

Derecho Societario Dispositivo

Sebastián Balbín¹, Marcelo Barreiro²

Palabras clave: *autonomía – voluntad – imperatividad – simplificación - orden público societario*

Sumario:

La rigidez normativa conspira contra el dinamismo empresarial y convierte al derecho societario en un obstáculo en lugar de un instrumento para viabilizar la actividad económica. La simplificación sustancial de normas imperativas -y la reducción de su cantidad- en el derecho societario es jurídicamente viable y económicamente deseable. Ello procura reducir costos, aumentar la previsibilidad, promover la inversión y fomentar estructuras asociativas eficientes y adaptadas a las necesidades del tráfico.

Se propone -sobre todo y esencialmente en las sociedades cerradas- abandonar moldes dogmáticos y avanzar hacia un derecho societario funcional, centrado en la libertad negocial reconociendo a los socios como actores racionales capaces de definir sus propios intereses. Un derecho societario con menos normas imperativas no es un derecho desregulado, sino un derecho más inteligente y más justo.

I- Precedentes

El derecho societario argentino se ciñe, parcial e históricamente, a una multiplicidad de normas imperativas que tutelan meras categorías doctrinarias, figurados intereses colectivos o, derechamente, una insalvable torpeza del socio para regular sus relaciones. Presume, desde hace más de 60 o 70 años que el legislador es más capaz y eficiente para resolver las mejores opciones y vehículos para llevar adelante emprendimientos económicos que los propios comerciantes, empresarios o emprendedores.³ Cuando ello, además, se eleva a dogma y se reproduce acríticamente, hace que el sistema se torne rígido, costoso y desajustado a las reales necesidades del tráfico en este siglo XXI.

En ese esquema resultaba claro que la actividad empresarial personificada solo podía ejercerse a través de la persona física comerciante o de una sociedad típica. No podía vehiculizarse una actividad económica mediante un sujeto ideal sino era a través de uno de los tipos específicamente regulados, por lo que la organización económica (fenómeno sociológico) solo adquiriría validez si se desarrollaba a través de un tipo societario (fenómeno normativo lógico).⁴

Sostenemos que la imposición de reglas imperativas sólo encuentra justificación en supuestos excepcionales, cuando se comprometen derechos de terceros o principios estructurales del orden jurídico. Por lo que se propone revisar críticamente la cuestión, destacando los límites conceptuales y funcionales de la imperatividad en materia societaria, para proponer su reducción y reconocer las ventajas de la autonomía de la voluntad como eje normativo del actual derecho de sociedades.

1

2

³ A lo que Paz Ares califica como “paternalismo societario”.

⁴ Es esta la característica esencial del derecho mercantil, del que el derecho societario es parte, el operador económico va definiendo acciones y ampliando los límites en el desarrollo de la actividad, y después viene la norma (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, pág. 105, Ediciones Didot.

Las normas imperativas de la Ley General de Sociedades (LGS) -y complementarias y reglamentarias- se proyectan sobre cuestiones relativas a la constitución, objeto, capital, funcionamiento de órganos sociales, derechos de los socios y régimen de responsabilidad. Su justificación tradicional se ha asentado en la idea de que la sociedad es una institución con relevancia pública, que excede el mero acuerdo entre particulares, y cuya operatividad requiere de principios estructurales inderogables.

El derecho societario tradicional no se articula sobre la base de un paradigma contractual, sino sobre uno institucional que presupone la existencia en el texto de la ley de un arquetipo ideal de sociedad, expresivo de una ordenación objetivamente equilibrada de las relaciones entre socios⁵. Esa concepción implica desplazar a la voluntad de las partes del centro de gravedad del sistema, subordinándola al criterio del legislador.

Como consecuencia de este enfoque, observamos una hipertrofia normativa que limita la capacidad de los socios de diseñar estructuras societarias adaptadas a sus necesidades. El mantenimiento acrítico de institutos jurídicos concebidos para otra realidad genera distorsiones que impactan negativamente en la eficiencia, la competitividad y la seguridad jurídica del sistema.

II.- Simplificación

La autonomía de la voluntad organiza las relaciones jurídicas. En el campo societario, ese reconocimiento implica admitir que los socios pueden regular libremente el funcionamiento y extinción de la sociedad, ajustándolo a sus intereses, dentro de los límites impuestos por el orden público general, la buena fe y la protección de derechos de terceros.⁶

La incorporación de las sociedades simplificadas al derecho argentino se alinea con la idea de *desimperativizar* el régimen, privilegiando la autorregulación contractual como criterio central de ordenación jurídica. Ha habido un cambio de paradigma del derecho societario desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en 2015 (con la sociedad simple, la S.A.U.), que se vio profundizado con la sanción de la ley de S.A.S. Y en esta sintonía de profundización de ese cambio, va nuestra propuesta.⁷

El diseño de estos tipos procura que los socios incluso, se aparten de normas tradicionalmente consideradas inderogables, como las del art. 13 LGS y cuya nulidad se presume por razones de un mal invocado orden público societario. Estas deben ser reevaluadas a la luz de la autonomía negocial, pues muchas veces responden a necesidades legítimas de financiación, inversión o distribución asimétrica del riesgo que está en la propia génesis del acuerdo del que surge la constitución del nuevo ente.

III.- Propuesta

Se propone trabajar en una reformulación del derecho societario -especialmente en el ámbito de las sociedades cerradas- a partir de un enfoque dispositivo, en el que las normas legales actúen mayormente de manera supletoria. Ello implica:

⁵ Paz-Ares, "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?", 1997.

⁶ A cuyo efecto sirve eficiente y suficientemente de marco regulatorio, lo previsto en el Título preliminar del Código Civil y Comercial de la nación (buena fe, abuso de derecho, fraude, abuso de posición dominante, etc.).

⁷ "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, pág. 105, Ediciones Didot.

1.- Desterrar sub categorías de creación doctrinaria ajenas al derecho societario, como la noción de orden público societario. No se trata de una especie del género orden público, sino de una mera categoría doctrinaria de reducido ámbito de aplicación y contorno indefinido. Esta ha sido utilizada para justificar la aplicación de normas cuya función es meramente protectoria de intereses patrimoniales particulares de los socios -como sucede con el art. 13 LGS- y no de derechos de incidencia colectiva ni de terceros ajenos a la relación societaria. Su invocación genera restricciones injustificadas a la autonomía privada, sin fundamento legal ni amparo en un interés general relevante.

2.- Despojar de imperatividad a las disposiciones de la LGS que imponen contenidos obligatorios sin justificación funcional suficiente, en especial aquellas vinculadas a la estructura del contrato social, la determinación del capital, el objeto societario y el alcance y ejercicio de derechos individuales de los socios.

3.- Establecer de manera expresa la primacía del contrato social sobre las disposiciones legales de carácter dispositivo, estableciendo como excepción los supuestos en que la ley declare expresamente su indisponibilidad por razones de orden general.

4.- Ampliar el alcance de los tipos societarios de estructura simple.

