos: ... 5. El plazo de duración, que deberá ser determinado”*².

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación -CCCN-, al regular las personas jurídicas determina que *“la duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario”*³.

II. El orden de prelación normativo en lo referido al plazo de duración de las sociedades

El CCCN establece que las personas jurídicas privadas, entre las que se encuentran las sociedades 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”*⁴.

Es decir que las sociedades se rigen en primer lugar por su propio ordenamiento, normas imperativas de la LGS y LACE, entre otras, y las del CCCN, luego por lo dispuesto por los

¹ Art. 11 LGS.

² Art. 36 LACE.

³ Art. 155 CCCN.

⁴ Art. 150 CCCN.

socios en el estatuto (contrato, instrumento constitutivo, etc.), y finalmente por las normas supletorias de las leyes especiales o del propio código.

Es por ello que, en el caso de las sociedades regidas por la LGS o la LACE, en primer lugar, debemos aplicar dichos ordenamientos en los cuales se exige que la sociedad tenga un plazo determinado en el tiempo. Pero esa es la única exigencia de la ley, que el plazo sea determinado. Si las leyes societarias -LGS o LACE- no establecieran que el plazo deberá ser indefectiblemente determinado, la sociedad podría ser ilimitada en virtud de lo dispuesto por el art. 155 del CCCN. En tal sentido, el CCCN *“ha sentado un principio general de permanencia de las personas jurídicas, principio que luego recoge al momento de legislar sobre asociaciones civiles (art. 170). Las personas jurídicas no tienen, por regla general, plazo de duración, salvo que su estatuto o contrato social disponga lo contrario o que dicha excepción provenga de la ley”*⁵.

Como la LGS y la LACE no prevén ni un plazo mínimo ni un plazo máximo, serán los socios quienes deberán determinar el plazo que quieren darle a su sociedad y ese plazo será el válido para dicho ente⁶.

De modo que la ley tiende a la perpetuación de la sociedad -establecida por la ley general- y no la limitación de su duración -establecida por leyes especiales-, pero, como prevalecen estas últimas, la sociedad debe tener un plazo determinado. Esta perpetuación de los entes asociativos también la encontramos en el CCCN cuando regula el contenido del acto constitutivo de las asociaciones civiles, estableciendo que este debe contener *“e) el plazo de duración o si la asociación es a perpetuidad”*⁷.

Resulta claro que el codificador no ve con malos ojos que las sociedades o asociaciones civiles no tengan plazo de duración, sino que, por el contrario, sean ilimitadas en el tiempo o a perpetuidad.

En nuestro país, y sin que exista una norma legal expresa que limite el plazo máximo de duración de una sociedad, tradicionalmente este fue fijado en 99 años⁸, por lo que no se constituyen, en general, sociedades con plazos de duración mayores a pesar de que no exista norma legal alguna que lo prohíba.

III. La limitación impuesta por la IGJ en el plazo de duración de las sociedades

El 28 de enero de 2022 la Inspección General de Justicia, organismo que tiene a cargo el Registro Público de la ciudad de Buenos Aires, dictó la resolución general N° 1 de ese año, por la cual estableció que *“todo instrumento constitutivo, contrato social o estatuto de sociedad comercial que deba ser inscripto en el Registro Público a cargo de esta INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA debe incluir el plazo de duración de la sociedad, que no podrá exceder el plazo de 30 años a contar de su inscripción en el referido registro.”*⁹

En los considerandos de esa resolución el organismo sostiene que el plazo fijado *“es compatible y guarda congruencia, inclusive, con los plazos contractuales previstos por el legislador del 2015 en el Código Civil y Comercial de la Nación”*, detallando luego algunos

⁵ Lorenzetti, Ricardo. Código Civil y Comercial de la Nación, comentado. Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, 2014. Tomo I, pág. 610.

⁶ Por su parte, la Ley 24467 (de Pymes) al regular la Sociedad de Garantía Recíproca no establece un plazo de duración de esta, pero remite -en su art. 41- a los requisitos de la LGS -entre los que encontramos el plazo determinado- además de los requisitos propios de esa norma. 7 ART. 170 CCCN.

⁸ Balbín, citando a Halperín, explica que dicho profesor consideraba el plazo de 99 años excesivo, importando una sociedad sin término, explicando también que dicho plazo se derivaría de la aplicación analógica del art. 2° de la ley francesa (Balbín Sebastián, Manual de Derecho Societario. Ed. Abeledo Perrot, 3ra. edición, 2018, pág. 120).

⁹ Art.1 de la RG 1/2022 IGJ del 28 de enero de 2022, publicada en el Boletín Oficial el 1/2/2022.

ejemplos de plazos contractuales menores a 30 años, reconociendo incluso que la locación con ciertos destinos tiene un plazo máximo de 50 años. Sostiene también que el contrato de fideicomiso -cuyo plazo máximo también es de 30 años- es *“la figura contractual más análoga a la persona jurídica societaria, por cuanto se logra, al igual que por vía de la utilización de una sociedad mercantil, limitación de responsabilidad y separación patrimonial o afectación de determinado conjunto de bienes a determinada actividad comercial ... lo cual torna razonable igualar el plazo máximo de duración de la sociedad comercial al del dominio imperfecto o revocable asignado a la figura contractual fiduciaria, dado que ambas, en punto sus consecuencias fácticas, resultan absolutamente homologables.”* Y agrega que considera *“antinatural, que la existencia de un contrato que tiende a regular las relaciones entre personas unidas bajo un mismo propósito pueda superar el promedio de vida activa de los integrantes de la misma, trasladándose los derechos y deberes propios del contrato de sociedad a los herederos y a los herederos de los herederos, que no fueron parte del contrato constitutivo original”*. Estamos frente a una visión parcializada -y si se quiere “chiquita”- del modo de hacer negocios y de lo que significan las sociedades en el comercio tanto nacional como mundial. Coincido con Fushimi cuando afirma que *“a nadie se le ocurriría tildar de “antinaturales” a sociedades como Nikon, General Electric, Coca Cola Company, Danone, UPS, Boeing, Siemens o -en Argentina- Swift, Frávega, Cervecería Quilmes, Molinos Río de la Plata, Laboratorios Raffo, Laboratorios Casasco, Banco de Galicia y Buenos Aires, etc.”*¹⁰.

Si bien reconoce el caso de la locación por más de 30 años, omite la IGJ otros supuestos legales como por ejemplo el derecho de superficie que puede llegar a 70 años para construcciones y 50 años para forestaciones y plantaciones¹¹ y el registro de la hipoteca que es de 35 años¹². Y la propia RG sostiene que el dictado de la misma se realiza *“en ejercicio de las atribuciones otorgadas por los artículos 11 y 21 de la Ley N° 22.315”*. El primero de esos artículos faculta a la IGJ a *“c) dictar los reglamentos que estime adecuados”*, mientras que el segundo de ellos le otorga facultades interpretativas ya que la faculta a *“b) interpretar, con carácter general y particular, las disposiciones legales aplicables a los sujetos sometidos a su control.”* Si bien esos artículos le otorgan ciertas facultades, estas no alcanzan al extremo de, con el pretexto de reglamentar, alterar la norma legal.

Nótese que incluso el art. 11 -que la propia norma cita- en su inciso c) establece -además de la facultad de dictar reglamentos- que la IGJ puede *“proponer al Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Justicia de la Nación, la sanción de las normas que, por su naturaleza, excedan sus facultades;”*. Es decir que se reconoce que no todo puede ser objeto de reglamentación y que existen cuestiones que exceden a la facultad del registrador. En tal caso, si considera que estas deben ser modificadas, debe proponerlo al PEN -a través del Ministerio del cual la IGJ depende- y este podrá o no dictar un decreto (si la cuestión corresponde que sea regulada por esa vía) o proponer al congreso la sanción de una ley.

Pero más allá de la razonabilidad o no del plazo fijado, la realidad es que el titular de la IGJ no tiene facultades como para “legislar” como lo hizo y fijar esa limitación temporal a las sociedades. La Cámara Nacional de Comercio, en un fallo de hace poco más de un año que

¹⁰ Fushimi, Jorge. Reflexiones en torno al plazo de duración de las sociedades a propósito de la resolución IGJ 1/2022 (<https://blog.errepar.com/reflexiones-plazo-duracion-sociedades-a-proposito-de-la-resolucion-igj-1-2022/>).

¹¹ ART. 2117 CCCN.

¹² ART. 2210 CCCN.

puso freno a otro abuso reglamentario de la IGJ, sostuvo que *“si, por la naturaleza y contenido de lo regulado, la “acción positiva” que se adopta concierne a derechos de fondo que hacen a la materia legislativa, su alteración solo puede resultar de una ley sustancial y se encuentra vedada a la Administración. De lo contrario, se ingresa en el art. 99 de la Constitución en cuanto establece que el Poder Ejecutivo “...no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable emitir disposiciones de carácter legislativo...” ... Del citado art. 99 surge que la Administración puede dictar normas para la mejor ejecución de las leyes, pero no puede alterarlas, ni contrariar su espíritu, ni restringir -en lo que importa ahora- los derechos que a los particulares hubieran sido así reconocidos”*¹³.

El Código de fondo establece como principio general que las sociedades pueden tener una duración ilimitada en el tiempo y el mismo legislador en la ley particular (tanto en la LGS como en la LACE) limita esa perpetuidad disponiendo que las sociedades deben tener un plazo determinado, delegando en los socios en cada caso concreto la fijación de la duración de cada sociedad. No hay delegación alguna a favor del registrador para limitar arbitrariamente, como lo ha hecho, el plazo de duración societaria. Si el registrador se considera con derecho a fijar plazos en forma analógica -derecho que desde ya aclaro que considero que no tiene-, en lugar de buscar otros plazos en supuestos contractuales debería haberlo hecho en otros entes asociativos -más parecidos a las sociedades “comerciales”¹⁴-, como la asociación civil, que puede constituirse a perpetuidad. Claro que en ese caso el resultado hubiera sido el contrario. Y ese resultado colisionaría con la opinión del registrador.

Debemos pensar que ocurrirá con los emprendimientos a largo plazo, como puede ser un emprendimiento minero (cuyo recupero de la inversión excede los 30 años) o un emprendimiento espacial (si un emprendedor porteño quisiera desarrollar viajes especiales -y obtuviera el financiamiento para hacerlo- sería eyectado de la ciudad de Buenos Aires ya que no podría constituir una sociedad, y por lo tanto conseguir inversores, por el plazo que le llevaría desarrollar y poner en marcha su proyecto), o cualquier otro tipo de emprendimiento que requiera si o si un muy largo plazo para su desarrollo o recupero de la inversión.

La limitación exigida por la IGJ refleja una visión cortoplacista de los negocios y una tendencia a limitar los mismos a empresas chicas, e implica un escollo para que inversores internacionales puedan participar de los negocios locales¹⁵.

Pero incluso, más allá de esta cuestión empresaria “práctica”, la limitación impuesta por la IGJ a través de la RG 1/2022 carece de fundamento legal serio y lo que pretende imponer es una opinión personal del titular del organismo a todas las sociedades que en el futuro se constituyan. Si este considera que las sociedades deben tener ese plazo máximo de duración, pues lo que debe hacer es promover una reforma a la ley societaria, conforme expresamente establece el art. 11 inc. c) de la ley 22.315, y no imponer esa postura por una vía reglamentaria que resulta contraria a derecho.

Ello ya que *“la reglamentación complementa la norma legal para facilitar su aplicación. Pero en modo alguno puede alterar su contenido o fines. En tal caso, el órgano ejecutivo se estaría arrogando inconstitucionalmente potestades legislativas y desconociendo el orden jerárquico normativo impuesto por el art. 31 de la Ley Fundamental”*¹⁶.

¹³ CNCom Sala C en autos “INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ ORGANISMOS EXTERNOS”, Exp. N° 1651/2021/CA01, del 9/8/2021.

¹⁴ Incluyo la calificación de “comercial” de la sociedad ya que así las denomina la IGJ en el art. 1 de la RG 1/2022.

¹⁵ No nos sorprende, por cierto, que con esa visión se haya dictado la RG 8/2021 referida a sociedades vehículo y extranjeras.

¹⁶ Badeni, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II. LL 2004, pág. 1248

En definitiva, ha excedido el registrador porteño su potestad reglamentaria, ya que no está reglamentando sino alterando la norma incurriendo en un exceso reglamentario. Es por ello que la RG en cuestión es inconstitucional, como lo son muchas otras resoluciones que ha venido dictando en los últimos tiempos¹⁷, ya que *“el exceso reglamentario transgresor de la ley que se reglamenta es siempre inconstitucional”*.¹⁸

Esta RG también discrimina al empresario porteño ya que este no podrá constituir una sociedad con varias décadas de duración, mientras que el empresario del resto del país sí podrá hacerlo, y lo obligará a buscar otras jurisdicciones y registros. Coincido con Hadad quien, al referirse a la facultar reglamentaria de la IGJ, sostiene que *“el concepto de que el Poder Ejecutivo pueda legislar, no tiene justificación normativa alguna y viola cualquier examen de constitucionalidad”*¹⁹.

IV. Conclusión

La IGJ ha resuelto a principios de este año limitar el plazo de duración de las nuevas sociedades a 30 años. Lamentablemente ese organismo se ha apartado del buen derecho societario en los últimos tiempos y ha dictado resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico, lo que las tornan inconstitucionales. Entre esas RG que ha dictado se encuentra la 1/2022 que es la que criticamos en esta ponencia.

El único requisito de la ley -tanto la LGS como la LACE- es que las sociedades tengan un plazo determinado, limitando por tanto la perpetuidad consagrada en el CCCN. Pero los únicos que pueden determinar cuanto durará la sociedad son los propios socios en el contrato, excediéndose el registrador porteño al pretender limitar a 30 años el plazo de duración para las sociedades de CABA.

La pretendida reglamentación de las normas societarias no es tal, ya que -justamente con el pretexto reglamentario- lo que se está haciendo en la práctica es modificar la ley, limitando donde ella no limita.

Esto implica que ciertos negocios, que se proyectan a muy largo plazo, no puedan llevarse a cabo en la ciudad capital, por lo que estos emprendimientos deberán buscar otras jurisdicciones más amables para su radicación.

Es de esperar que la justicia ponga freno a estos excesos reglamentarios y retome el camino de la legalidad.

