

“No Existe el Orden Público Societario. La Necesaria Flexibilidad del Sistema en un Contexto de Constante Cambio”

Ramiro Salvochea¹

Palabras Clave: Orden publico. Control. Innovacion. Libertad contractual.

I. Sumario:

La Ley General de Sociedades 19.550 implique un orden público societario, argumentando que sus normas imperativas son dispositivas y protegen intereses privados. El verdadero orden público exige un interés superior colectivo, ausente en la regulación societaria. Resulta necesario reconocerle mayor flexibilidad y autonomía de la voluntad, apoyada por tendencias comparadas y regionales. Es criticable la rigidez del control estatal y administrativo (de corte *ex ante*), dado que la protección de terceros puede lograrse de forma mas eficiente mediante mecanismos contractuales y seguros, y controles judiciales *ex post*. Concluye que el derecho societario debe acompañar la innovación y los cambios tecnológicos, equilibrando libertad empresarial y sanción frente a abusos.

Introducción:

Conforme lo destacaba Otaegui, hay una difundida opinión en cuanto a que la Ley General de Sociedades 19.550 (LSC) es de orden público, o al menos, de interés público.² Esta creencia es fundamental y funcional a la impresionante actividad reglamentaria que han llevado adelante los organismos administrativos, especialmente los de control societario (y, por sobre todos ellos, la Inspección General de Justicia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), de la actividad de las sociedades argentinas.

Contra esta opinión, aquí se sostendrá que no existe un orden público societario, porque no existe “interés superior” alguno protegido por el mismo. Por ello, si bien es posible identificar normas imperativas en la LSC, las mismas tienen carácter meramente dispositivo. Esto es así no sólo para las sociedades llamadas “cerradas”, sino que tampoco existe un orden público “societario” para las denominadas “sociedades abiertas”.

Conceptos preliminares: Orden Público, Normas Imperativas y Normas Dispositivas:

Borda destaca en su Tratado que a pesar de la frecuencia con la que se utiliza la expresión

¹ Abogado, UCA. LLM (Master in Laws) University of Texas at Austin. Master en Derecho, Universidad de Palermo. Linkage Student, Yale Law School. Director de la Maestría en Derecho Empresario, ESEADE. Profesor titular de la Universidad de San Andrés, y Asociado (R) a cargo de Cátedra de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Socio de Estudio Salvochea Abogados. Miembro del IGEP (Instituto para la Gobernanza Empresarial y Pública). Autor y expositor de temas vinculados a Derecho y Empresa.

² OTAEGUI, Julio Cesar, “La Ley de Sociedades Comerciales, el Orden Público y el Interés Publico”, Estudios de Derecho Empresario, pag. 7.

“orden público”, han fracasado todos los esfuerzos para concretar la enunciación de un concepto

que reúna el beneplácito general.³ Y ello, aun cuando existe desde hace mucho un enorme interés práctico en la cuestión.

Llambías, a su vez, explica que se denomina orden público al “*conjunto de principios eminentes – religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida*”. Desde esta idea, y citando a Araux Castex, indica que “*orden público alude a una categoría o clase de disposiciones de fundamental interés para el pueblo, para la Nación, para la sociedad entera*”, e identifica dentro de las mismas a las que constituyen el derecho público de un país (o constituciones políticas), a las que organizan las instituciones fundamentales del derecho privado, que conciernen a la personalidad y a los atributos de la misma, a la familia, a la herencia, al régimen de los bienes, y al mantenimiento y observancia de la moral y las buenas costumbres.⁴

Se trata, en definitiva, de aquellas normas cuyo objetivo último es la protección de un interés colectivo, general, por oposición a meras cuestiones de orden privado, en las que solo juega un interés particular.

En nuestro derecho, el antecedente más invocado es el artículo 21 del derogado Código Velezano, que reproducía casi literalmente el art. 6º del Código Civil Francés, tal como lo mencionaba dicho autor en la nota al mismo. Este artículo expresaba que “*las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres*”.

