

“La autonomía de la voluntad y el diseño de la regulación societaria”

María Celia Marsili ¹

Palabras clave: - evolución-autonomía-tendencias-regulación

Sumario

La ponencia examina la evolución de las situaciones reguladas por la legislación societaria y la necesidad de revisión de su enfoque conceptual. Se consideran los efectos de la unificación de los Códigos Civil y Comercial en la legislación societaria y la conveniencia de independizar el tratamiento de los sujetos

Se exploran los alcances de las funciones de los organismos de control

Se evalúa el tratamiento a aplicar a nuevas estructuras de negocios y se enuncian las tendencias que han de ser tomadas en cuenta por las futuras regulaciones y la particular relevancia que en éstas ha de asignarse al principio de la autonomía de la voluntad, sin dejar de tomar en cuenta aquellos supuestos que, por su naturaleza y finalidad, requieren la aplicación de disposiciones imperativas

1.-La Ley de Sociedades Comerciales

En nuestro país, desde 1972 rige, para los personas que aspiran a operar en forma organizadas en actividades de intercambio de bienes y servicios, la normativa contenida en la Ley 19550 actualmente denominada “Ley General de Sociedades”

En el momento histórico en que se sancionó la ley regían el Código Civil y el Código de Comercio y a este último estaba incorporada por prescripción legal la que entonces se llamó Ley de Sociedades Comerciales. Como todos recordamos la ley fue muy bien recibida, ponderada e imitada por países vecinos y se convirtió en un modelo. No fue objeto de muchas modificaciones a lo largo de más de 50 años y las que tuvo tomaron el cuidado de evitar alterar su estructura.

Así su Parte General, que se consideró como uno de sus mayores aciertos, se mantuvo como tal más allá que algunos artículos en ella contenidos fueron modificados y que las modificaciones fueron profundas.

En el texto original la existencia de la sociedad quedó subordinada a la adopción de uno de los tipos previstos en la ley y a su constitución regular. Sólo en esos casos habría sociedad. Recurrir a la legislación societaria y quedar a ella sometido produce efectos de trascendencia, tal la atribución de personalidad jurídica. Para ello se requirieron dos caracteres indispensables: tipicidad y regularidad

Por otra parte se vinculó el nacimiento de la sociedad al acto jurídico contrato, causalidad lógica atento al carácter pluripersonal que también se exigió. Una contaminación del lenguaje nos lleva a continuar refiriéndonos en los casos de unipersonalidad a cláusulas contractuales, contrato social, etc.

¹ Doctora en Derecho. Miembro del Consejo Honorario de UADE

2.-La ley 19550 y el concepto de persona jurídica.

Con la descripción del artículo 2 de la sociedad como sujeto de derecho, con el alcance fijado por la ley, ésta fijó su posición respecto a la persona jurídica creada, no sólo con respecto a la naturaleza del sujeto y a los efectos del reconocimiento de la personalidad, sino a la toma de posición frente a las doctrinas que entonces pretendían explicar la atribución. Y tal toma de posición, en este caso la doctrina de Ascarelli,² habilitó la posterior incorporación del instituto de la limitación de la personalidad largamente ponderado.

El texto original de la Ley 19550, en punto a normas que la integran vinculadas a la persona jurídica, tuvo su modificación más importante por conducto de la Ley 22903 y afectó al texto del art. 54 al que se le agregó un tercer párrafo bajo la rúbrica Inoponibilidad de la persona jurídica, erigiéndose en uno de los más importantes institutos que se modificaron. La introducción de la inoponibilidad importó la imposibilidad de invocar en ciertos supuestos la plenitud de efectos de una situación reconocida por la ley para determinados sujetos.

3.-El Código Civil y Comercial de la Nación y las modificaciones a la Ley 19550. Técnica de la personificación.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación por conducto de la Ley 26994, provocó, como se sabe, profundas modificaciones al régimen de la ley 19550 en su texto original que pasó a denominarse Ley General de Sociedades, y a formar parte del Anexo II del cuerpo codificado. Recordemos algunas : la supresión de la categoría de comercial para caracterizar a los sujetos, la derogación de la nulidad por atipicidad, la posibilidad de constitución del sujeto por una sola persona y la regulación de las situaciones societarias irregulares, todos ellos requisitos formativos de la figura personificada, hartamente diferentes a las que se tuvo en mira en su regulación original. Estas disposiciones están expresando que nos encontramos ante profundas diferencias entre el texto original de la ley y el reformado, que exigen una configuración conceptual que las contemple y comprenda. Ello siempre y cuando mantengamos la posición de admitir la conveniencia de las partes generales como portadora de las figuras particulares (tipos especiales) previstas legalmente.