¹⁷ Muchas resoluciones generales dictadas por la IGJ en los últimos dos años y medio resultan contrarias a derecho (y muchas resoluciones particulares también lo son). Varias de ellas fueron dejadas sin efecto por la justicia en lo comercial (como el caso Linea Expreso Liniers ya citado o en el caso INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ HARAS PINO SOLO S.A. s/ ORGANISMOS EXTERNOS, Exp. N° 12852/2021/CA01, CNCOM Sala C), o suspendidas preventivamente (como en el caso ASEA-ASOCIACION EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACION CIVIL Y OTROS DEMANDADO: INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA s/ INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR – Exp. N° 5026/2020, Inc. N° 1, en el cual se decidió cautelarmente “la suspensión precautoria provisional de las Resoluciones Generales dictadas por la IGJ Nros.: 5/2020; 9/2020; 17/2020; 20/2020; 22/2020 y 23/2020, publicadas en el Boletín Oficial los días 11 de marzo de 2020; 16 de marzo de 2020; 23 de abril de 2020; 4 de mayo de 2020; 6 de mayo de 2020 y 12 de mayo de 2020, respectivamente, y, de la Resolución General N° 4/2020 firmada el 26 de febrero de 2020 para el caso de que sea publicada en el Boletín Oficial y el restablecimiento del régimen reglamentario vigente previo al dictado de las mencionadas Resoluciones”)

¹⁸ Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo II. Ed. Ediar, 1995, pág. 308

¹⁹ Hadad Lisando, El fallo “Linea Expreso Liniers SAIC” y el adecuado funcionamiento del sistema republicano de gobierno. JA 2021-IV fasc. 4, pág. 19. 20/10/2021.

EL REGISTRO PÚBLICO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES DEBE, POR MANDATO CONSTITUCIONAL, FUNCIONAR EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD Y NO DEPENDER DE LA IGJ

Carlos E. Vanney

SUMARIO

Habiendo transcurrido 28 años de la reforma constitucional de 1994, que le otorgó a la ciudad de Buenos Aires un status similar a las provincias, y 26 años de la sanción de la constitución de la ciudad, esta sigue sin tener un Registro Público local.

La ciudad tiene la facultad y la obligación constitucional de crear su propio registro y esto no puede ser impedido por ningún organismo nacional, ni ejecutivo, ni judicial, ni del Ministerio Público.

Resulta imperioso poner el tema sobre la mesa y analizar los motivos por los cuales la ciudad debe tener su propio registro y no seguir bajo la órbita de la Inspección General de Justicia.

I. Introducción – Marco constitucional y legal:

A 28 años de la sanción de la reforma constitucional de 1994, a 27 años de la sanción de la llamada “Ley Cafiero”¹ y a 26 años de la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires², la ciudad de Buenos Aires sigue sin tener un Registro Público local, como tienen todas las provincias argentinas.

Luego de tantos años desde que a la ciudad se le otorgó un estatus similar -o parecido- al de las provincias, debemos preguntarnos: ¿por qué la ciudad de Buenos Aires no tiene un registro propio, sino que esta función está en cabeza de la Inspección General de Justicia, organismo dependiente del Poder Ejecutivo Nacional?

Para encontrar una respuesta, aunque sea una respuesta formal, debemos hacer un poco de historia e irnos hasta el primero de los hitos mencionados anteriormente: el año 1994, cuando se reformó la Constitución Nacional.

En esa reforma, entre otras cuestiones, se incorporó el art. 129 referido a la ciudad de Buenos Aires, que establece: 1. Que la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad; 2. Que una ley garantizará los intereses del Estado nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación; y 3. Que el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el Estatuto Organizativo de sus instituciones.

En virtud del punto 2, en el año 1995, el Congreso Nacional dicta la mencionada Ley Cafie-

¹ LEY QUE GARANTIZA LOS INTERESES DEL ESTADO NACIONAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. N° 24.588 (B.Of. 30/11/1995).

² Estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires, sancionado el 1 de octubre de 1996.

ro. Allí, en el art. 10, se establece expresamente que *“El Registro de la Propiedad Inmueble y la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional.”*

Y el art. 16, por su parte, dispone que: *“El Estatuto Organizativo de la ciudad de Buenos Aires dispondrá la fecha a partir de la cual quedará derogada la Ley 19.987³ y sus modificatorias, así como toda norma que se oponga a la presente y al régimen de autonomía para la ciudad de Buenos Aires.”*

Como ya dijimos, un año más tarde -en 1996- se sanciona la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Dentro de esta, Título Tercero (Poder Legislativo), Capítulo Segundo (Atribuciones), se establece en el art. 80, que: *“La Legislatura: ... 25. **Regula la organización y funcionamiento de los registros:** de la Propiedad Inmueble, de Personas Jurídicas y del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad y todo otro que corresponda.”* (la negrita me pertenece).

II. Status constitucional de la ciudad de Buenos Aires:

Es entonces la propia Constitución de la ciudad la que establece que la Legislatura local tiene competencia para organizar y regular el Registro Público. Y es también la propia Constitución de la ciudad la que establece, en su art. 140, una *“Cláusula derogatoria”* que dispone que: *“A partir de la sanción de esta Constitución, quedan derogadas todas las normas que se le opongan.”*

Además del marco normativo expuesto, desde el lado de nuestros tribunales la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *“la reforma constitucional de 1994 dota a la ciudad de autonomía “de legislación y jurisdicción”, y por esta vía la incluye en el diálogo federal.”*⁴

En ese fallo también se ha dicho que la ciudad de Buenos Aires tiene *“el status de “ciudad constitucional federada”* y que *“las limitaciones jurisdiccionales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son el producto de una situación de hecho transitoria”*.

Se le reconoce por tanto a la ciudad su derecho, y también deber, de -entre otras cosas- generar un autogobierno, entendido este como el derecho de sancionar y aplicar sus leyes sin someterse a ninguna otra autoridad ya que tiene, siempre dentro del marco de la Constitución Nacional, la potestad constitucional de hacerlo.

Este status particular de *“ciudad constitucional federada”*⁵ es ratificado nuevamente por el Alto Tribunal en el año 2021, al expedirse sobre la cuestión de la presencialidad en las escuelas en el marco de la pandemia de covid19, declarada a principios del año 2020⁶.

Pero allí además se destacó que *“al reconocerle el antedicho status, la reforma de 1994 entendió que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debía ser considerada prioritariamente como “ciudad constitucional” y solo subsidiaria y excepcionalmente, en cuanto se*

³ Ley de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

⁴ CSJ 2084/2017 ORIGINARIO. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal, 4 de Abril de 2019 (Fallos 342:533).

⁵ *“Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen, tanto los de “existencia necesaria” o “inexorables”, cuya identificación y regulación -o la previsión de su regulación- obra en la propia Ley Fundamental (el Estado Nacional, las provincias, los municipios de provincia y la ciudad autónoma de Buenos Aires)”* - CSJ 2084/2017 ORIGINARIO. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal, 4 de Abril de 2019 (Fallos 342:533).

⁶ CSJ 567/2021 ORIGINARIO. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, 19 de Abril de 2021 (Fallos 344:809).

comprometieran los intereses federales, como territorio sujeto a normas y jurisdicción de ese tipo. La “capitalidad” –y por extensión la federalización– de la Ciudad de Buenos Aires es la excepción; la regla es la prevalencia del ejercicio regular de sus competencias locales”, sosteniéndose además que “por ello como se reconoció en los precedentes citados la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integra de modo directo la federación argentina, surgiendo sus competencias no por la intermediación de los poderes nacionales –como antes de la reforma constitucional de 1994–, sino del propio texto de la Constitución Nacional (cfr. art. 129 Constitución Nacional) y de las normas dictadas en su consecuencia” y se recordó que la Constitución local se dictó “con el objetivo declarado en su Preámbulo de “afirmar su autonomía” y “organizar sus instituciones”.

Este es entonces el marco jurídico y constitucional de la ciudad de Buenos Aires, el cual fue reconocido expresamente por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III. El intento de crear el Registro Público local:

En virtud del status de la ciudad de Buenos Aires que le otorgó la constitución reformada, en el año 2008 la ciudad intentó ejercer esa facultad constitucional y dictó la ley 2875, por la cual se creaba el Registro Público de Comercio de CABA.

Pero esa ley supeditaba el funcionamiento de ese organismo a la suscripción de convenios de coordinación y traspasos de competencias entre la ciudad y la Nación. Es decir que, a nuestro juicio equivocadamente, la ciudad no estaba ejerciendo esas funciones constitucionales propias en forma directa, sino que dependía para ello de la conformidad o aceptación del Estado Nacional.

A pesar de no haberse suscripto los convenios, ante el dictado de esa ley local, la Fiscalía General ante la Cámara Nacional en lo Comercial promovió una acción judicial⁷, alegando que las funciones de ese nuevo registro eran las mismas que las de la IGJ. En ese juicio se dictó una medida cautelar que suspendía la entrada en funcionamiento del nuevo registro de la ciudad. Promovido ante el fuero Nacional en lo Comercial, este se declaró incompetente y remitió las actuaciones al fuero Contencioso Administrativo Federal. Se dispuso también en esos autos la citación como tercero de la IGJ.

En el año 2016 se dictó sentencia de primera instancia en ese proceso, rechazando la demanda en base a la falta de legitimación activa de la fiscalía actora. Han pasado 6 años desde esa sentencia y el expediente continúa en la cámara, a la espera del dictado de la sentencia de segunda instancia, en virtud de la apelación interpuesta por la fiscalía actora⁸. En definitiva, a los largos años mencionados al comienzo de esta ponencia, debemos ahora agregar que existe una ley de la ciudad, dictada hace 14 años, que crea un registro público local, que jamás pudo comenzar a funcionar. Y un juicio que impide que ese registro funcione que ya lleva 14 años de tramitación⁹.

Pero el problema, más allá del juicio mencionado con su cautelar, es que la propia ciudad de Buenos Aires, con la ley 2875, se autolimitó al supeditar la entrada en funcionamiento

⁷ Autos: “FISCALIA GENERAL CNCOM C/ GCBA Y OTRO S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO” CAF 031698/2009, actualmente en trámite por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I).

⁸ La IGJ no apeló la sentencia, lo que motivó que varios años después ese organismo planteara una nulidad de lo actuado desde la sentencia de primera instancia, planteo que –al momento de escribir esta ponencia– aun no fue resuelto por la cámara.

⁹ Resulta además insólito que, a pesar de que la sentencia de primera instancia rechazó la demanda, el tribunal se ha negado a dejar sin efecto la medida cautelar dictada al comienzo del proceso, ante un pedido expreso de la ciudad en tal sentido. Cabe preguntarse, ante el rechazo de la demanda ¿Cómo se funda el requisito del *fumus boni iuris*?

del registro local a la suscripción del convenio con el Estado Nacional. Al momento de escribir esta ponencia se encuentra ingresado en la legislatura porteña un proyecto de ley derogatorio de la ley 2875¹⁰.

Entendemos que esta autolimitación y este condicionamiento del registro (de su real funcionamiento) a dicho convenio, fue un error. Ello ya que la ciudad de Buenos Aires no necesita la autorización ni la “venia” de la Nación, para ejercer las facultades constitucionales que le son propias, ya que el art. 8o, inc. 25 de la constitución local es claro y no está condicionado a autorización o convenio alguno.

La realidad es que todas las provincias tienen su propio registro público local y ello no genera preocupación alguna, ni a la IGJ, ni a la fiscalía de Cámara, ni al poder judicial -nacional o provincial-, ni a los ministerios públicos locales.

IV. ¿Por qué preocupa tanto la cuestión del Registro Público local de la ciudad de Buenos Aires?

Podríamos decir que lo hacen para dar cumplimiento a lo que dispone el art. 10 de la “Ley Cafiero” (“... *la Inspección General de Justicia continuarán en jurisdicción del Estado Nacional.*”). Pero esa norma choca con dispuesto por el art. 16 de esa misma ley y con los arts. 8o, inc. 25, y 14o de la constitución de la ciudad. Pero este debate ni siquiera resulta necesario para que la ciudad de Buenos Aires tenga su propio registro.

Debemos además tener presente cual era el objetivo de la “Ley Cafiero”, que surge del art. 1 de la propia ley, la cual se dictó a fin de garantizar los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras esa sea la capital del país, a fin de “*asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación.*”

Es evidente que tener a su cargo el Registro Público local¹¹, no forma parte de los poderes atribuidos a las autoridades nacionales.

Pero como si el art. 1 no resultara lo suficientemente claro, el art. 2 aclara que “*la Nación conserva todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y es titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones.*”

Este art. 2 resulta contrario al principio constitucional plasmado en el art. 121 de la Ley Fundamental nacional -cuya aplicación a la ciudad de Buenos Aires reconoció la propia Corte Suprema de Justicia- que establece que “*Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal ...*”. Es decir que el principio es el contrario, no es la Nación quien conserva el poder no delegado, sino que solo puede ejercer aquello que expresamente se le delegó. Y quienes conservan el poder no delegado son los gobiernos locales. El art. 2 de la “Ley Cafiero”, por lo tanto, es inconstitucional.

Pero incluso sin entrar en el debate de su constitucionalidad, lo establecido por el art. 2 de la mencionada norma tampoco resulta de aplicación a la IGJ, ya que es evidente que tener a su cargo el Registro Público local no es necesario para que la Nación ejerza sus funciones en la ciudad capital.

No hay absolutamente ningún interés nacional en registrar y fiscalizar -dentro de los límites legales- a las sociedades, asociaciones y fundaciones que tengan su sede en la ciudad de Buenos Aires, por lo que no hay ningún interés en que la Nación conserve, dentro de la IGJ, estas funciones.

¹⁰ Expediente 1210-D-2022. proyecto de ley presentado por el diputado García Moritán el día 27 de abril de 2022. Ver en: <https://parlamentaria.legislatura.gov.ar/pages/ExpedienteBusqueda.aspx>.

¹¹ Al menos en cuanto a registración y fiscalización de sociedades, asociaciones y fundaciones.

Y además de lo expuesto, todo este debate no resulta necesario. Ya que nada impide a la ciudad crear su propio registro y no necesita para hacerlo ningún convenio con la Nación ni ninguna transferencia de competencias. Y, en este caso, tampoco es relevante la cuestión de la transferencia de partidas presupuestarias debido a que una parte importante del financiamiento de la IGJ no proviene en forma directa del presupuesto nacional sino del "Ente Cooperador IGJ"¹², que constituye una suerte de presupuesto paralelo del organismo que es administrado en forma separada¹³. El tema del Ente Cooperador de la IGJ excede claramente los límites de esta ponencia y merecería una ponencia por separado. Creemos que es una cuestión que en algún momento debería ser replanteada y discutida seriamente y con objetividad, lo cual sabemos que será difícil ya que esto podría afectar intereses de varias personas.