Los efectos de una norma de orden público, identificados por la doctrina tradicional son los siguientes: 1) que las partes no pueden derogarlas por acuerdo de voluntades; 2) que impiden la aplicación de la ley extranjera, no obstante cualquier disposición legal que así lo disponga, 3) que deben aplicarse retroactivamente: nadie puede invocar derechos adquiridos tratándose de leyes de orden público, y 4) que no pueden alegarse válidamente el error de derecho, si este ha recaído sobre una ley de este tipo.⁴ En definitiva, el efecto más importante de la declaración de orden público de una norma es que su aplicación es imperativa, y que ni el juez ni las partes pueden apartarse de ellas, bajo pena de nulidad.

El corolario de su existencia es que el principio de autonomía de la voluntad no es absoluto, porque cuando existe un interés superior que el derecho busca proteger, debe ceder la libertad de los particulares. Como Díez-Picazo y Gulló expresan, el punto radica en el señalamiento de los límites de esta “autonomía privada” “*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*”. Encuentran que dichos límites se ubican en la ley, la moral y el orden público. Pero que configuran “líneas fluctuantes”, que carecen de fijeza absoluta” 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*”.⁵ El orden público, entonces, se caracteriza por el efecto obligatorio e irrenunciable de las normas que lo integran.

³ BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino, Tomo I, 4ta. Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1965, pag. 50. ⁴

LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Tomo I, 12ª Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1986, pag. 158.

⁴ BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil Argentino,... pag. 59 y 60.

⁵ DIEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, 5a edición, Tecnos, Madrid, 1984, v. I, p 379.

La doctrina ha distinguido las normas “imperativas”, que excluyen o suprimen la voluntad particular, de las normas “supletorias”, es decir, aquellas que presentan una regulación

complementaria y sustituible por la voluntad de las partes en el caso concreto, y que sólo buscan paliar el silencio de las partes aportando una solución de “default”.

Sin embargo, si bien toda norma de orden público es “imperativa”, no toda norma “imperativa” es de orden público. La norma “imperativa” de orden público prohíbe la renuncia general de las leyes, y también, prohíbe la renuncia a los derechos conferidos por ella a consecuencia de la existencia de un hecho jurídico, porque no mira al interés individual, sino al general. Así, se encuentra prohibida la renuncia a sus efectos.

En cambio, una norma “imperativa” es “dispositiva” cuando no está involucrado el interés público. Por ello, contemplan la posibilidad de que los particulares renuncien a los efectos que la misma determina a su favor. Esta discrecionalidad del sujeto beneficiario de la norma “dispositiva” es su característica fundamental y definitoria. Como señala Kulman, no interesa la efectiva conducta del sujeto en relación a la disponibilidad de sus derechos para estar frente a una norma dispositiva, sino que basta la aptitud en grado de probabilidad para que se configure su condición. Ello requiere: a) que el *factum* jurídico que se origina a partir de una norma imperativa sea válido (en cuanto a la observación de sus requisitos de existencia), y b) que los efectos jurídicos devenidos del *factum* sean susceptibles de ser disponibles, ya sea porque interesa sólo al particular y porque no se encuentra prohibido por el ordenamiento.⁶

¿Existe un “orden público societario”?

Kulman expresa que cuando se habla en doctrina de la existencia de un “orden público societario” se remarca la protección al orden social en general, o a las instituciones fundamentales del Estado, *“...vinculadas con la protección de los principios que rigen el nacimiento del sujeto de derecho por su implicancia en la creación de efectos jurídicos, como así también en la protección de los terceros que se vinculan con este nuevo ente”*.⁷

En la misma línea, Richard y Veiga expresan que el orden público societario aparece en cuanto se compromete la continuidad del giro empresarial – objeto de la sociedad-, así como la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo y de la propiedad de los acreedores. Se muestran igualmente coincidentes con Olivera García en cuanto a *“que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones”*. Y con Miller, en cuanto enfatiza que ciertas normas, como las de responsabilidad, serían consideradas de orden público.⁹

Calcaterra, por su parte, invoca la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de las relaciones de la sociedad como sujeto y como contrato, imponiendo para ello un límite a la autonomía

⁶ KULMAN, David A., “Orden Público Societario”, Ponencia al XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013., pag. 98.