Tales circunstancias nos conducirán también a evaluar si conservaremos la técnica de la personalidad jurídica tal cual fue concebida como modo de adjudicación de los efectos jurídicos de la atribución de subjetivismo del hombre individual (derechos, deberes). O si, dejando de lado los presupuestos habilitantes hasta ahora para su adjudicación se adoptan, sea regulaciones nuevas o la extensión de la personalidad para capturar dichos supuestos, a la manera de las “legal entities” del derecho anglosajón.

En suma, una técnica que crea una ficción a la que se otorgan atributos especiales para hacer posible la manifestación de la voluntad del sujeto ficto, como son las técnicas organizativas y de imputación, que las legislaciones se han preocupado seriamente en modelar.

En este contexto se destaca la división patrimonial (entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios) y la posibilidad de limitación de la responsabilidad del sujeto creado. Esta última ha impulsado

² Ascarelli, Tullio “Personalità giuridica e problema delle società”. Rivista delle società noviembre-diciembre 1957, pag.983., Saggi di diritto commerciali. Giuffrè, Milano 1955.

la actuación de las organizaciones y sus efectos han justificado la obligatoriedad de tipos societarios de tal naturaleza para actividades que comprometen el ahorro público³.

4.-La autonomía de la voluntad

Ingresa a la cuestión, como no podía ser de otro modo, el deslinde entre las normas imperativas que regularán la propia existencia y funcionamiento del sujeto personificado y las que resultan del ejercicio de la autonomía de la voluntad para reglar su actuación.

Deliberadamente, se ha evitado hacer referencia al orden público para la adjudicación de tal carácter a las normas imperativas, en atención a que dicha cuestión excede el derecho societario propiamente dicho y encuentra respaldo en normas generales de aplicación común a diversas disciplinas. Adherimos aquí a la opinión de Rovira⁴, en cuanto a que el ámbito societario no reconoce normas de orden público sino normas imperativas que no admiten pacto en contrario y su calificación como tales resulta de una evaluación que el legislador realiza apuntando a la protección de derechos e intereses que, en ocasiones, goza de un status que supera al derecho societario propiamente dicho y está condicionada no sólo a disposiciones de mayor jerarquía normativa sino a las corrientes de pensamiento y la mirada del legislador del momento y su evolución (basta contemplar la ley 19550 original, evolución en proyectos que le siguieron y concreciones legislativas como la SAS).

Tampoco podremos omitir el peso del criterio dimensional, que así denominaremos al que habrá de aplicarse en los casos en que la autonomía patrimonial absoluta que se otorga con la personalidad jurídica está vinculada a la posibilidad de recurrencia al ahorro público, que impone limitaciones al contractualismo que dista así de ser absoluto. Además, comprende la necesidad de un diseño particular de la persona y justifica la obligatoriedad de tipificación adecuada y tratamiento propio en la regulación. En ambas áreas: la de situaciones, las que exigen la adopción de normas imperativas y aquéllas que se regularán por las cláusulas elaboradas por los partícipes o por las reglas supletorias adoptadas voluntariamente (“default terms” concebidas por un anónimo intérprete de la voluntad de las partes), habrá de reconocerse al ordenamiento societario una naturaleza cooperativa que exige, en el caso de intervención de los organismos encargados de su aplicación, un comportamiento empático que cumpla con su función de ser reguladoras del negocio que con el acto de autonomía privada se crea⁵.

5.-Organismos de control societario

En este contexto y, apuntando a la regulación de partes generales, caben algunas reflexiones sobre las funciones de los organismos de control, con intervención en los procesos de constitución y otros supuestos de actuación de los sujetos. Deben actuar como facilitadores de la gestión empresarial. Este objetivo ha sido comprendido en nuestro país por algunos organismos pero, mantiene cierta fragilidad en los avances, atento el carácter local del marco regulatorio. Es aconsejable que normas matriciales de porte nacional marquen firmemente el rumbo para evitar desvíos territoriales en busca de un favorable “corporate forum”.