V. La ciudad de Buenos Aires tiene la obligación constitucional de crear su propio Registro Público

No solo nada impide a la ciudad de Buenos Aires crear su propio registro, sino que incluso debe hacerlo por imperio de su ley fundamental. Y debe hacerlo, pero no como lo hizo -o intentó hacerlo- hace 14 años, con el acuerdo del Estado Nacional o supeditando su funcionamiento a convenios con este.

Ello ya que no resulta necesaria la transferencia de la IGJ o de funciones de esta a la ciudad. No corresponde, o no es necesario, que la IGJ -el Estado Nacional- le transfiera a la ciudad funciones que constitucionalmente corresponden directamente a la ciudad de Buenos Aires. Dentro de los asuntos delegados por las provincias a la Nación no se encuentra la función registral, por lo que esta permanece en la órbita de los estados locales, quienes además se dan sus propias instituciones y eligen a sus funcionarios¹⁴.

No resulta necesaria la transferencia de la IGJ o de funciones de esta a la ciudad. Ello ya que, si bien la IGJ cumple hoy con ciertas funciones que son locales, lo hace es exceso a sus facultades constitucionales. Desde la sanción de la reforma constitucional de 1994, y ante el nuevo status de la ciudad de Buenos Aires -hoy claramente reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación-, y con la sanción de la constitución local, la IGJ debió cesar en el ejercicio de esas funciones. Si no lo hizo es porque la ciudad no asumió directamente esas funciones, sino que -equivocadamente- planteó la cuestión en el marco de las transferencias de funciones y competencias y convenios entre los estados. Y también porque, cuando intentó hacerlo (aunque en forma incorrecta) la justicia la frenó.

La IGJ no debe tener funciones locales ya que constitucionalmente no le corresponden. Y el art. 10 de la "Ley Cafiero" resulta claramente inconstitucional al pretender conservar esas funciones luego de la modificación del status constitucional de la ciudad. De modo que la IGJ no tiene competencia sobre sociedades -locales y extranjeras- asociaciones y fundacio-

¹² FONDO DE COOPERACION TECNICA Y FINANCIERA, CUIT: 30-61476338-4. Esta modalidad comenzó con el Convenio S.E.J. S/Nº/86, firmado el 19 días del mes de Diciembre de 1986 por la en ese entonces Secretaría de Estado de Justicia de la Nación, por una parte, y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, (Ley Nº 12.990), el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (Ley Nº 23.187) y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal, Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur (Ley Nº 20.476) por la otra parte.

¹³ Analizando los balances de los colegios de abogados y de escribanos vemos ingresos por este ente cooperador, lo cual indica que resultaría superavitario.

¹⁴ Conf.: "Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación", y "Artículo 122.- Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal..."

nes, que se domicilien en la ciudad de Buenos Aires.

La competencia de la IGJ está dada principalmente por la ley 22315, y algunas de sus funciones originales ya no las tiene a su cargo, por decisión expresa del legislador nacional¹⁵. Las funciones y competencias referidas a sociedades, asociaciones y fundaciones, si bien no merecieron derogación legal expresa, han resultado derogadas por la reforma constitucional del año 1994 y -principalmente- por los arts. 80, inc. 25, y 140 de la constitución de la ciudad. Si la IGJ insiste en mantener esas competencias, pues parte de la ley 22315 deberá también ser declarada inconstitucional.

Esto no implica que la IGJ debe disolverse ya que, a pesar de que no debería tener hoy a su cargo las funciones mencionadas, la realidad es que ese organismo tiene otras funciones, que si son nacionales, y que debe conservar y ejercer. Estas son las funciones que no son de competencia de los registros públicos locales.

Es por ello que la IGJ conserva su competencia sobre las sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro -art. 8 de la ley 22315- y sobre las sociedades binacionales argentino-brasileñas. Y es a estas sociedades a las que debe dedicarse y volcar sus esfuerzos. Todas las provincias registran sus sociedades y ejercen, dentro del marco de su competencia y de los límites que impone la ley, el control sobre ellas. Esto no ocurre en la ciudad de Buenos Aires, que en este aspecto sigue siendo la hermana menor a quien “papá Estado” debe proteger. El problema, además de lo injusto de la situación, es cuando un funcionario que depende de la Nación ejerce funciones que dependen de la ciudad y, por ejemplo, se ensaña con un determinado tipo societario porque este no es de su agrado, incluso violando la ley.

Todas las jurisdicciones locales tienen su registro y eligen a los funcionarios de estos. Los ciudadanos de las provincias eligen a sus gobernantes y estos a su vez designan a los funcionarios del Registro Público local. De modo que, obviamente en forma indirecta, los ciudadanos de cada provincia eligen al titular del Registro Público.

Tener un Registro Público local en la ciudad de Buenos Aires impediría, en definitiva, que un funcionario de sexto orden en la jerarquía del Estado Nacional¹⁶ perjudique a las sociedades de la ciudad y cause un éxodo de las empresas hacia jurisdicciones más amigables (más amigables no significa más permisivas, sino simplemente que son respetuosas de las leyes). Si quien tiene a su cargo el Registro Público de la ciudad de Buenos Aires no responde a las autoridades locales y no debe “rendir cuentas” a los vecinos, sino que depende del Estado Nacional, la realidad es que finalmente no le importa si hay más o menos sociedades en la ciudad y no le importa convertir esa jurisdicción, en la que está actuando “de prestado” y asumiendo funciones que constitucionalmente no le corresponden, en un terreno hostil para la radicación y funcionamiento de las empresas y no le importa si de ese modo genera un éxodo de sociedades.

Las jurisdicciones locales cuidan sus empresas, les otorgan beneficios y quieren que se radiquen y que continúen desarrollándose allí. Generan puestos de trabajo, mueven la economía y pagan impuestos. Mientras que la ciudad de Buenos Aires, por el contrario, las eyecta. Pero no porque así lo quiere el gobierno local, sino porque las sociedades no se

¹⁵ Luego de la ley 27444 la IGJ ya no tiene a su cargo las siguientes funciones registrales (art. 4 ley 22315): d) Lleva el Registro Nacional de Sociedades por Acciones; e) Lleva el Registro Nacional de Sociedades Extranjeras; f) Lleva los registros nacionales de asociaciones y de fundaciones.

¹⁶ Esta calificación de ninguna manera es despectiva ni simbólica. La IGJ está, dentro de la estructura del Estado Nacional, en el sexto rango. 1. Presidente de la Nación, 2. Jefe de Gabinete, 3. Ministro de Justicia, 4. Secretario de Justicia, 5. Subsecretario de asuntos registrales, y 6. Inspector General de Justicia.

encuentran bajo su jurisdicción (a pesar de que la constitución local así lo establezca), sino a merced de un organismo y de un funcionario nacional.

Si un registrador local resultara enemigo de un tipo de sociedad o contrario a la actividad de las empresas y, con su conducta, genera que estas se vayan, poco durará en su cargo ya que creemos que el gobernador le agradecería gentilmente los servicios prestados y lo eyectaría rápidamente de su sillón.

La ciudad de Buenos Aires no puede hacerlo, aunque su constitución no solo lo permita, sino que lo exija. Y, como no tiene su propio registro, debe hoy tolerar que exista una hostilidad hacia el tipo societario más exitoso de los últimos tiempos, el tipo societario que más sociedades había generado y el que tenía el mayor crecimiento en generación de empleo y pago de tributos (entre otras hostilidades, como por ejemplo también lo hay contra las sociedades extranjeras).

VI. Conclusión.

En definitiva, la ciudad de Buenos Aires debe tener su Registro Público local, porque así lo establece la constitución local y porque la Corte Suprema le ha reconocido su status y ha expresado la validez de las normas constitucionales, incluso si carecen de una ley que las torne operativas. La mora del legislador en este aspecto, de ninguna manera puede implicar la disminución de derechos o competencias constitucionales. Resulta imperioso entonces el dictado de una ley local en tal sentido.

Estamos aquí reunidos, disfrutando de la calidez y cordialidad de los amigos cordobeses, en el XV Congreso de Derecho Societario, tratando un tema que debió ser debatido en el VI Congreso, del año 1995, celebrado en la ciudad de Mar del Plata. Pasaron 27 años desde ese congreso y el tema sigue sin solución. Esperamos que cuando nos reunamos en 2025 para el XVI congreso, disfrutando de la hospitalidad de los amigos tucumanos, no debamos volver a plantear esta cuestión, sino que simplemente podamos comentar, entre café y café, que luego de 30 años la ciudad de Buenos Aires finalmente tiene su Registro Público.

COMISIÓN I:
DERECHO SOCIETARIO
ACTUAL Y LEGISLACIÓN
VINCULADA

Tema 4:
**CONTROL DE FUNCIONAMIENTO
Y EN RAZÓN DE LA ACTIVIDAD.
ORGANISMOS COMPETENTES, ALCANCES.
SIMPLIFICACIÓN. ASOCIACIONES CIVILES
BAJO FORMA DE SOCIEDAD.**

PROCEDENCIA DE LA EXTENSIÓN DEL CONTROL LIMITADO (ART. 301 INC. 2 LEY 19.550)

María Laura Juárez

SUMARIO

La autoridad de contralor se encuentra facultada por el art. 301 LGS a extender el control de funcionamiento o dinámico en relación a las sociedades excluidas del art. 299 LGS, en resguardo del interés público.- Este trabajo intenta perfilar las situaciones en que puede ser extendido dicho control con fundamento en el inc. 2 de la citada norma, definiendo para ello cuales son los presupuestos que deben presentarse y los requisitos que deben respetarse.-

Introducción: Tipos de Control Estatal

La ley 19550 consagra un sistema catalogado como “normativo”¹, para lograr una sociedad regular. Así, el ordenamiento impone el respeto por el principio de la **tipicidad**, es decir el cumplimiento de las normas del tipo societario elegido, respeto por un sistema legal, **principio de la legalidad**, cuando exige la incorporación de determinados elementos en el instrumento de constitución de la sociedad (art. 11 LGS y Art. 36 ley 27.349), principio de la **formalidad**, exigiendo requisitos de forma tales como la instrumentación, publicidad, inscripción registral, posibilitando la revisión judicial de los actos administrativos en caso que la reglamentación y decisiones de la autoridad administrativa sea excesiva e irrazonable.

En el ejercicio de la función de policía, encontramos el **control estático**, entendido éste como el control de constitución, que refiere al momento inicial de la sociedad sin importar su ulterior evolución.- Por las reformas introducidas en los arts. 6 de la LGS y 38 de la ley 27.349, ese control estático se ha visto disminuido, limitado a un mero control formal.-

Se lo denomina estático por cuanto sólo consiste en verificar la existencia de elementos esenciales tipificantes y no tipificantes de la relación societaria sin realizar ningún tipo de valoración sobre los mismos, su organización y estructura inicial.- Es un control formal ejercido en modo austero ya que el emprendimiento es potencial, no ha comenzado aún la actividad organizada entendida como la producción e intercambio de bienes y servicios (art. 1 LGS).- La austeridad del control se ha visto profundizada con la eliminación del control de legalidad establecido en el art. 6 LGS.- Cuando el interés público no se encuentra involucrado, este control estático no tiene más trascendencia que servir satisfactoriamente para conformar el cumplimiento de requisitos de forma.

Por el contrario cuando se trata de sociedades que por su objeto o por recurrir a la oferta publica pueden repercutir en la generalidad, este control estático, deja su timidez, y debe mostrarse con más fuerza. Así lo regula la propia LGS, cuando en su art. 299 establece que los casos enumerados en tal norma, 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*, lo que se denomina la fiscalización

¹ BENSEÑOR, Norberto Rafael – Fiscalización Estatal de Sociedades Anónimas – Revista del Notariado – Colegio de Escribano de la Ciudad de Buenos Aires, pág. 41.-

estatal permanente. En estas sociedades la ley entiende en forma apriorística que está comprometido el interés público

Durante el ejercicio de este control estático, razones económicas de consideración, imponen una autoridad administrativa que logre en definitiva la simplificación, flexibilización de los tramites de constitución, ya que el exceso de celo puesto por el Estado en el trámite de fiscalización previa, burocratiza la constitución de sociedades de capital, genera un dispendio de tiempo y dinero de difícil justificación y que con cierta frecuencia desalienta inversiones y atenta contra la confianza en el sistema debido a las notorias incongruencias que se ponen de manifiesto entre una autoridad administrativa de control y otra de distinta jurisdicción².-

En tal sentido Reyes Villamizar declara, las naciones **“se ven en la necesidad de actualizar sus reglas para evitar la migración masiva de empresarios hacia naciones dotadas de pautas más flexibles y “amistosas” para la creación de empresas”**³.- Si las regulaciones administrativas exceden el control legal hoy limitado a las formas, modificando incluso la ley de fondo, lo que ya advertimos tiene vedado, se afectan los principios de seguridad jurídica, certeza, confiabilidad que informa el sistema de control en su conjunto, lo cual contribuye a desalentar operaciones de inversión y emprendedurismo.- Una vez que las sociedades han obtenido su inscripción quedan sometidas a control estatal que se extiende también a la disolución y liquidación.

El **control dinámico** por su parte, comprende una etapa social donde opera plenamente el ejercicio de actividades, el funcionamiento de los órganos societarios y la limitación de responsabilidad de sus accionistas.- Por la evolución de la actividad social se producen mutaciones permanentes que afectan el patrimonio y generan cambios en las relaciones internas y externas de la sociedad.- La ley general de sociedades clasifica las entidades de acuerdo con el modo de fiscalización a que se hallan sometidas, de la siguiente forma: a.- Las sujetas a fiscalización estatal permanente (art. 299 LGS), b.- Las sujetas a fiscalización estatal limitada (art. 300 LGS)

Control dinámico en sociedades no sujetas a control estatal permanente

Las sociedades no incluidas en el enunciación del art. 299 LGS quedan sujetas por remisión legal a un sistema de control limitado, el que de acuerdo al art. 300 se reduce al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital a fin de aprobar la valuación de los aportes no dinerarios y verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales correspondientes (art. 53 y 167 LGS).- Por tal motivo, conforme la propia norma, el control limitado, como se dijo de índole formal alcanza: a.- Reformas de Estatuto; b.- Variaciones de capital social; c.- Transformación, Fusión, Escisión; d.- Prórroga y Reconducción; Disolución y Liquidación.