⁷ KULMAN, David A., “Orden Público Societario”, ponencia presentada en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Buenos Aires, 2013), p. 103, publicado en el Tomo I, p. 91-111. ⁹ RICHARD, Efraín Hugo y VEIGA, Juan Carlos, “El Contraderecho: Las Normas Imperativas del Derecho Societario” p. 169”, ponencia presentada en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Buenos Aires, 2013), p. 169, publicado en el Tomo I, p. 161-171.

de la voluntad. Así, para esta autora la mayoría de las normas imperativas de la LGS no son propiamente “límites” sino “tutelas”, que 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 fin.⁸

Sin embargo, Otaegui ya criticaba esta posición al decir que *“hay por cierto un orden público laboral y un orden público social, pero no hay un orden público societario”*. Sí reconocía este autor la existencia de un “interés público” en esta materia, pero exclusivamente con relación a la sociedad anónima, para cuya preservación la Ley societaria regula la fiscalización estatal a cargo de la autoridad de poder societario.⁹

En esta línea, sostendremos que existe un error en identificar los “principios” que empapan el derecho societario, como podría ser el de la “oponibilidad erga omnes de la persona jurídica”, el de “continuidad de la empresa”, el de “protección del socio minoritario”, el de “protección de los acreedores frente a la insolvencia de la sociedad”, el de “prioridad en el cobro del acreedor de la sociedad sobre el acreedor del socio”, etc., y que se expresan a través de muchas de las normas imperativas que la normativa que regula esta temática presenta. Sin embargo, no creemos que allí se exprese un “orden público societario”.

En efecto, el orden público debe identificarse en la existencia de un interés superior al individuo, y que –por tanto- el individuo no puede dejar de lado por sí mismo-, característica que no se verifica en esta temática. El derecho societario se refiere a la realización de negocios entre personas capaces. Su objetivo es exclusivamente la provisión de un sistema de organización que dé un marco adecuado a las actividades “empresarias” humanas. Pero, los intereses involucrados en la normativa societaria se concentran en la protección de derechos de propiedad, incluyendo a aquellos vinculados al ejercicio del derecho a la libertad contractual. Todos ellos disponibles.

Igualmente, las normas dirigidas a la formación e inscripción de sociedades son disponibles porque el operador jurídico puede optar por utilizar sociedades “simples”. O, incluso, formas asociativas no societarias. Aun el principio de tipicidad, a nuestro entender hoy derogado,¹⁰ no se imbricaba en un régimen de orden público, sino que daba un marco de normas meramente dispositivas. Por ello, la “nulidad absoluta” por atipicidad del régimen anterior a la reforma unificadora de los códigos del 2015 no tenía efectos retroactivos, y sólo implicaba la necesaria disolución de la sociedad. Y también por ello, casi desde el inicio se reconoció unánimemente la personalidad de la sociedad de hecho e irregular.

Por otra parte, la apelación a un “orden público societario” que no puede identificarse con alguna norma concreta en particular, carece totalmente de utilidad interpretativa. En efecto, o reconocemos que todas las normas imperativas de la ley societaria son de orden público, lo que

⁸ 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.

⁹ OTAEGUI, Julio César, “La Ley de Sociedades Comerciales, el Orden Público y el Interés Público”, conferencia en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, La Falda, Córdoba, Octubre de 2007.

¹⁰ Nos remitimos a lo expuesto en “Requiem para la Tipicidad Societaria”, RDCO n 283, Marzo / Abril de 2017, pag. 359 y ss.

permitiría identificar claramente tal carácter, o debemos aceptar que no existe ninguna posibilidad sistemática de reconocer cuáles tienen tal naturaleza. En realidad, según creemos, lo que ocurre es que ninguna de tales normas imperativas es de orden público.

Si bien la tentación de considerar a toda norma imperativa como de orden público es grande, lo cierto es que la problemática societaria requiere de mayor flexibilidad y libertad para amoldarse a las realidades diversas y eternamente cambiantes del comercio. Como lo señala Acquarone, la misma normativa que regula a la gran empresa, también regula a la pyme, e –incluso- a la empresa

familiar.¹¹ Por ello, resulta indispensable adaptar contractualmente los distintos modelos tipológicos dados a la situación particular del negocio regulado.