3 Verly, Hernán “Capital social y limitación de la responsabilidad. Mitos y realidades”. LL 26 de marzo de 2025.

4 Rovira, Alfredo en diversos trabajos, entre ellos, “Las sociedades del Capítulo I Sección IV de la LGS y la autonomía de la voluntad” pag 187 en “Temas de Derecho Mercantil” Revista del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

5 Angelici, Carlo Trattato de Diritto Civile e Commerciale, Tomo I “La società per azioni” pag 213. Ed Giuffrè

Es ineludible recordar que la Ley 19550 fue concebida bajo el “state oriented model”, es decir como una normativa rígida con gran participación del Estado en su concepción y funcionamiento. Luego, leyes

satelitales y las propias reformas a la LGS fueron desdibujando un modelo (que también entró en crisis en otros países) y venía acompañado con la actuación con igual orientación de los organismos.

Como opina Roitman “La regulación ha de ser instrumental para que el Estado ejerza los controles de su competencia ya que no debe entrometerse en el desarrollo del negocio, ni arrogarse facultades discrecionales para crear excepciones fundadas en el interés general.”⁶

Algunos casos, especialmente aquellas sociedades previstas para recurrir al ahorro público, habilitan naturalmente una intervención mayor, pero esto no significa un tratamiento generalizado. Es más cabe considerar la conveniencia de una regulación propia de dichas sociedades, independiente de una ley general para evitar el tratamiento bicéfalo de iguales institutos y las consiguientes dudas hermenéuticas. Tal criterio restablecería la finalidad de las normas societarias a las que tan acertadamente Roitman definió como las que proveen una estructura organizativa para el funcionamiento de la empresa y que se verían frustradas por aquellas afectaciones.⁷

6.- Nuevas situaciones

Ante nuevas situaciones que se vienen presentando en los modelos de negocios contemporáneos es preciso analizarlas y otorgarles el tratamiento regulatorio que les corresponda, a la manera de la contenida en la Ley 27349 que incorporó a la Sociedad Anónima Simplificada de gran aceptación. Su régimen respeta y valora la libertad de creación de sociedades e importa un avance notable en la modernización de nuestro derecho, siendo puntos a destacar la digitalización de trámites y las nuevas modalidades en la formación del capital, no limitado al que resulta de los aportes así como los alcances de las prestaciones accesorias de modalidades harto diferentes a las contempladas en la parte general de la vigente ley.

Otro régimen que captará nuestra atención es el del Proyecto de Incentivos para los Grandes Inversores regulados en la ley de bases 27742 a partir de su art 164 y su tratamiento en el art 170 de las sociedades vehículo de proyecto único VPU, así como el régimen para la denominada Sucursal Dedicada con independencia operativa y carente de personalidad jurídica que ha sido objeto de la Res.19/24 de la IGJ.

Un supuesto de interés es el de las DAOs sigla que corresponde a las organizaciones automatizadas descentralizadas, entidades cuya estructura organizativa está basada en “blockchain”, el gobierno ejercido por algoritmos, y el acceso mediante “token”, entre otras peculiaridades, que indican que podrán ser tratadas como estructuras legales y con diversos grados de reconocimiento para las que no son aptas las normas del derecho argentino.

También puede pensarse en las iniciativas para el reconocimiento de la personalidad de la IA que, aún cuando se la objete, no puede dejar de reconocerse que traduce al extremo la doctrina del carácter instrumental de la atribución, configurativo de un recurso técnico absoluto, cuya utilización puede tal vez no haberse concebido con tal intensidad en su origen pero que es necesario examinar en su evolución.

⁶ Roitman, Horacio” Ley General de Sociedades comentada y anotada”, art. 1 pag 4. 2da. ed. Thomson Reuters.

⁷ Roitman H. op. y loc. cit

Lo anterior nos conduce a la posibilidad de adjudicación de la categoría y atributos de la personalidad jurídica y consiguiente regulación, a situaciones de la realidad que no cuentan con los caracteres tradicionalmente reclamados para su otorgamiento y que fueron variando en el tiempo. Piénsese por ejemplo, en la admisión de la sociedad de un solo socio y su consiguiente reconocimiento.

Por igual que, atento a que las situaciones reseñadas están generalmente vinculadas a la realización de actividades de negocios, su hábitat natural será la legislación societaria, de allí la pertinencia de su tratamiento.