Pero además, dicho control estatal limitado puede ser extendido, en los supuestos previstos por el art. 301 del ordenamiento legal, cuando lo soliciten accionistas que representen el 10% del capital social o lo requiera el síndico. En este caso se limitará a hechos que funden la presentación. - También cuando lo considere necesario por resolución fundada, la propia autoridad de control, en resguardo del interés público.- Antes de analizar dicha norma, no

² CALACATERRA Gabriela Silvina, “Acerca de la Fiscalización Administrativa en Materia Societaria” – Libro de Ponencias XIV Congreso Argentino de Derecho Societario – X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa – Tomo I – Editorial Advocatus - pág. 319

³ REYES VILAMIZAR, Francisco: “SAS: La sociedad por acciones simplificada” Segunda Edición Actualizada, Legis, Colombia, pp 28-29

podemos olvidar que la LGS acuerda expresamente diversas facultades a la autoridad de aplicación vinculadas con el funcionamiento societario, sin discriminar si la entidad está sujeta a fiscalización permanente o limitada, tal como surgen de los artículos 61, 201, 212, 215, 223, 236, 238, 242, 251 entre otros de la ley General de Sociedades.

El control dinámico o de funcionamiento representa un procedimiento necesario y que de ser empleado eficaz y racionalmente puede contribuir a la correcta utilización de las estructuras societarias. Frente a la dinámica que ofrece el funcionamiento de las sociedades, suelen producirse conflictos que aguardan la intervención urgente del órgano de control como entidad de fiscalización y aplicación inmediata, titular de un conjunto de atribuciones fundamentales en el ejercicio de poder de policía que se le asignara.- **La función de vigilancia es sin duda la que más interesa frente a la existencia de actividades sujetas a ejercicio de poderes de policía.**

La intervención administrativa, en el control dinámico, debe estar destinada a valorar el cumplimiento de la ley, el estatuto y reglamento por parte de la sociedad, por tratarse de una figura jurídicamente organizada, adoptando las medidas y utilizando los recursos que la ley le otorga, y que pueden determinar el inicio de una investigación, la aplicación de sanciones, la suspensión de las resoluciones de sus órganos. etc. **Las medidas policiales o fiscalizadoras deben ser más intensas que aquellas tendientes a conformar documentos inscribibles.**

Extensión del control dinámico en las sociedades no comprendidas en el art. 299 LGS

Como se dijo la autoridad de control Estatal, puede ejercer un control dinámico en relación al funcionamiento de las sociedades cuya inscripción dispuso a través del Registro Público.- Es que el Estado debe facilitar la organización jurídica como sociedad⁴ (centro de imputativo autogestante), cumpliendo dicha función al momento de conformar los documentos societarios que se presentan para su registración, registración que otorga a los mismos oponibilidad frente a terceros. Pero al mismo tiempo debe resguardar los derechos de terceros en relación a las actividades que realiza la empresa organizada bajo sociedad. Es en el control de funcionamiento donde se admite la posibilidad que el Estado, por interés general de la comunidad, ejercite un control más fuerte sobre el ente, que en el caso de las sociedades incluidas en el art. 299 LGS es permanente, mientras que en el resto de las sociedades se ejerce en casos puntuales, ante determinadas circunstancias en resguardo del interés público. -

El art. 301 de la LGS establece que la autoridad de control podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades no incluidas en el art. 299 LGS cuando: a.- Cuando lo soliciten accionistas que representen por lo menos el 10% del capital social o lo requiera el síndico. En tal supuesto, las facultades de la autoridad de controlar se restringen a los hechos que hayan dado lugar a la solicitud de fiscalización y su intervención debe cesar una vez que cumplió el cometido. b.- En resguardo del interés público, previa resolución fundada. - En este caso la fiscalización se extenderá a todos aquellos aspectos que la autoridad de controlar considere necesarios y con la misma extensión que está prevista en el art. 299.- Los aspectos sometidos a fiscalización deberán estar expuestos en la fundamentación de la resolución.

⁴ MUIÑO – RICHARD "Manual de Derecho Societario" -Editorial Astrea - pág. 577

Es que la regla prevista en el art. 300 LGS que limita el control estatal en las sociedades no incluidas en el art. 299 LGS al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital, a los efectos del art. 53 y 167, no es absoluta, por el contrario, es flexible, y dichas las sociedades no alcanzadas por el control permanente pueden ser objeto de control fuera de los enunciados del art. 300, cuando la autoridad de fiscalización lo considere necesario en resguardo del interés público. Es decir, se trata de una facultad discrecional, que puede ejercer en forma autónoma, pero con una limitación que es la resolución fundada. - Si bien el legislador no ha dado mayores precisiones respecto de lo que debe entenderse por interés público, consideramos que se trata de situaciones cuyas consecuencias pueden exceder el mero interés particular de la sociedad y de los socios y se proyectan sobre el entorno social, los derechos de terceros, el comercio, la inversión, el ahorro, la generación de empleo, la producción, el consumo y mercado en general⁵.

La sociedad evoluciona y se transforma y el derecho también lo hace, debiendo ser acompañada tal evolución por los operadores jurídicos. Así las cosas, sin dudas la función de fiscalización de los órganos estatales de control deben adaptarse a las nuevas circunstancias o exigencias de los nuevos tiempos, sin convertirse en obstáculo para el desarrollo de las actividades de los particulares, teniendo siempre en consideración **que a mayor intervención por parte de los órganos de control menor es la libertad de acción de los sujetos**. - Sin embargo, el interés general, el orden público, la comisión de un delito o la violación de la ley no pueden pasar inadvertidos a una entidad oficial de control, obligada para lograr su racionalización y efectividad a no acumular datos imprecisos y no sistematizados, debiendo eliminar dobles controles o controles vacuos o innecesarios, para así canalizar todos sus esfuerzos cuando existe un interés tutelable concreto.

Presupuestos legales para extender la función de policía en sociedades no comprendidas en el art. 299 LGS

Como se dijo el art. 301 de la LGS, inc. 2 prevé la posibilidad de ampliar la función de policía en las sociedades no comprendidas en el art. 299 LGS, cuando la administración lo considere necesario, mediante resolución fundada y en resguardo del interés público.

Caracteres de la decisión Administrativa

La resolución a que hace referencia el art. 301 inc 2 Ley 19.550, debe tener los siguientes atributos: a) debe ser una resolución fundada, b) debe contener la decisión expresa de cambiar el tipo de control al que está naturalmente sometida la sociedad, c) no puede afectar a terceros, d) debe ser razonable. -

a) Resolución Fundada: El propio artículo 301 inc. 2 de la LGS establece que cuando la Inspección considere necesario extender el control en resguardo del interés público, debe emitir una resolución fundada. Como se dijo, una **resolución fundada** implica otorgar a los intervinientes toda la información en que la misma se fundamenta y encontrar su fuente en el derecho vigente. - Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala A, en relación a las atribuciones de la Inspección General de Personas Jurídicas, autoridad de contralor dependiente del Poder Ejecutivo Nacional y con competencia territorial en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y territorios nacionales, ha dejado en claro que el poder

⁵ VITOLLO, Daniel Roque Sociedades Comerciales Ley 19.550 comentada – Tomo IV – Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 774

de policía no es de ejercicio ilimitado; al contrario, tiene limitaciones jurídicas tendiente a evitar arbitrariedad en su ejercicio. Las medidas de policía deben ser siempre razonables y respetuosas de las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional. - (Sentencia de fecha 31 de marzo de 2021 dictada en autos Inspección General de Justicia c/ Green Salud S.A. Organismos Externos).- ⁶ Se establece en el citado fallo que el “poder de policía” y la actividad consecuente, en modo alguno constituye potestades estatales absolutas o ilimitadas, pues ello contrariaría los postulados del Estado de Derecho. Que no es un poder omnímodo del Estado para hacer lo que le plazca con la simple invocación del interés público, en cuyo nombre podrían cometerse lo más graves excesos y desconocerse todos los derechos y garantías. **Por tal motivo toda resolución de la autoridad de contralor que pretenda extender el control limitado, debe estar debidamente fundamentada.**

En el caso, que se comenta, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones entendió que los fundamentos que otorgó en el caso la “IGJ” para sustentar la decisión de realizar una “profunda investigación” sobre todo lo relativo al elenco de socios de la sociedad fiscalizada excluida del art. 299 LGS, sus administradores, su estado patrimonial y el de las personas jurídicas eventualmente vinculadas a las actividades societarias que hayan desarrollado las mismas, *era muy genéricos* y requerían mayores precisiones, debiendo la autoridad establecer concretamente cuales son los extremos que se desean investigar, detallando todos los informes que se requieren, los libros y documentación que se desean examinar en sus facultades de fiscalización, requiriendo judicialmente las concretas medidas de auxilio que fueren de menester, llegado el caso. Es que solo una resolución debidamente fundada, otorga adecuado sustento a la tarea de fiscalización conforme el art. 301, inc. b) LGS. La resolución de la autoridad que disponga la extensión de control en los términos del art. 301 inc. b de la LGS, debe fundarse en una norma del derecho positivo, es decir establecer claramente que extiende el control en virtud de la potestad conferida por el art. 301 inc. b de la Ley General de Sociedades, citando con claridad cuál es el interés público comprometido y las normas jurídicas afectadas, puesto que la falta de fundamentación legal convierte en infundada y antijurídica a toda disposición administrativa⁷.

⁶ CNC SALA A “Inspección General de Justicia c/ Green Salud S.A. Organismos Externos” Resolución de fecha 31/3/2021: En suma, el poder de policía no es de ejercicio ilimitado, al contrario, tiene limitaciones jurídicas tendientes a evitar la arbitrariedad en su ejercicio. Las medidas de policía deben ser siempre razonables y respetuosas de las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional (Marienhoff Miguel S., ob. cit., p. 666). A su vez, la razonabilidad consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determinan la medida, a efectos que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos (CSJN, Fallos: 200:450; 249:252; Linares Quintana, “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, T³, p. 359 y ss.). Es claro que esas atribuciones, en lo que respecta a las sociedades anónimas, deben ser ejercidas en el marco de lo establecido por los arts. 299, 300 y 301 LGS y dentro del límite de razonabilidad señalado supra.

.... Solo una resolución con un fundado requerimiento en el modo indicado habrá de brindar, adecuado sustento, a la tarea de fiscalización que pretende llevar adelante la “IGJ”, conforme la facultad que a dicho organismo le confiere el art. 301, inc. b) LGS. Es que, en modo alguno, puede autorizarse el poder administrador un avance indebido sobre entes de carácter privado que exceda las funciones que le son propias o sobre terceros que es lo que en definitiva son -“sociedades vinculadas”- sin la correspondiente identificación de esas entidades y sin la debida fundamentación de requerimiento, solicitando la intervención del Poder Judicial por la vía pertinente, en su caso, si es que el organismo de contralor considerara necesario avanzar en tal sentido por razones de interés público, las cuales deben ser debidamente explicitadas en cada caso. Con este alcance entonces, se receptorá el agravio esgrimido sobre el particular, debiendo la IGJ precisar concretamente los extremos que se desean investigar, detallar todos los informes que se pretenden requerir, los libros y documentación que se desean examinar en sus facultades de fiscalización, requiriendo judicialmente -en su caso- las concretas medidas de auxilio que fueren de menester, mediante una resolución con un fundado requerimiento en el modo indicado. Cita: MJ-JU-M-132281-AR | MJJ132281

⁷ GORDILLO, Agustín, Capítulo V, El Poder de Policía página 225: La resolución debe fundarse en una norma. El administrador no cuenta con la posibilidad de recurrir a principios meta jurídicos para socorrer soluciones no apoyadas en el derecho positivo: si no puede fundar lo que sostiene en las normas de derecho positivo, se obliga al juez a tener por infundada y antijurídica toda disposición

b) Resolución Expresa: En otro fallo de fecha 28 de febrero de 2021 la Cámara Nacional Comercial, en el caso Sala C en autos Inspección General de Justicia c/ Arte Inmobiliario S.A.⁸, en relación también a la decisión fundada que exige el art. 301 de la LGS, sostuvo que el cambio de un control limitado u ocasional a otro permanente, más intenso, **no es automático** y requiere una decisión administrativa expresa que permita alterar el sistema de control que de pleno derecho se aplica a la sociedad fiscalizada.- El control estatal a que está sometida la sociedad excluida del art. 299 LGS no es inmutable, puede variar, mas ello requiere una decisión administrativa expresa de alterar el sistema de control que de pleno derecho se aplica a la sociedad afectada, decisión que debe ser fundada y de la que debe resultar la necesidad de proteger el aludido interés público.

c) No puede afectar a terceros: Por otro costado, la resolución no puede afectar a terceros no sujetos al control estatal. La autoridad solo puede fiscalizar los sujetos sometidos a su control. - En sintonía los Tribunales con competencia en la materia han dejado en claro que la autoridad estatal carece de competencia para fiscalizar a los socios de una sociedad, es decir, ningún socio por su sola condición de tal es sometido a fiscalización. - (Inspección General de Justicia c/ Vereingte Textilwerke GMBH – Interpresis Reunies SARL Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala A – 10 de Marzo de 2021 - Cita: MJ-JU-M-131479-AR | MJJ131479

d) Debe ser razonable: Por último, la decisión administrativa debe ser razonable. La razonabilidad en el ejercicio de las facultades de control depende de la prudencia de los funcionarios. No es admisible la pasividad burocrática, como el activismo sin límites⁹.- El principio de razonabilidad fundamentalmente significa que las decisiones administrativas, en el caso la prevista por el art. 301 inc. b. LGS, deberán ser prudentes, fijando condiciones y limitaciones adecuadas al espíritu y a la letra de las normas constitucionales, porque lo razonable es lo proporcionado al efecto, lo exigido por la igualdad y la equidad, lo armónico dentro del todo, lo equilibrado entre los extremos.- Es por ello que el art. 28 CN al otorgar la potestad reglamentaria de los derechos y garantías constitucionales al Poder Legislativo, establece que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, como asimismo en el cit. art. 99 inc. 2º in fine, al conceder la potestad reglamentación de las leyes al Poder Ejecutivo, dispone que las instrucciones y reglamentos que decreta el P.E., lo serán “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. Lo razonable, en definitiva es lo justo y equitativo, lo conforme con los principios y creen-

administrativa que pretendiendo ejercer el “poder de policía” haya actuado sin la debida fundamentación legal. De esta forma se evita el empleo oculto de criterios políticos o sociológicos autoritarios para convalidar actuaciones administrativas al margen de la ley y en infracción a los derechos individuales.