Por el contrario, el derecho argentino, especialmente a través de las normas regulatorias (generales y particulares) de los organismos locales de control societario han ido girando hacia una rigidez normativa basada en la supuesta necesidad de “protección pública”. Esta línea, tiene profundas bases ideológicas muy arraigadas en nuestra cultura administrativa. Recurriendo a la valiosa síntesis hecha por Duprat, encontramos dos posiciones filosóficas detrás de esta discusión: la “contractualista”, que sostiene que el estado debe dejar espacio a las partes para que regulen, a través del contrato social, los parámetros de regulación de su relación, por un lado; y la “comunitarista”, o también “institucionalista”, que cree que la ley societaria debe desempeñar un papel regulatorio y preventivo entre los distintos grupos que integran o pueden verse afectados por la sociedad. La finalidad del estado en este rol estaría en la protección fundamental de terceros, y la regulación del uso y flujo de capitales.¹²

Creemos que, aun cuando se considera la protección de los terceros, o “del comercio”, la imposición de normas con carácter imperativo resultan los límites dados a un sistema de beneficios a la organización de la empresa y el crédito, que resulta de la “personificación” de la sociedad. Así, no pueden imponerse a terceros cláusulas societarias que agravan el régimen en su perjuicio. Por ello, las normas limitantes en la redacción de estatutos son dispositivas, ya que impiden que se dé oponibilidad “erga omnes” a un régimen que perfore el mínimo legal. Pero no por proteger un “interés superior del estado”, o receptor principios indispensables para el funcionamiento de la comunidad. Esto es, no hay orden público comprometido. Sino porque estas son las condiciones que la ley impone como límites a la utilización de la herramienta que significa la creación de un sujeto de derecho distinto de sus socios, y –especialmente- al beneficio de la limitación de la responsabilidad, consecuencia de ello. Pero, sin que esto obste a la renuncia expresa posterior de derechos por parte de cada persona en particular.

Coincidimos con Coste quien expresa “*que 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*”.¹³ Esgrimiendo posiciones moralmente superiores, la apelación al orden público permite a los organismos regulatorios, de control societario, y a los jueces, la aplicación de soluciones

¹¹ ACQUARONE, María T., “Derecho Societario Dispositivo o Imperativo. Adecuación del Estatuto a las Necesidades de la Estructura Propuesta”, ponencia presentada en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Buenos Aires, 2013), p. 3, publicado en el Tomo I, p. 3-9.

¹² DUPRAT, Diego A. J., “El Principio de la Autonomía de la Libertad en la Regulación de las Sociedades Cerradas. La Necesidad de Cambiar el Paradigma Actual”, ponencia presentada en el XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Buenos Aires, 2013), p. 49, publicado en el Tomo I, p. 47-57.

¹³ COSTE, Diego, “Orden Público e Imperatividad en las SAS”, ponencia presentada en el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Córdoba, 2022), p. 84, publicado en el Tomo I, p. 83-86.

ideologizadas que van en contra del interés que las partes tuvieron en vista al regular su relación societaria. Coste no podría expresarlo mejor: *“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”*.¹⁴

Debemos desterrar la idea de que el no reconocimiento de la existencia de un “orden público societario” implica sostener una anomia absoluta, donde la autonomía de la voluntad puede transitar sin rienda alguna. No se trata de reivindicar una posición decimonónica de libertad contractual,

como la que podía encontrarse en el 1134 del viejo Código Civil Francés. Por el contrario, las normas imperativas son el límite impuesto por el legislador. El ámbito de libertad contractual encuentra en éstas el andarivel dentro del cual debe transitar. Sin embargo, el reconocimiento de que no existe un interés superior a las partes, ni un concepto supralegal como la “protección del comercio”, o la “seguridad de los terceros”, es indispensable para corregir el problemático derrotero que la regulación administrativa y el ejercicio del “poder de policía societario”, han significado en los últimos tiempos.

Las tendencias reformistas de la región son ejemplo de un giro hacia un nuevo paradigma, en el que se deja un mayor margen de libertad al operador jurídico y económico. Por ejemplo, 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. La ratio de este giro hacia una mayor libertad se encuentra en el hecho de entender que la sociedad es un negocio de contenido patrimonial. Como tal, implican una actividad de riesgo en la cual están en juego los intereses particulares de quienes asumen esa álea. De allí, se reconoce el carácter dispositivo de la ley. Serán los otorgantes del negocio societario –quienes asumen dicho riesgo– los mejor dotados para decidir las reglas y condiciones para regular el funcionamiento de la sociedad. Ferrer Montenegro remarca que el proyecto recoge la opinión de la mayoría de la doctrina uruguaya que se inclina por reconocer el carácter dispositivo de sus previsiones legales, *“entendiendo que nada aporta considerar las normas societarias como de orden público para el buen funcionamiento de las sociedades comerciales”*.¹⁵