En opinión de Gebhardt, que compartimos, un conjunto de usos cibernéticos, modos contractuales concebidos y ejecutados, ya no por personas humanas, sino por ordenadores, que constituirán fuentes de derechos subjetivos, deben ser asidos no solo por el jurista, sino centralmente por un nuevo y desafiante Derecho Comercial. Y agrega: “Es preciso que el ordenamiento legal atrape, contenga, esta nueva y provocadora realidad y que lo haga incorporando categorías que hacen al equilibrio y a la razonabilidad”⁸ Si pensamos en el vigor de los usos cibernéticos y los modos contractuales concebidos y ejecutados por ordenadores de que son acabado ejemplo las DAOS no podemos desconocer que nos hallamos ante una nueva realidad y que habremos de sustituir los clásicos principios por otros, seguramente más perecederos, pero necesarios para la seguridad jurídica.

7.-El futuro de la regulación societaria

Como puede advertirse, el futuro de la normativa societaria está en juego. Es necesario definir cuestiones fundamentales que sirvan lo mejor posible al propósito para el que están destinadas El impulso estatal en ese sentido resulta de la creación de la Comisión de Reforma Integral del Régimen Legal Societario, mediante la Res. MJ 47/2024 de la que resultan los lineamientos de sus objetivos, entre ellos la posibilidad de su reforma integral que habilitaría, a menos que se considere técnicamente inconveniente, a una sustitución de la ley. También se expresa que se aspira a que la reforma satisfaga las exigencias de la economía, la protección del derecho de propiedad y el principio de autonomía y restablezca el sistema jurídico mercantil (sic).

En el marco conceptual reseñado previamente se presentan situaciones y tendencias a tener en cuenta en una nueva regulación Entre ellos se propone tomar en consideración:

- a) Las realidades multifacéticas que presentan los negocios contemporáneos nos llevan a preguntarnos si éstas podrán quedar atrapadas en las rigideces de una parte general o, por el contrario, asistiremos a una y anunciada decodificación de la normativa societaria con regulación específica en cada caso
- b) La naturaleza autónoma del derecho societario, con sus efectos en la interpretación y aplicación.
- c) Tendencia a regulaciones específicas que atienden primordialmente a la naturaleza del negocio del que operan como marco jurídico
- d) Consecuente debilitamiento de las normas de carácter general o común
- e) Adopción de una autosuficiencia normativa de la especie regulada que evite remisiones que pueden afectar la interpretación o propiciar interpretaciones extensivas a otras regulaciones.
- f) Aplicación autónoma y prioritaria de regulaciones propiamente societarias, excluyendo las del C C y C previstas para situaciones que pueden tener similitud con las propiamente societarias y quedando a

⁸ Gebhardt, Marcelo Académias Nacionales de Córdoba y Buenos Aires, 24 y 25 de octubre de 2024 El Derecho 24/ 25/10/2024

salvo la aplicación de normas de carácter general que habilitan la celebración del negocio (capacidad de los intervinientes, licitud de las cláusulas etc)

Recordemos, por su pertinencia, que en los Fundamentos del Proyecto de Código C C y C se asigna a la legislación societaria la naturaleza de microsistema con implicancias claras en cuanto a la autonomía de

la categoría, que encuentra sustento en el art.150 del C C y C. Justamente, por tratarse la regulación societaria de derecho de especialidad no siempre ha de tener fuentes comunes de derecho privado, más allá de las básicas estructurales.

g) Revalorización y aplicación efectiva de la autonomía de la voluntad tanto en la creación de los sujetos como en la adopción de normas supletorias. Por la plena vigencia de este principio se han pronunciado propuestas legislativas como el Proyecto de Reformas de la ley de sociedades argentina de 2019 y el anteproyecto uruguayo presentado al PE en 2021 Dicho cambio tendrá, entre sus objetivos, inclinar a los usuarios del sistema a diseñar el corpus negocial que conviene al emprendimiento, abandonando la indiferencia con que han tratado esas posibilidades hasta ahora prefiriendo, en aras de la celeridad, el uso de modelos estandarizados ofrecidos por los organismos de control. h) Revisión de la normativa que regula las funciones de los organismos de control

i) Evaluación de la conveniencia de plena autonomía normativa para las sociedades que hacen oferta pública de valores negociables (criterio dimensional)

j) Necesidad de contemplar situaciones originales en su organización, objetivos y actuación que requieran estructuras legales propias para su reconocimiento.