⁸ CNC SALA C Inspección General de Justicia c/ Arte Inmobiliario S.A, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2021 se dijo: “...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 (art. 300). 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., esa mutación del régimen restringido al más intenso implícito en el control permanente, nunca es automática. Requiere, en cambio, una decisión administrativa expresa de alterar el sistema de control que de pleno derecho se aplica a la sociedad afectada, decisión que debe ser fundada y de la que debe resultar la necesidad de proteger el aludido interés público.. Cita: MJ-JU-M-130683-AR | MJJ130683

⁹ ROITMAN Horacio – Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada – Tomo IV – Editorial La Ley - Año 2006, pág. 736.-

cias de la Constitución, según las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que, en un orden jerárquico, integran el plexo axiológico del ordenamiento constitucional (vida, libertad, igualdad, solidaridad, paz, seguridad, orden, bienestar, etc.)¹⁰

Opinión final

La autoridad de contralor, se encuentra facultada en virtud del art. 301 a extender el control de funcionamiento o dinámico en relación a las sociedades excluidas del art. 299, en resguardo del interés público y mediante resolución fundada. Así se entiende que el interés público se encuentra afectado cuando el funcionamiento de la sociedad puede conmovir intereses que exceden a los particulares involucrados, alcanzado a terceros, dañando la confianza y transparencia del mercado, la producción, inversión, consumo ahorro, empleo etc., máxime cuando exista evidencia o información de la que se pueda presumir la utilización desviada del ente societario. Así, los tribunales han expuesto que la existencia de sociedades prefabricadas por profesionales para ofrecer en el mercado, no es una cuestión que puede quedar librada a la zona de reserva de los seudosocios tornando lícita la simulación. Es que la existencia y funcionamiento de las sociedades anónimas no puede desentenderse del interés público, en función del cual ley establece facultades judiciales y de la autoridad de contralor (arts. 301, inc. 2º y 303, inc. 2º, 2º párr., ley 19.550) CNCom. Sala C, 21-5-1979, Macoa S.A. y otras LL 1976-C 289).- Dicho control dinámico lo puede ejercer tanto si detecta alguna inconsistencia o incumplimiento de normas legales al momento de la constitución como durante el funcionamiento de la sociedad.

Va de suyo que la extensión del control según el art. 301 al tiempo de la constitución, será menos frecuente, y solo podrá disponerse si se toma conocimiento a través de otras personas sometidas a fiscalización o por terceras vías de información pública, sobre la utilización desviada del instrumento sociedad para violar derechos de terceros o el interés público, ya que esta facultad no implica alterar el control estático ya descripto, que por su esencia es más débil, y se encuentra atenuado a un control formal luego de la sanción de la ley 26.994.-

La autoridad administrativa a través de la ya referida resolución fundada y siempre en resguardo del interés público, puede disponer de las medidas tales como el requerir informes o documentos que crea conveniente a las personas sometidas a su control o realizar investigaciones, auditorias e inspecciones Incluso, se encuentra obligada a formular denuncias ante las autoridades judiciales administrativas o policiales cuando esté el orden público comprometido (art. 6 inc. f).- Una vez realizada la investigación, detectada la inconsistencia y la violación de normas elementales tal como arts. 9,10, 144 CCCN, arts. 1, 2, 18, 19, 20, 54 ter LGS por citar algunos, la autoridad puede incluso tomar una medida más gravosa, cual es la de declarar ineficaz a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, se trate de actos ya inscriptos y/o que se pretendan inscribir, si son contrarios a la ley, estatuto o reglamentos y por tanto afectan alguno de los intereses públicos ya citados (comercio, inversión, ahorro, consumo, producción empleo, confianza en el mercado etc.) objeto de tutela.- Todo ello sin perjuicio de las facultades que la ley de fondo le otorga mediante los arts. 302 y 303 para aplicar sanciones o solicitar determi-

¹⁰ HARO, Ricardo "LA RAZONABILIDAD Y LAS FUNCIONES DE CONTROL" Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar>

nadas medidas. - El art. 302 LGS autoriza la imposición de sanciones en caso de violación de la ley, el estatuto o reglamento, que van desde un apercibimiento hasta multas. El Art. 303 LGS faculta a la autoridad de control, en ejercicio de su función de policía a solicitar medidas al Juez del domicilio de la sociedad, tales como el pedido de suspensión de las resoluciones de sus órganos o de su intervención cuando lo considere necesario para resguardar el interés público (art. 301 LGS) hasta su disolución y liquidación.-

LA CERTIFICACIÓN COMO HERRAMIENTA DE GARANTÍA EN LAS SOCIEDADES SIN FINES DE LUCRO

Luis Alberto Miguel

SUMARIO

Si bien el trabajo parte del análisis acerca de la factibilidad de las Sociedades de Interés y Beneficio Colectivo (BIC) en Argentina, se postula la conveniencia de considerar a la certificación como herramienta de garantía para las sociedades sin fines de lucro.

I. Introducción

Hasta época relativamente reciente, la teoría económica y la doctrina jurídica prácticamente no reconocían la posibilidad de la existencia de sociedades no lucrativas, pues se consideraba al fin de lucro como la verdadera causa final de toda empresa.

Desde luego, era sabido que la actividad de la empresa consistía en la producción e intercambio de bienes y servicios ya que su fin consistía en la obtención de lucro o ganancia; así era concebida la empresa.

La única polémica que se llegaba a plantear en este aspecto era la relativa a las llamadas empresas públicas o empresas del Estado, toda vez que parecía evidente que ellas no podían perseguir finalidad lucrativa, puesto que resultaba un contrasentido que el Estado –es decir la organización jurídico política de la sociedad- creara empresas con fines lucrativos para obtener ganancias a costa de los ciudadanos. Ello aparecía como una verdadera contradicción puesto que el Estado es, por definición, el tutor del bien común¹.

El problema apuntado solía resolverse sosteniendo que las empresas públicas no son, en realidad, verdaderas empresas por cuanto subsisten de aportes del erario; son sostenidas por el Estado y, por lo tanto, no deben afrontar el riesgo que constituye un elemento consustancial a la noción de empresa².

Sin embargo, en la actualidad se reconoce que la noción de sociedad no va necesariamente ligada a la finalidad de lucro que se solía encontrar exclusivamente en las empresas, se ha llegado a admitir que pueden existir empresas que reúnan todos los atributos que las caracterizan tales, pero que no están orientadas a la obtención de ganancias.

De igual manera, la actividad económica en general no supone exclusivamente la búsqueda del lucro o provecho³. Esta nueva concepción, más abierta y abarcativa, permite

¹ HALPERIN, Isaac – BUTTY, Enrique (2000) "Curso de Derecho Comercial ", Vol I, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 65. En esta obra se decía que en la empresa estatal "falta el propósito principal de lucro, ya que el Estado desarrolla esa empresa con el fin superior de cumplir sus propios fines en beneficio de la comunidad. La organización de estas empresas no es más que un medio para la descentralización de la actividad del Estado para alcanzar esos fines

² ANAYA, Jaime (1967) "Acerca de las empresas del Estado" JA-1967-IV-328.

³ ETCHEVERRY, Raúl A. (1983) "Manual de Derecho Comercial. Parte General", Astrea, Buenos Aires. P. 83-85. Sostiene que el ánimo

dar cuenta de realidades diferentes sin forzarlas a encuadrarse dentro de rígidos moldes teóricos preestablecidos. Es decir que, en lugar de constreñir la realidad para reconducirla a la teoría, se trata de adecuar la teoría a las exigencias de la realidad, aunque ello suponga replantear o dejar de lado ideas y esquemas que durante mucho tiempo fueron paradigmáticos.

II. La idea de la sociedad sin fines de lucro

Así surgió, por una parte, una renovada noción de sociedad no ligada a la idea de lucro, posibilitando de esa manera un estudio más amplio y comprensivo de múltiples y variadas formas de organización empresarial. Por otro lado, se proyectaron a la consideración teórica jurídica y económica novedosas formas de organización económica que hasta entonces no habían sido objeto de estudio, contribuyendo de esa manera a admitir un mayor pluralismo empresarial⁴.

Por lo tanto, en la actualidad es reconocida de manera general la existencia de sociedades lucrativas y sociedades no lucrativas, reuniendo ambas los títulos requeridos para ser consideradas empresas. Esto así por cuanto todas organizan los factores de la producción; todas asumen el riesgo inherente a su actividad; todas se desenvuelven en un mismo ámbito (el mercado) y todas se hallan sujetas a las mismas leyes económicas que gobiernan su actuación. Por eso, resulta necesario aclarar que la ausencia de fin lucrativo no significan que no deban funcionar conforme a las reglas de la economía y las exigencias de una correcta administración; si sus gastos superan a sus ingresos, inexorablemente habrían de sucumbir, como cualquier empresa. Lo dicho vale aún para las entidades con fines culturales, deportivos, artísticos, etc., puesto que incluso ellos deben administrarse con criterios de empresas para poder subsistir y cumplir sus finalidades.

El desarrollo de la llamada economía social ha venido a impulsar la aparición y crecimiento –tanto en variedad como en cantidad– de las sociedades no lucrativas. Este es un fenómeno que se manifiesta tanto en países industrializados, como en países en vías de desarrollo.

Ahora bien, en cuanto al lucro respecta, no se trata de determinar si quienes están asociados en la empresa para operar con ella o para recibir de ella sus servicios se hallan movidos por el afán de obtener alguna ventaja individual que pudiera considerarse como lucro o ganancia, pues eso constituye un aspecto subjetivo de la conducta de tales personas⁵. Lo que objetivamente puede afirmarse es que la empresa en cuanto tal no persigue fines de lucro, y su ropaje es una sociedad no lucrativa, puesto que estructuralmente no tiene ese objetivo, ni podría tenerlo por su conformación jurídica y económica.

En nuestro país parece no existir duda de que las asociaciones y las fundaciones reguladas por el Código Civil y Comercial entran dentro de ese género. A ellas deben agregarse las mutuales, regidas por una legislación especial (leyes 20.321 y 25.374) y las cooperativas, cuyo régimen se halla establecido por la ley 20.337, pese a que su inclusión en este campo ha dado lugar a controversias⁶.

de lucro debe eliminarse como elemento tipificante del Derecho Mercantil, lo que obviamente implica el reconocimiento de la existencia de empresas no lucrativas.

⁴ CRACOGNA, Dante (2022) "Modernas orientaciones en el Derecho Societario". La Ley-2022-D

⁵ ASCARELLI, Tulio (1964) "Iniciación al estudio del Derecho Mercantil". Bosch Barcelona.

⁶ CRACOGNA, Dante (2009) "Las empresas de la economía social" en PIAGGI, Ana (dir) Tratado de la empresa, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 157 y ss.

III. Las sociedades BIC en Argentina

En noviembre de 2016 el Poder Ejecutivo remitió al Congreso Nacional un proyecto de ley “que tiene como objeto la creación de una nueva forma de organización empresarial: las Sociedades de Interés y beneficio Colectivo (BIC).

Posteriormente fueron presentados un proyecto de ley modificatoria de la Ley General de Sociedades introduciendo las llamadas “sociedades benéficas” y otro de creación de las “sociedades BIC” los que fueron tratados en forma unificada por la Comisión de Legislación General que le brindó aprobación, El proyecto pasó al Senado para su consideración siendo girado a la Comisión de Legislación General, pero por falta de tratamiento perdió estado parlamentario.

El proyecto constaba de solo nueve artículos. El art. 1º dispone que pueden ser sociedades BIC todas aquellas que se hallen constituidas conforme a alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades (19.550) y los que en el futuro se incorporen a ella o se creen en forma independiente. Vale decir que no crea un nuevo tipo societario sino que solamente se prevé una modalidad o condición que pueden adoptar las sociedades en general.

El proyecto dispone que los socios de sociedades BIC, “además de obligarse a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”, deben obligarse a generar un impacto positivo social y ambiental.

IV. El Sistema B en América Latina

B-Lab es una organización estadounidense sin fines de lucro que apoya a los empresarios que sean contribuir a la solución de los problemas sociales y medio ambientales a cuyo efecto realiza la B. Corp. Certification, mediante la cual acredita que las empresas que la obtienen cumplan determinados standards de compromiso social y ambiental. De esta manera tales empresas, sin intervención alguna del gobierno, pueden presentarse como responsables de observar comportamientos que favorezcan a accionistas y a terceros y a la comunidad. Incluso, no necesitan hacer público dicho compromiso; mediante esa certificación pueden, simplemente, garantizarse a sí mismas que encuadran dentro de estos standards.

Además de la certificación, esta organización propuso avanzar hacia un reconocimiento legal de las empresas socialmente responsables. Sin embargo, hubo quienes sostuvieron que dicho reconocimiento era irrelevante o superfluo, toda vez que si la empresa calificaba como tal, era suficiente y además, se evitaba el riesgo que comportaba la injerencia estatal. Empero, también se tuvo en cuenta el uso indebido o fraudulento de las finalidades sociales de la empresa, que deteriora la seriedad y el prestigio de esta forma de hacer negocios frente a los consumidores e inversores de buena fe⁷⁷.

V. Conclusiones

Los cambios no necesariamente implican la creación de nuevas figuras jurídicas. A veces consisten solamente en adecuaciones de los objetivos, la organización y el funcionamiento de las entidades que ya existen, reorientándolos a tono con las nuevas exigencias de una sociedad que reclama respuestas a circunstancias económicas y sociales y ambientales acuciantes.

⁷⁷ RAGAZZI, Guillermo E. (2007) “Responsabilidad social empresarial”, en Raúl Etcheverry-Héctor Osvaldo Chomer-Luis Mariano Genovesi, Derecho Comercial y de los negocios, t1, Eudeba, Buenos Aires. P. 401 y ss

Las BIC no constituyen un nuevo tipo social, sino que promueven una certificación –de momento, privada- que habrá de constituir una herramienta de garantía en las sociedades sin fines de lucro.

LA COMPETENCIA DE LA JUSTICIA COMERCIAL EN LAS CUESTIONES REFERIDAS A LAS RESOLUCIONES DE LA IGJ (A LA LUZ DEL CASO ASEA C. IGJ)

Carlos E. Vanney

SUMARIO

El art. 16 de la Ley 22.315 establece, en su parte pertinente, que *“Las resoluciones de la IGJ son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se refieran a comerciantes o sociedades comerciales”*.