En igual línea, la regulación de la sociedad por acciones simplificadas en Ecuador por la Ley Orgánica de Emprendimiento e innovación (LOEI), también demuestra un enfoque en esta dirección. Ortiz Mena y Noboa Velasco describen como este régimen se aparta de la regulación tradicional de la Ley de Compañías ecuatoriana, cambiando el tradicional enfoque societario en Ecuador, hacia una mayor libertad contractual.¹⁶

También se ve un camino hacia una mayor flexibilización en Europa. Son ejemplos de esto, la regulación de las sociedades por acciones simplificadas en Francia (de 1994, con modificaciones en 1999 y 2001), la reforma sobre “Nueva Empresa” en España (de 2003), y la regulación de la Kleine AG en Alemania (de 1994).¹⁷

¹⁴ Idem.

¹⁵ FERRER MONTENEGRO, Alicia, “El Principio de Autonomía de la Voluntad en el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales Uruguayo”, ponencia presentada en el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Córdoba, 2022), p. 138, publicado en el Tomo I, p. 137-138.

¹⁶ ORTIZ MENA, Esteban y NOVOA VELASCO, Paúl, “La Autonomía de la Voluntad como Eje del Sistema en las Sociedades por Acciones Simplificadas”, ponencia presentada en el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Córdoba, 2022), p. 138, publicado en el Tomo I, p. 165-170.

¹⁷ Ver, por ejemplo: Grosclaude, Laurent. “The French «Société Par Actions Simplifiée - SAS», All Purpose Vehicle!” Central

Innovación y la Necesidad de Flexibilidad Normativa

El actual estado de la cuestión, así descripta, nos lleva a afirmar que hemos perdido el norte. Una persona jurídica, especialmente una sociedad, es esencialmente y en sus fundamentos, un contrato. Como herramienta ha demostrado su relevancia y el enorme impacto en la sociedad y la economía del mundo. Como es universalmente reconocido, 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. Permite

a los seres humanos la construcción coordinada de empresas que nos han llevado a la luna, al fondo de los océanos, que ha permitido el desarrollo de la electricidad y el maquinismo, y que enfrenta hoy el desafío de la inteligencia artificial.

Por supuesto que el hombre, actuando en conjunto y coordinadamente, también es capaz de realizar mucho mal. Aquí también hay ejemplos sobrados: las Guerras Mundiales, Hiroshima y Nagasaki, la caída de Enron, son algunos de una infinidad de situaciones que cabe recordar. Sin embargo, la regulación no puede, ni debe, construirse y aplicarse desde la premisa de que la sociedad será primariamente utilizada como instrumento de fraude. Ello, en primer lugar, porque no es cierto. Basta un vistazo a nuestro alrededor para percibir el enorme impacto positivo de las empresas en la sociedad del hombre. Los casos patológicos, en los que la herramienta es utilizada en perjuicio de terceros son tan escasos como los que muestran la utilización de un martillo (también una herramienta) como medio para ocasionar un daño a otro.

Pero, además, no debemos olvidar que el principio general es la libertad. Por ello, como explica Bidart Campos, la afirmación del art. 19 de nuestra Constitución Nacional, “*significa que, una vez que la ley ha regulado la conducta de los mismos [los hombres] con lo que les manda o les impide hacer, queda a favor de ellos una esfera de libertad jurídica en la que está permitido todo lo que no está prohibido*”.¹⁸ No debemos olvidar que los hombres de negocios son el motor que nutre al derecho mercantil. La aparición continua de figuras contractuales (como la franquicia comercial, el leasing, el underwriting, etc.), de nuevas formas de financiamiento (expresado en la aparición incesante de nuevos instrumentos financieros “derivados”, las operaciones de cobertura, y otras formas de project financing), son solo algunas muestras del movimiento acelerado y de las posibilidades de desarrollo de esta realidad. Incluso, es posible ver como las prácticas empresariales muchas veces resultan mejores herramientas de corrección de estos desvíos que el derecho mismo. Basta con recordar el éxito de las medidas de “autorregulación” en materia de buen gobierno corporativo.

Pero, además, la ley no debe actuar como si quien se vincula con la sociedad se encuentra totalmente indefenso. La primera línea de protección del tercero contratante con la sociedad está en sus propias manos: quienes contratan con una 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 a autoasegurarse. O, en última instancia, a no contratar, suprimiendo dicho riesgo completamente.

European Journal of Comparative Law 1, no. 2 (2020): 49–57. <http://dx.doi.org/10.47078/2020.2.49-57>. Y Michel Menjucq, The Company Law Reform in France, Section: Selected Member States Reform Processes as Examples, Volume 69 (2005) / Issue 4, pp. 698-711 (14)

¹⁸ BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitución Argentino”, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 226.

Es cierto que esto no ocurre en todos los casos: Obviamente, quienes sufren daños de causa “extracontractual”, por ejemplo, no tienen la posibilidad de trasladar su riesgo específicamente a quienes les causan ese perjuicio. Y muchas veces no pueden defenderse o asegurarse frente a éste. También existirá la posibilidad de fraude, en cuanto a que una sociedad puede “engañar” a una persona 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.

Sin embargo, la imposición de normas limitativas de la autonomía de la voluntad en materia de regulación societaria debe responder a un test de “costo-beneficio”, que debe determinar si el costo de la limitación establecida es inferior al costo del daño evitado. Recordemos, nuevamente,

que no existe en la materia un “interés superior” que justifique ir más allá de esta evaluación de eficiencia de la norma. Sólo si logramos evitar un daño mayor que el costo de la norma impuesta, será “razonable” la limitación de tal libertad.¹⁹

Ahora bien, En el escenario contemporáneo, emerge con fuerza una nueva justificación para propiciar la mayor flexibilidad posible en las normas de carácter comercial: la velocidad y profundidad de los cambios que la tecnología y la innovación imprimen a los negocios y, en general, a la dinámica misma de la sociedad. Como ha señalado Klaus Schwab al describir la “Cuarta Revolución Industrial”, la velocidad, el alcance y el impacto sistémico de estas transformaciones no tienen precedentes, generando presiones adaptativas sin pausa sobre las empresas que buscan conservar su competitividad y viabilidad económica.²⁰ Estos procesos disruptivos obligan a las empresas a una adaptación constante en su lucha por la supervivencia, la competitividad y la rentabilidad.

En este contexto, el Derecho societario no puede convertirse en un obstáculo que inmovilice a las organizaciones mediante estructuras rígidas, requisitos excesivos o cargas regulatorias que terminen asfixiando su potencial de desarrollo y sostenibilidad a largo plazo. Por el contrario, debe evolucionar hacia un marco normativo que acompañe, con prudencia y previsión, las transformaciones de los mercados y los modelos de negocio. Como hemos expresado supra, la experiencia comparada lo confirma: son numerosos los ejemplos en los que la legislación han tendido a reforzar la autonomía organizativa, confiando en mecanismos de control *ex post* más focalizados y proporcionados.

Ello implica repensar el balance entre los controles *ex ante* —generalmente formulados sobre abstracciones o supuestos de riesgo— y las soluciones *ex post*, más específicas y contextualizadas, que permitan sancionar de forma proporcional y eficaz las conductas abusivas o dañosas, sin obstaculizar de antemano la iniciativa empresarial legítima. En este esquema, el protagonismo recaerá necesariamente en los tribunales, llamados a desplegar un examen más profundo y técnico de los casos, asumiendo la responsabilidad de emitir decisiones que, además de reparar, orienten conductas futuras.

¹⁹ En otro lugar nos hemos referido a la ineficacia de estos sistemas de control administrativo para evitar fraudes corporativos, trabajo al que nos remitimos: “Efectividad de los Controles Administrativos Previos de los Organismos de Policía Societaria”. Ponencia presentada en el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa a realizarse en octubre de 2022.

²⁰ Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial* (Trad. M. L. Rodríguez Tapia). Barcelona: Debate. (Obra original publicada en 2016)

Este cambio de paradigma demanda, por parte de los tribunales, no solo una mayor capacitación en la materia económica, societaria (y también tecnológica), sino también un ejercicio de independencia y coraje institucional para fallar con criterios innovadores y coherentes con la dinámica actual de los negocios. Solo así el Derecho podrá cumplir su rol esencial: proteger el interés público sin sofocar la energía creativa que sostiene el progreso económico y social.