Sin embargo, la Inspección General de Justicia sostiene que resulta competente el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal cuando lo que se cuestiona son resoluciones generales del organismo y no resoluciones particulares de sociedades determinadas.

En el fallo ASEA c. IGJ s. Amparo, la Cámara Comercial decidió que ese fuero resultaba competente, incluso frente a cuestionamientos de resoluciones generales, si estas se refirieran a cuestiones societarias. Ese fallo fue recurrido por la IGJ por lo que será la Corte Suprema de Justicia quien tendrá la última palabra al respecto.

I. Introducción:

A principios de año 2020 la Inspección General de Justicia comenzó a dictar varias resoluciones generales que, con el pretexto de reglamentar la Sociedad por Acciones Simplificada, pretendían en realidad derogarlas de hecho o impedir -a través de múltiples trabas o regulaciones- que estas pudieran ser constituidas.

Ante ese atropello del registrador porteño, la Asociación de Emprendedores de Argentina junto con varias SAS y varios abogados matriculados en la ciudad de Buenos Aires promovieron, el 15 de mayo de 2020, una acción de amparo en la cual solicitaron *“que se declare la nulidad por inconstitucionalidad de las Resoluciones Generales por ella dictadas, N° 5/2020, N° 9/2020, N° 17/2020, N° 20/2020, N° 22/2020 y N° 23/2020, publicadas en el Boletín Oficial (B.O) los días 11 de marzo de 2020, 16 de marzo de 2020, 23 de abril de 2020, 4 de mayo de 2020. 6 de mayo de 2020 y 12 de mayo de 2020, respectivamente, y de forma subsidiaria, para el caso de su posterior publicación en el B.O., de la Resolución General N°4/2020 firmada el 26 de febrero de 2020 -aún no publicada en el B.O. pero tampoco derogada-”*¹.

Posteriormente, a medida que la IGJ continuó dictando resoluciones generales contrarias a derecho, por las cuales seguía atacando a las SAS, los actores de ese amparo fueron ampliando la demanda (ya que no se ha trabado la litis en ese expediente)².

Pero, si bien se trataba de un amparo, el juicio estaba muy lejos de su resultado final.

¹ Objeto de la demanda en autos “ASEA - ASOCIACIÓN EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACIÓN CIVIL Y OTROS C/ INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA S/ AMPARO” (Expte. N° 005026/2020). La demanda completa puede consultarse en: <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=46CMx1WupDIYDKKPhuLuVbC7fqrSH1TXDODnulciji0%3D&tipoDoc=despacho&cid=110257>.

² Contra las resoluciones generales 43/2020, 44/2020, 2/2021 y 15/2021 entre otras.

II. El largo periplo por la competencia:

Habiendo sido promovida la demanda ante el fuero nacional en lo comercial, esta recayó en el juzgado de feria³ el cual se declaró incompetente para entender en ese proceso. Apelada esa resolución ante el superior, la Cámara Nacional en lo Comercial -también a través de la Sala de Feria- con fecha 30 de junio de 2020 revocó la decisión de grado y resolvió “*considerar competente a este Fuero para seguir entendiendo en este procedimiento de amparo*”. Pero la cuestión de la competencia no quedó zanjada con esa resolución ya que la IGJ realizó dos presentaciones. Una en el mismo amparo en el cual se presentó espontáneamente e interpuso un recurso extraordinario contra la resolución que declaraba competente el fuero comercial y otra directamente ante el fuero en lo Contencioso Administrativo Federal. Ello además de recusar a dos jueces comerciales y apelar la medida cautelar dictada en sede comercial (a la que me referiré más adelante).

En el fuero contencioso administrativo la IGJ interpuso una “inhibitoria”, solicitando al magistrado de dicho fuero que declare la competencia del mismo⁴. Tal como fuera explicado en una anterior publicación “*Esta “inhibitoria” fue rechazada en primera instancia, pero, ante la apelación de ese rechazo por parte del organismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, dictó una resolución por la cual aceptaba la inhibitoria planteada y declaraba su competencia para entender en el proceso, a pesar de que otra Cámara Nacional, la Comercial, ya había declarado su competencia y a pesar de que la propia IGJ ya había interpuesto un recurso extraordinario a fin de acudir a la Corte Suprema de Justicia por la misma cuestión de competencia; es decir, la repartición nacional ya había elegido la vía procesal para cuestionar la competencia de la Cámara Comercial*”⁵.

En el fuero contencioso administrativo el expediente promovido por la IGJ fue rechazado en primera instancia por una cuestión de competencia. Apelada esta, la Cámara de ese fuero revocó y declaró su competencia⁶. Pero no solo eso.

Como en sede comercial la Cámara -luego de declarar su competencia- había ordenado al juez de grado que se expidiera sobre la medida cautela (rechazándola o dictándola) este, con fecha 16 de septiembre de 2020, resolvió “*decretar, bajo responsabilidad de la parte actora y previa caución juratoria que deberán prestar todos los actores, la suspensión precautoria provisional de las Resoluciones Generales dictadas por la IGJ Nros.: 5/2020; 9/2020; 17/2020; 20/2020; 22/2020 y 23/2020, publicadas en el Boletín Oficial los días 11 de marzo de 2020; 16 de marzo de 2020; 23 de abril de 2020; 4 de mayo de 2020; 6 de mayo de 2020 y 12 de mayo de 2020, respectivamente, y, de la Resolución General N° 4/2020 firmada el 26 de febrero de 2020 para el caso de que sea publicada en el Boletín Oficial y el restablecimiento del régimen reglamentario vigente previo al dictado de las mencionadas Resoluciones, todo ello hasta tanto se dicte sentencia definitiva sobre el fondo en la acción de amparo promovida.*”

³ Recordemos que cuando fue presentado el amparo estábamos en medio la feria judicial extraordinaria por la pandemia de Covid19.

⁴ Autos “Inspección General de Justicia C/ ASEA Asociación de emprendedores de Argentina Asociación Civil S/ Inhibitoria” (Expte. N° 10445/2020)

⁵ Junyent Bas, Francisco y Vanney, Carlos E. La competencia para entender en resoluciones societarias de la IGJ. eIDial DC2C73, publicado el: 14/10/2020.

⁶ 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la IGJ a fojas 6/20, revocar la sentencia de grado en cuanto fue materia de agravios, y en consecuencia, hacer lugar a la inhibitoria dispuesta; 2) Declarar la competencia del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para el conocimiento y tramitación de la causa N° COM 5.026/2020 caratulada ASEA - Asociación Emprendedores Argentinos Asociación Civil y otros c/ Inspección General de Justicia s/ Amparo”.

Estando en conocimiento la Cámara en lo Contencioso Administrativo de esta medida cautelar, en la misma resolución que acepta la competencia de ese fuero *resuelve “declarar la nulidad de la medida cautelar dictada el día 16 de septiembre de 2020 en los autos “Incidente N° 1 - Actor: ASEA-Asociación Emprendedores Argentinos Asociación Civil y otros Demandado: Inspección General de Justicia s/ Incidente de Medida Cautelar” (Expte. N° COM 5.026/2020/1)”*. Es decir que esa Cámara declara la nulidad de una medida cautelar dictada por un juez de otro fuero, cuya Cámara -al momento del dictado de la cautelar y al momento del dictado de esa pretendida nulidad- ya había resuelto su competencia y había ordenado al juez de grado que se expidiera sobre la cautelar.

En ese momento el expediente que tramitaba en sede comercial estaba en camino de ser remitido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por haber sido concedido el recurso extraordinario interpuesto por la IGJ. A esto se agregaba ahora el conflicto de competencia entre dos Cámaras con sede en la ciudad de Buenos Aires.

Al recibir la comunicación del otro fuero por el cual se le notificaba la nulidad decretada respecto de la cautelar dictada en el fuero comercial, la CNCom (en uno de los varios incidentes que presenta este amparo) sostuvo que *“la decisión de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, de anular una medida cautelar decretada por un juez de otro fuero, quien detentaba clara competencia para hacerlo, ha implicado una inadmisibles interferencia en la jurisdicción del fuero mercantil”*, agregando que *“la decisión de la sala V ha implicado una indebida intromisión en la jurisdicción comercial la cual no puede aceptarse ni, por consiguiente, concederse algún efecto a esa resolución anulatoria, precisando que corresponde a este Tribunal con exclusividad continuar interviniendo en el expediente de la acción de amparo hoy elevado a la Corte Suprema y en el de las medidas cautelares.”*⁸

Ante el conflicto de competencia suscitado, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, también remitió su expediente a la CSJN.

Cuando se esté desarrollando este Congreso, el expediente llevará más de dos años en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que fue elevado para resolver una cuestión de competencia suscitada en el marco de una *“acción expedita y rápida de amparo”*⁹. No sabemos si el Alto Tribunal se habrá expedido, pero -teniendo en cuenta la lentitud de este amparo y el estado del proceso- lo más probable es que ello aún no haya ocurrido.

La CSJN rápidamente remitió tanto el expediente comercial (principal y medida cautelar) como el contencioso administrativo a la Procuración General de la Nación, para que esta se expidiera sobre la cuestión de competencia. Allí se emitieron dos dictámenes.

En el dictamen emitido en el expediente comercial se sostuvo que *“las partes quedaron sometidas a la justicia nacional en lo comercial ante quien pueden ejercer su derecho de defensa respecto de las controversias que se susciten en relación con el planteo de inconstitucionalidad de las Resoluciones Generales de la IGJ n° 5, 9, 17, 20, 22 y 23; y 4/2020 (Fallos: 311:2701, “Cabral”; 325:3476, “Parques Interama SA”; 329:5094, “Correo Argentino SA)”* por lo que el funcionario dictaminante sostuvo que *“opino que corresponde desestimar el recurso extraordinario.”* (de este modo se confirmaría la competencia comercial)

Mientras tanto, en el expediente contencioso administrativo se sostuvo que *“las presentes ac-*

⁷ Para ese momento ya había finalizado la feria judicial extraordinaria por lo que el REX fue concedido por la Sala E de la CNCom.

⁸ CNCom Sala E, en autos 5026 / 2020 Recurso Queja N° 2 – ASEA y otros c/ INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA s/ AMPARO s/ queja – sentencia del 19/10/2020.

⁹ Art. 43 de la Constitución Nacional.

tuaciones deben continuar su trámite ante la justicia en lo contencioso administrativo federal.” Lo curioso del caso es ambos dictámenes fueron firmados digitalmente por el mismo funcionario, el mismo día, con una diferencia de 48 minutos entre sí¹⁰. Al parecer, la opinión de la Procuración General de la Nación es que cada juicio debe continuar en el fuero en que fue iniciado. Curiosa forma de resolver una cuestión de competencia.

Al momento en que escribo esta ponencia, reitero, ambos procesos están en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien resolverá finalmente que fuero resulta competente para entender en los cuestionamientos que se formulan a las resoluciones generales de la IGJ.

III. La competencia para entender los cuestionamientos a las resoluciones generales de la IGJ, referidas a sociedades, también corresponde al fuero comercial:

Si nos remitimos al texto legal, este dispone que *“Las resoluciones de la Inspección General de Justicia son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, cuando se refieran a comerciantes o sociedades comerciales”*¹¹.

La ley no distingue si se trata de resoluciones particulares o generales, no pudiendo nosotros como operadores jurídicos distinguir donde no lo hace la norma. Sobre todo, porque cuando la ley quiso distinguir lo hizo expresamente, como ocurre con el mismo art. 16 de la ley de IGJ que, así como establece la competencia comercial para los recursos referidos a sociedades, establece la competencia civil para los recursos referidos a asociaciones civiles o fundaciones.

En esta inteligencia se ha sostenido que la competencia contencioso administrativa supone no sólo la intervención del Estado lato sensu, sino la subsunción del caso en el derecho administrativo¹², cuestión claramente ajena al caso, en el que la materia de fondo es el derecho a constituir y registrar sociedades (en especial SAS) según los términos de la Ley, por lo que para resolver el planteo formulado en el amparo no resultan de aplicación las normas del derecho administrativo sino las comerciales, lo que requiere un Magistrado especializado en la materia¹³. A lo que cabe además agregar que *“la competencia de los tribunales en razón de la materia es improrrogable y no puede ser alterada por la voluntad de los litigantes (art. 1 CPCCN)”*¹⁴.

Coincido con lo resuelto por la Cámara Comercial en el amparo, al decidir la competencia comercial en los casos en los que se cuestionan resoluciones generales (como las que se cuestionan en ese juicio) cuando el asunto *“no excede, en lo sustancial, la materia mercantil ni, por ende, tampoco exorbita el derecho común, no escapando, entonces, a las atribuciones de este Fuero.”*¹⁵. Y es la misma Cámara la que, en esa misma resolución, destaca que incluso la propia IGJ *“en una de las resoluciones impugnadas, consideró ley de fondo -o sea de derecho común- a la ley 27349 (v. resolución IGJ 9/20, del 13.3.20, en su considerando I, párrafos 3ro. y 4to., y considerando II)”*.

¹⁰ El dictamen emitido en el expediente comercial fue firmado el 20/12/2021 a las 12:12:21 y el emitido en el expediente contencioso administrativo fue firmado el 20/12/2021 a las 13:00:27. Detalles “de color” que nos brinda la firma digital...

¹¹ Art. 16 de la Ley 22.315

¹² CCAdmFed, Salas I, II, III y IV in rebus: “Comelli Duarte de Amuchástegui”, “Obra Social del MOSP”, “Carnero” y “Requeira” del 28/7/81, 24/4/86, 7/8/84 y 27/12/85, respectivamente, Heiland, Liliana: “Competencia de los Tribunales Nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal”, LL. 1989-E p. 810 y sgtes.

¹³ Araya, “El contenido del derecho comercial a partir del Código Civil y Comercial”, LL 2015-B, 1017.

¹⁴ Dictamen de la Procuración General, al que remitió la CSJN en “Mutualidad Argentina de Hipoacústicos c/ P.E.N. – ley 25.561 – dtos. 1570/01 y 214/02 s/ medida cautelar autónoma)” Fallos: 327:467.

¹⁵ CNCom Sala de Feria en autos “ASEA ASOCIACIÓN EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACIÓN CIVIL Y OTROS C/ INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA S/ AMPARO”. EXPTE. NRO. 5026/20. 30/06/2020.

Pero no solo el fuero comercial sostiene su competencia en cuestiones referidas al derecho mercantil, sino que también la propia Cámara Contencioso Administrativo reconoció la competencia comercial en cuestiones que involucran a la IGJ, pero referidas al derecho mercantil, sosteniendo que *“no determina una solución distinta la circunstancia que se demande a la Nación o a un ente autárquico o descentralizado o que se discuta el alcance de un acto administrativo o de lo resuelto en el marco de un procedimiento administrativo, pues la competencia en lo contencioso administrativo requiere que, además de ser parte en el pleito una persona aforada, la pretensión esté regida preponderantemente por el derecho administrativo”*, y explicando que *“teniendo en cuenta los términos del planteo articulado en el escrito de inicio de la presente, se advierte que la controversia de autos no remite directamente a la aplicación de normas y principios de derecho administrativo, sino que en la misma aparece claramente involucrada la inteligencia y aplicación de normas y principios de derecho comercial”*¹⁶, lo que determinaba la competencia del fuero Comercial. Es por ello que, si el derecho de fondo es de naturaleza comercial, el contenido de la materia en debate atañe sustancialmente a relaciones jurídicas que se rigen y resuelven por la interpretación y aplicación de disposiciones de derecho mercantil, corresponde intervenir en consecuencia a la Justicia Nacional en lo Comercial¹⁷.

IV. Conclusión:

Se ha planteado nuevamente la cuestión de competencia -entre los fueros comercial y contencioso administrativo- en los temas referidos al cuestionamiento de normas de la IGJ, puntualmente resoluciones generales, cuyo contenido es eminentemente mercantil.

Más allá de la novelesca tramitación y de los detalles propios de un culebrón televisivo que tienen los expedientes (tanto los principales como sus incidentes) promovidos por ASEA -y el resto de los actores- o por la IGJ contra estos, no dudo que la sentencia de la Cámara mercantil declarando su competencia en el asunto ha sido acertada.

Esperemos que la CSJN zanje definitivamente la cuestión planteada, ratifique la competencia comercial y permita que sea el fuero especializado en la materia quien resuelva -espero que sea a favor de los amparistas- la inconstitucionalidad de las resoluciones generales de la IGJ que pretender liquidar a las SAS.

¹⁶ CCAmFed, Sala III, autos: “Santos Vega SAAG c/ EN Mº Justicia- IGJ s/ Amparo”, 22/10/2013.

¹⁷ Junyent Bas, Francisco y Vanney, Carlos E. La competencia ... cit.

EL CONTROL DE LEGALIDAD Y FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES SON UNA COMBINACIÓN DE “SERVICIOS DE REGULACIÓN DE RIESGOS” Y “SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL”

Daniel Roque Vítolo

SUMARIO

El régimen de control de legalidad y funcionamiento de sociedades a cargo de organismos de contralor —nacionales y provinciales— debe ser entendido como una combinación de “Servicio Económico de Interés General” y “Servicio de Regulación de Riesgos”, y no como el ejercicio de funciones de una agencia de mero registro —a cargo del “rol”— o de Policía Administrativa.

La autoridad de contralor societario (a) nacional —con jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y (b) las autoridades provinciales en la materia, no tienen facultades reglamentarias respecto de las normas contenidas en la ley 19.550 —salvo disposición legal expresa—, sino que se encuentran restringidas en su actuación al cumplimiento de los servicios mencionados.

1. A modo de introducción

La reglamentación de las leyes es una cuestión de alta complejidad y —por otra parte— sumamente polémica.

En efecto; el art. 99, inciso 2º de la Constitución Nacional se limita a señalar que el Presidente de la República “... Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...”. Sin embargo, ocurre que, a más de esta norma, nuestra Carta Magna no contiene una definición de reglamento,¹ ni incluye una regulación detallada sobre la potestad reglamentaria, lo que ha sido destacado no sólo por autores nacionales,² sino también extranjeros³ —en la medida en que esta circunstancia es común a la mayoría de

¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, debe entenderse por Reglamento: 1. m. Colección ordenada de reglas o preceptos, que por la autoridad competente se da para la ejecución de una ley o para el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio. En un avance de la vigésima tercera edición incorpora a esta definición dos definiciones más: Der. Norma jurídica general y con rango inferior a la ley, dictada por una autoridad administrativa y Der. Norma emanada de los órganos de la Unión Europea directamente aplicable en los Estados miembros, sin necesidad de transposición.

² Véanse BADENI, Gregorio, Manual de Derecho Constitucional, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012; BESTARD, Ana María, Delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, El Poder Legislativo, Aportes para el conocimiento del Congreso de la nación, y SANTIAIGO y THURY CORNEJO, Valentín, en Tratado sobre la delegación legislativa. Régimen constitucional antes, durante y después de la reforma constitucional. Buenos Aires, Ábaco, 2003.

³ Véanse MELERO ALONSO, Eduardo, El concepto de reglamento en nuestra Constitución desde una comprensión paradigmática del Derecho, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Enrique Faró Certol, Valencia, 2002; BAÑO LEON, José María; Los límites constitucionales a la potestad reglamentaria. Civitas, Madrid, 1991; y GARCÍA MACHO, Ricardo, Reserva de ley y potestad reglamentaria, Ariel, Barcelona, 1988; entre muchos otros.

las constituciones—.

Claro está que ello no impide —por cierto— que la doctrina y la jurisprudencia se hayan pronunciado sobre la formulación de un concepto de “reglamento”⁴ ya que de la regulación constitucional y legal pueden desprenderse algunas notas distintivas a partir de las cuales se puede imaginar un concepto adecuado de “reglamento” dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Y esas notas son (i) la legalidad; (ii) la competencia para dictar reglamentos; (iii) la jerarquía normativa; y (d) la reserva de ley.

En lo que hace a ley 19.550, podemos señalar que este cuerpo normativo —a diferencia de otras leyes—:⁵

- i. no dispuso que el Poder Ejecutivo debía reglamentar la mencionada ley;
- ii. ni la ley 19.550 —en su texto— ni el Poder Ejecutivo Nacional por medio de un decreto reglamentario asignaron a ninguna autoridad o repartición oficial la exclusividad de su reglamentación ni le impartieron instrucciones para reglamentar ese cuerpo normativo;
- iii. la ley 19.550 no estableció ni identificó a ninguna repartición administrativa del Estado nacional ni de las provincias, ni de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como “autoridad de aplicación” de la ley de un modo genérico; y
- iv. en los casos en que estableció la posibilidad de reglamentación, o de delegación de facultades, lo hizo de un modo expreso —y atento a la naturaleza de la reglamentación y delegación de poder, la interpretación del alcance de las facultades reglamentarias debe hacerse con carácter restrictivo—.

Así las cosas, si se analiza el texto de la ley 19.550 —con las sucesivas modificaciones de que fuera objeto— podrá advertirse que lo atinente a la “reglamentación” de la ley —en su concepto amplio— brilla por su ausencia, refiriéndose el texto legal a cuestiones reglamentarias sólo:

- a. para el caso que se disponga la individualización, a través de medios digitales, de la

⁴ En “Vocabulario Parlamentario Argentino” del Dr. Fermín P. Ubertone y colaboradores, encontramos varias definiciones de destacados autores: (i) Barsa: Colección ordenada de reglas o preceptos, que por autoridad competente se da para la ejecución de una Ley o para el régimen interior de una corporación o dependencia. (ii)

Castagno: Norma jurídica especial de funcionamiento y de aplicación exclusiva en el ámbito propio del cuerpo legislativo que la dicta. (ii) Gonzalez: Conjunto de normas dado por y para cada una de las Cámaras del Congreso, en la cual se determinan las reglas para la defensa de sus prerrogativas y la norma de su acción. (iv) Quiroga Lavie: Norma jurídica autónoma de carácter administrativo, que obliga solo a los miembros de la cámara. (v) Schinelli: Norma jurídica básica relativa a los procedimientos y estructura de la Cámara de Diputados. (vi) Ubertone: Conjunto de normas jurídicas que la Cámara de Diputados se da para regir su organización y funcionamiento; entre otras. Véase UBERTONE, Fermín Pedro y colaboradores, Vocabulario Parlamentario Argentino, Ed. Instituto Ciencia y Técnica Legislativa, Buenos Aires, 1997.

⁵ Véase a simple modo de ejemplo, las leyes 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor con sus modificaciones— en el Título II, Capítulo XI, arts. en sus arts. 41, 43, 44, 45, 47, 48, 52, 54 bis, y especialmente los arts. 2, 8 bis, 25, 38, 39, 55, 56; entre otros. De hecho se menciona expresamente que la ley debe ser reglamentada (art. 3º), y se señalan los aspectos en los cuales dicha reglamentación debe realizarse (por ejemplo lo establecido en los arts. 10, 27), y hasta se fijan las facultades que en este ámbito pueden ser delegadas (véase el art. 43, in fine). Y la autoridad de aplicación de la ley es establecida de un modo expreso, señalando que “... La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones...” Si, por otra parte tomáramos la Ley de Mercado de Capitales 26.831 —con las modificaciones introducidas por la ley 27.440—, puede observarse lo mismo ni bien se recurra a los arts. 1, 2, 4, 5, 9, 11, entre otros y hasta se establece —en la ley— que “...La Comisión Nacional de Valores será la autoridad de aplicación y contralor de la presente ley y, a tal fin, tendrá las siguientes funciones...” Y si recurrimos a la Ley de Defensa de la Competencia 27.442, también encontraremos referencias directas a su reglamentación en los arts. 13, 15, 24, 29, 60, 81, y muy especialmente el art. 83 el cual dispone que “...El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley...” Y el Capítulo IV de la ley se refiere específicamente a la “Autoridad de aplicación” disponiendo —ver arts. 18 y siguientes— la creación de la “... Autoridad Nacional de la Competencia como organismo descentralizado y autárquico en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional con el fin de aplicar y controlar el cumplimiento de esta ley...”

- contabilidad y de los actos societarios correspondientes, los registros públicos deberán implementar un sistema al sólo efecto de comprobar el cumplimiento del tracto registral, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente —art. 61—;
- b. para la fijación de ciertas condiciones para la constitución de sociedades por suscripción pública por parte de la Comisión nacional de Valores —ver art. 168—;
 - c. para la actuación de la Comisión Nacional de Valores en lo referido a medios de información vinculados con acciones escriturales —véase art. 215—;
 - d. para la confección de balances —véase el art. 245—; y
 - e. para el régimen de “Registros” —véase el art. 388—.

Del mismo modo, tampoco la ley 19.550 —con sus sucesivas modificaciones— determina ni dispone —debemos insistir— la existencia de una “autoridad de aplicación” de la ley, sino que ha conferido sólo alguna facultad muy específica —en tal sentido— al Poder Ejecutivo —un poder naturalmente encargado de la reglamentación de las leyes dictadas por el Poder Legislativo—,⁶ como es el caso del art. 186 destinado a establecer el capital mínimo de las sociedades anónimas a lo largo del tiempo.⁷

De hecho, si se analizan las normas nacionales y provinciales de creación y regulación de las autoridades de contralor nacional y provinciales en esta materia, podrá advertirse que en los únicos y exclusivos casos en los cuales otorgan facultades reglamentarias a los organismos de control societario es cuando estamos —a nivel nacional— frente a sociedades que realizan operaciones de capitalización y ahorro.⁸ Así lo indica la ley nacional 22.315,⁹ —que asigna facultades reglamentarias a la Inspección General de Justicia sólo en lo que hace a actividades de capitalización y ahorro conforme al decreto 142.277/43—; y en el ámbito societario propiamente dicho, no existe adjudicación alguna de facultades reglamentarias de la ley 19.550 a las restantes autoridades de control, y así puede advertirse del análisis del decreto ley 9118/78 —texto ordenado por decreto 8525/86— y la ley 10.159 de la Provincia de Buenos Aires;¹⁰ la ley 6723 de la Provincia del Chaco;¹¹ el decreto-ley 564/77 de la provincia de Formosa;¹² la ley 6.136 de la provincia de Jujuy;¹³ la ley 9.951 de la provincia de la Rioja;¹⁴ la ley 9.002 de la provincia de Mendoza;¹⁵ la ley 1-166 de la provincia de Misiones;¹⁶

⁶ Véase el art. 99, inciso 2º, de la Constitución Nacional.

⁷ Actualmente —agosto de 2022— establecido en un valor de \$ 100.000.- conforme decreto 1331/2012.

⁸ Se trata de las sociedades con el título de sociedades de capitalización, de ahorro, de ahorro y préstamo, de economía, de constitución de capitales u otra determinación similar o equivalente, que requieran bajo cualquier forma dinero o valores al público con la promesa de adjudicación o entrega de bienes, prestaciones de servicios o beneficios futuros —ver art. 9º de la ley 22.315—.

⁹ Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia.

¹⁰ Policía en materia societaria.

¹¹ Inspección General de Personas Jurídicas y Registro Público de Comercio. Su creación. Leyes 2.398, 2.491, 2.878, 4.854, 3.712, 6.035, 4.908, 1.088 y 5.603. Su derogación. Ley 2.071. Su modificación. Con las modificaciones de la Ley 7.149 (B.O.: 19/12/12 – Chaco) y del Dto. 1.708/13 (B.O.: 28/8/13 – Chaco).

¹² De fecha 30 de noviembre de 1977.

¹³ Ley de Transferencia del Registro Público de Comercio del Poder Judicial al Poder Ejecutivo. Creación del Registro Público (B.O. 20/9/2019) bajo dependencia orgánica, funcional y administrativa de la Fiscalía de Estado.

¹⁴ Que derogó la antigua ley 3.855 y sustituyó la denominación de “Inspección de Personas Jurídicas” por la denominación “Dirección General de Personas Jurídicas”, dependiente del Ministerio de Gobierno, Justicia Seguridad y Derechos Humanos, organismo que será la Autoridad de Aplicación de dicha ley 9.951 y sus disposiciones complementarias.

¹⁵ De fecha 5/9/2017, cuyo art. 4º establece que “...En materia societaria de asociaciones civiles y fundaciones, la Dirección ejercerá el poder de policía, fiscalización y contralor externo con el alcance, extensión y limitaciones que fijan las respectivas Leyes de fondo sobre la materia, la presente Ley y su o sus Decretos reglamentarios, debiendo llevarse a cabo tales funciones en forma prudencial, conforme al principio de no injerencia en la gestión y gobierno de las personas jurídicas privadas...”

¹⁶ Véase Suplemento del Boletín Oficial de la Provincia de Misiones del 8/11/2019.

la ley 3.086 de la provincia de Neuquén;¹⁷ la ley 150-A de la provincia de San Juan;¹⁸ y ley 8.086 de la provincia de Salta; entre tantas otras.

2. El Derecho regulatorio ¿una disciplina autónoma?

Como bien ha sido señalado por prestigiosa doctrina¹⁹ el desarrollo del Derecho en el ámbito de la intervención del Estado en la economía ha generado una suerte de nuevo escenario para la construcción de una disciplina jurídica a la que se califica como “Derecho Regulatorio”; y la novedad que importa este nuevo derecho o disciplina, no sólo se refleja en el más amplio marco del Derecho Administrativo, sino que también incide en la configuración de un modelo de Estado, el “Estado Garante”,²⁰ que tiene en la actividad regulatoria que desarrolla una de sus expresiones más características.²¹

Con acierto se ha advertido que el “Estado Garante” no responde a un diseño y una afirmación constitucional. No está definido ni aludido siquiera en la Constitución. Se trata de una elaboración doctrinal y conceptual que sintoniza con la reciente evolución de la correlación entre Estado y Sociedad, cuando el conocimiento científico y técnico, así como el protagonismo gestor de servicios públicos se encuentra en manos de privados en régimen de mercado.²² ¿Qué es lo que pretende —entonces— garantizar el Estado por medio de estos entes u organismos regulatorios o controladores?

Pues bien, lo que pretende es garantizar la atención de intereses generales y valores constitucionales en ese panorama dominado por sujetos privados, a quienes los nuevos tiempos les han asignado roles teñidos de un fuerte protagonismo jurídico, económico y social;²³ y a los cuales —en lo que a nuestra disciplina societaria se refiere— hasta les ha conferido la posibilidad de crear, por medio de una simple declaración unilateral de voluntad o por un acuerdo privado de voluntades, un sujeto de derecho —es decir, un centro diferenciado de imputación de conductas— como es el caso de las personas jurídicas privadas, con especial atención a las sociedades.²⁴

Y la actividad de regulación —en tiempos de posmodernidad— ha conformado un ámbito de realidad que puede determinarse —*prima facie*—²⁵ como una suerte de disciplina autónoma en materia regulatoria, presentando una serie de características propias tales como las siguientes:²⁶ (i) se trata de una actividad realizada por organismos públicos, por órganos de la administración ordinaria del estado, y hasta por particulares habilitados por el Estado para el cumplimiento de esas funciones; (ii) esta actividad está sometida —en principio— al Derecho Administrativo aunque con algunas singularidades; (iii) se proyecta sobre sectores relevantes de la actividad económica y social para la satisfacción de necesi-

¹⁷ Véanse los arts. 1º a 7º.

¹⁸ Véanse los arts. 1º a 4º.

¹⁹ Véase ESTEVE PARDO, José, Principios de Derecho regulatorio, Marcial Pons, 2021, y la doctrina allí mencionada y enumerada en su bibliografía.

²⁰ Véase XOPA, José Roldán, La ordenación constitucional de la economía. Del estado Regulador al Estado garante, Fondo de Cultura Económica, México, 2019, 2ª. Ed; y el interesante acercamiento de Jorge Culebro a las nuevas formas de organización del Estado en CULEBRO, Jorge, Reforma Administrativa y nuevas formas de organización. El diseño e implementación de organismos reguladores de mercado, en “Nuevas fronteras de la regulación. Transformación y diseño institucional”, Juan Pablos/UAM-C, México, 2009.

²¹ Véase BALDWIN, R., CAVE, M. y LODGE, M., Understanding Regulation, Oxford University Press, Oxford, 2012.

²² Véase ESTEVE PARDO, José, El estado garante. Idea y realidad. INAP, Madrid, 2015.

²³ Véase BREYER, S. G., STEWART, R.B., SUNSTEIN, C.R., VERMEULE, A. y HERZ, M., Administrative Law and Regulation Policy, 8ª., Walter Kugler, Ed. New York, 2014.

²⁴ Véanse arts. 141 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, y muy especialmente el art. 148.

²⁵ Atento a las restricciones de espacio dispuestas para esta publicación nos limitaremos a simplemente enunciar los aspectos relevantes.

²⁶ Sobre esto es interesante ver la exposición de ESTEVE PARDO, José, Principios de Derecho regulatorio..., cit.

dades y expectativa básicas de la comunidad —en nuestro caso la producción o intercambio de bienes y servicios en el mercado—; (iv) es una actividad que tiene expresiones de inequívoco contenido jurídico —y en nuestro caso con concretas referencias económicas sobre la situación del mercado—; y (v) se trata de una actividad que se encuentra enmarcada en el marco de la noción de “Estado garante”.²⁷

3. Fuentes y ámbito del Derecho Regulatorio

Comúnmente, se asigna al Derecho de la Regulación —o Derecho Regulatorio— la misión de ocuparse de grandes servicios de interés general, sectores económicos estratégicos, del todo necesarios y básicos para la vida y existencia de las personas y comunidades en este tiempo de posmodernidad. Así el Derecho de la Regulación se proyectaría —entonces— además del clásico control sobre la constitución de nuevas personas jurídicas privadas, sobre sectores y servicios específicos como el transporte, la energía, las telecomunicaciones, los servicios postales, los mercados de valores, el abastecimiento de insumos básicos como el agua potable, el tratamiento de residuos y efluentes, productos medicinales y otros relacionados con la salud, y hasta la utilización de estructuras jurídicas abstractas —como las personas jurídicas privadas— para el desenvolvimiento de actividades diversas.²⁸

Sin embargo, los nuevos vientos y la transformación que ha vivido nuestra sociedad en las últimas décadas, también ha incorporado una nueva fuente y un nuevo ámbito referido al Derecho Regulatorio, cual es el de la “regulación de riesgos”.²⁹

3.1. El Derecho de regulación de riesgos

Desde la órbita de la sociedad se advierte que ha existido, en las últimas décadas,³⁰ un desplazamiento hacia la órbita privada, del conocimiento científico y la innovación tecnológica. Dicho de otro modo, la actividad e iniciativa empresarial ha podido comprender la relevancia de la innovación y el conocimiento científico y técnico de modo que la inversión de la empresa privada en investigación y desarrollo de bienes y servicios³¹ —en todos los órdenes— ha superado a la investigación pública en este campo, hasta llegar a convertir a la empresa privada en el instrumento más significativo del desarrollo económico y el cambio social, desde la Revolución Industrial hasta nuestros días.³² Sin embargo, esta actividad genera —en el tejido social— un determinado nivel de riesgo al cual el Estado debe dar respuesta.³³

Y las respuestas que el Derecho —a través de los marcos y entes regulatorios— debe dar a la sociedad se relacionan con el establecimiento y definición³⁴ respecto de (i) los riesgos que se admiten y los que se rechazan; (ii) la gestión del riesgo permitido, y (iii) la asignación de responsabilidades en aquellos supuestos en los cuales se produzcan daños.³⁵

²⁷ Véase ESTEVE PARDO, José, Principios de Derecho regulatorio..., cit.

²⁸ Para ahondar estos y otros aspectos vinculados con la intervención del Estado en la Economía puede verse VÍTOLO, Daniel Roque, Manual de Derecho Comercial, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2022, 3^a. Edición; anteriormente también se expresaron estos conceptos en Manual Jurídico, Económico y de la Empresa, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003.

²⁹ Véase ROJAS CALDERÓN, CH., Riesgos y Derecho Administrativo, DER Ed., Santiago de Chile, 2019.

³⁰ Véase POSNER, Richard, La crisis de la democracia capitalista, Marcial Pons, Madrid, 2012.

³¹ Véase ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James A., Why Nations fail. The origins of power, prosperity and poverty, Crown Publishing, New York, 2012.

³² Véase VÍTOLO, Daniel Roque, Manual de Derecho Comercial, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2022, 3^a edición.

³³ Nuevos fenómenos como la delincuencia organizada a nivel global, el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo internacional, el tráfico de personas, armas y órganos, la tala de personas, y tantos otros imponen algún grado de control y de prevención en el ámbito societario.

³⁴ Las limitaciones de extensión correspondiente a la presentación de ponencias impiden ahondar en la explicación de estos postulados, de donde —en esta instancia— sólo se insinuarán los mismos.

³⁵ Véase ESTEVE PARDO, José, Principios de Derecho regulatorio..., cit.

Y estos servicios de regulación de riesgos son brindados —natural y jurídicamente— por agencias u organismos públicos a los que originariamente se les asignaba el ejercicio de un mero poder de “Policía Administrativa”.³⁶

Y la diferencia no es menor, pues la finalidad de la denominada “Policía Administrativa” es el mantenimiento del “orden público”, un valor que el ente u organismo al cual se le hubiera asignado tal “Poder de Policía” supervisa y protege —asegurando su vigencia— y reestablece —mediante su intervención— en el caso en que el mismo hubiera sido violado. La finalidad de regulación de riesgos —por el contrario— se limita a la determinación del riesgo permitido y su gestión.

3.2. El Derecho de Servicios de interés General

En segundo lugar existe otra categoría o instrumentos en el derecho regulatorio, cual es el de aquellos organismos o agencias que prestan “Servicios Económicos de Interés General”³⁷ —en la terminología de la Unión Europea—³⁸ o de *public utilities* —en el derecho angloamericano, especialmente el estadounidense—³⁹ con los cuales se pretende satisfacer necesidades básicas de la sociedad industrial frente a una serie de actividades que se desarrollan y servicios que se prestan a la misma a través de estructuras empresarias.⁴⁰

Y dentro de estos servicios —a ser prestados por las autoridades de control pueden identificarse (i) el acceso a estructuras jurídicas personificadas —control de legalidad sobre la creación de sujetos de derecho—; (ii) el control de funcionamiento —en un marco de legalidad— sobre estructuras societarias cuyo capital se represente por acciones en la medida en que impactan en la circulación de los capitales en el mercado y generan un impacto económico y financiero significativo en el mismo—;⁴¹ (iii) la determinación —bajo criterios de mérito o conveniencia— respecto del reconocimiento y habilitación de ciertas y determinadas personas jurídicas privadas para poder desenvolverse en el ámbito de actividades sin fines de lucro, de bien común y benéficas con protección o fomento por parte del Estado; (iv) la defensa de la competencia en el mercado; (v) la regulación de las actividades económicas de interés público; y (vi) tareas de inspección y obtención de información; entre otras muchas.

4. ¿Qué espera y qué debe esperar la comunidad —en su conjunto— de las autoridades de contralor societarias en este Siglo XXI?

En lo que hace específicamente al tratamiento del tema de las autoridades de contralor societario, la propuesta que traemos a este XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, es que el régimen de control de legalidad y funcionamiento de sociedades a cargo de organismos de contralor societario debe ser entendido —conforme a lo que surge de la ley positiva y a las expectativas que tienen de ellos la comunidad en su conjunto— como una combinación de “Servicio Económico de Interés General” y “Servicio de Regulación de Riesgos” y no como el cumplimiento de funciones de una agencia de mero registro —a cargo del “rol” — o de una Policía

³⁶ Véase ROBAS CALDERÓN, Ch., Riesgos y Derecho Administrativo, Santiago de Chile, DER, Ed., 2019.

³⁷ Véase RUIZ OJEDA, A. (dir.), Regulación y competencia en servicios de interés económico general, Análisis sectoriales y comparativos, Universidad de Málaga, Debates, Málaga, 2015.

³⁸ Véase RUIZ OJEDA, A. (dir.), Fundamentos de Regulación y Competencia. Diálogo entre Derecho y Economía para en ámbito de las políticas públicas, Madrid, Iustel, 2013.

³⁹ Véase ROBINSON, C., Regulating utilities and promoting competition, Chentelham, Edward Elgar, 2006.

⁴⁰ Véase MUÑOZ MACHADO, S., ESTEVE PARDO, J., e IBLER, M., Fundamentos e Instituciones de la Regulación, Iustel, Madrid, 2009.

⁴¹ Una cuestión que va perdiendo relatividad en la medida en que cada vez más se sancionan normas que impiden el anonimato accionario.

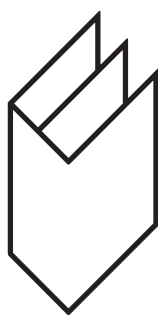
Administrativa. Menos aún pueden concebirse como organismos reglamentarios de la ley 19.550; la que en modo alguno confiere tal función a los entes mencionados.

Asimismo, proponemos que se advierta que las autoridades de contralor nacional —con jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y las autoridades provinciales no tienen facultades reglamentarias respecto de las normas contenidas en la ley 19.550,⁴² sino que —contrariamente— se encuentran restringidas en su actuación al cumplimiento de los servicios mencionados, puesto que su misión es otra, consistente en brindar (a) servicios de regulación de riesgos y (b) servicios económicos de interés general. Y es de toda evidencia que la misión de estos entes reguladores y de control debe ajustarse a determinados principios tales como: (i) su independencia y neutralidad respecto del poder político; (ii) una actuación que descarte todo tipo de discriminación; (iii) máxima restricción respecto de decisiones meramente discrecionales —cuando legislativamente se le haya permitido ejercer tal discrecionalidad—;⁴³ (iv) estricto respeto del texto y del contenido de la ley positiva evitando cualquier desviación interpretativa o desnaturalización de la norma positiva; (v) actuación limitada a la exclusiva área de su competencia; (vi) funcionalidad en lo que hace a las comunicaciones y en la relación con los administrados; (vii) fomento y suministro de instrumentos idóneos para el acceso a los medios digitales y tecnológicos; (ix) simplificación de trámites; (x) celeridad en la tramitación de expedientes y en la toma de decisiones; (xi) máxima seguridad jurídica; y (xii) fuerte estabilidad institucional.

Del mismo modo, proponemos poner de manifiesto que, en la actuación que el organismo lleve a cabo en relación con los administrados, y en el propio funcionamiento interno, deberá respetarse de un modo estricto (a) el principio de legalidad; (b) su competencia; (c) la jerarquía normativa; y (d) el principio constitucional de reserva de ley.

⁴² Excepción hecha respecto de las entidades de capitalización y ahorro.

⁴³ Como ocurre en los casos excepcionales en los cuales la autorización para funcionar depende no sólo de un control de legalidad sino también del de mérito, oportunidad y conveniencia.



Editorial
Económicas
FCE · UNC

PRIMERA EDICIÓN

Córdoba, Argentina

Octubre 2022

colección INVESTIGACIONES



FACULTAD DE
DERECHO



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



Editorial
Económicas



Universidad
Nacional
de Córdoba



BANCOR

ISBN 978-987-48857-3-9



9 789874 885739