

La sociedad como herramienta generadora de negocios a través de la autonomía de la voluntad

Gustavo Adrián Somoza Lopez¹

a. Suma:

El presente trabajo tiene como objeto llevar a debate al Congreso que la sociedad no deja de ser una herramienta que el orden jurídico brinda para facilitar negocios, dotándola de personalidad. Si hablamos de contratación no podemos dejar de considerar la autonomía de la voluntad y ver hasta dónde podemos usarla en el derecho societario local.

En el presente tomare como base lo regulado y la jurisprudencia que al respecto se desarrollo en Argentina y los proyectos que puedan ser objeto de tratamiento futuro.

b. Desarrollo de fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales:

1. Autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía de la voluntad no es otra cosa que la facultad inherente al ser humano de decidir libremente sobre sí mismo y las condiciones en que desea realizar su propia vida, en todos los ámbitos de su existencia: es el reconocimiento de su derecho humano de autodeterminación individual.

"La autonomía de la voluntad -dice Kant- es aquella modalidad de la voluntad por la que ella es una ley para sí misma (...) El principio de autonomía es por lo tanto este: no elegir sino de tal modo que las máximas de su elección estén simultáneamente comprendidas en el mismo querer como ley universal"

En la teoría clásica contractualista la autonomía de la voluntad era la idea central. Recordemos al respecto que para la concepción decimonónica, el cambio en la negociación del contrato se traduce en el debilitamiento y en la crisis de la autonomía de la voluntadⁱ. Es más, siendo ésta la esencia misma del contrato, le alcanzan a éste los efectos de aquélla. Sin embargo, tal como se dijo al comenzar, paralelo a esta modificación en la modalidad de celebración, hay una eclosión de la figura. En efecto, el predominio de contratos atípicos, producto exclusivo de la libertad de contratar y de la libertad contractual, y el amplio ámbito en el que se configuran, desdibujan su crisis. Por lo mismo, es cuestionable la afirmación de que la voluntad esté debilitada, si se tiene en consideración que su autonomía se manifiesta en las dos libertades señaladas y que tienen como consecuencia la fuerza vinculante del contrato así celebrado. Se impone entonces determinar por qué se habla de la crisis, cuál es su verdadero alcance, y en su caso, cuál es el sujeto del que debe predicarse.ⁱⁱ

La sociedad que surge de un acuerdo de voluntades o de una disposición unilateral si pensamos en las sociedades unipersonales no puede prescindir de que hay en su génesis un ámbito importante de ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes deciden formar es nueva persona que es la sociedad.

La fuerza obligatoria es la contracara de la autonomía y de la libertad para contratar. Es su complemento necesario, en la medida que confirma el poder jurígeno de la voluntad. Si no fuera obligatorio lo acordado por las partes, la soberanía de la voluntad perdería legitimidad.

Se puede establecer que en un sentido análogo la irrevocabilidad del consentimiento prestado sin vicios asemeja por un lado el contrato a la ley, y por otro las deliberaciones de las partes a un parlamento privado.

Este núcleo esencial presupone, a su vez, igualdad de partes y libertad jurídica. La libertad se ejercita tanto al momento de la decisión de la celebración del contrato, como en su configuraciónⁱⁱⁱ

Ahora también el orden jurídico local establecido mas por la ley general de sociedades nro. 19550 establece una serie de límites a esa autonomía de la voluntad que irrumpe en la génesis de la nueva persona jurídica, la pregunta es hasta donde podemos ejercer la autonomía de la voluntad de los futuros socios y hasta donde el límite que la lgs les fija.

2. Leyes imperativas en las sociedades

Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”, priorizándolo incluso de la ley de concursos⁶, que deben ser integradas sin alterar aquella primacía, además de las del CCC, congruente con el art. 2° de ese ordenamiento.

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, actuando ante la falta de previsión estatutaria en el caso de sociedades.

Las normas que son imperativas para sus destinatarios, las que se le imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, se fundan en que sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas.

Pero como decía el gran maestro Efraín Richard debemos dejar un espacio a la autonomía de la voluntad en el derecho societario, Siempre hemos tratado de alentar la autonomía de la voluntad en la construcción del Estatuto^{iv}

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.

El problema de la inoperatividad de la regulación de determinado tipo social, en lo que respecta a la organización del mismo, es un tópico importante ya que cuanto más sea el número de normas imperativas menor será la posibilidad de que los particulares puedan organizarse de la forma que aquellos consideren, siempre bajo el respecto del ordenamiento jurídico.

Respecto al fundamento de la dispositividad o imperatividad de las normas del Derecho de Sociedades GARRIGUES ha encontrado dicho fundamento en el régimen de responsabilidad de los socios. Es decir, todo estriba en saber si los socios responden por las deudas sociales con su patrimonio o si no lo hacen. En tal sentido, el autor español señala en cuanto al régimen interno de la sociedad que “cuando los socios

responden ilimitadamente gozan de libertad para pactar a su arbitrio sus derechos y obligaciones dentro de la sociedad. El aspecto interno y el externo de la sociedad están separados por una línea tajante (WIELAND), rigiéndose el primero principalmente por prescripciones de Derecho Dispositivo (la responsabilidad ilimitada de los socios garantiza a los terceros contra los pactos que tienen que disminuir el patrimonio social), por el contrario, el principio de responsabilidad limitada del socios somete a cierta rigidez toda la esfera vital de la sociedad, sin distinción entre aspecto interno y externo y con exclusión de las normas de Derecho dispositivo, puesto que el patrimonio social, y no el de los socios, es el único responsable frente a los acreedores, recibe por este hecho una disciplina legal férrea que obliga a los socios a la efectiva aportación e impide la disminución del fondo social en perjuicio de los acreedores (principio de la estabilidad el capital social).”^[v]

3. Normas imperativas en la LGS

Debemos considerar que normas de la ley general de sociedades es imperativa y por ende no disponible por los socios con el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Al respecto podemos decir el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos.

El capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. No podríamos constituir una sociedad sin capital social; o con capital pero sin acciones; o con capital y acciones pero sin asamblea o sin directorio. Ninguno de estos elementos tipificantes puede ser derogado por autonomía contractual. Ellos son de orden público, a un punto tal que cualquier intento por derogarlos dará lugar a la nulidad

También en la redacción actual podemos considerar que la pérdida del capital o llegar a niveles mínimos del mismo son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables. Pero al respecto podemos decir que queda a salvo el ejercicio de autonomía de la voluntad reintegrando el capital social en el caso. La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas.

4. La alternativa de pleno ejercicio de autonomía de la voluntad en el derecho societario argentino .

Debemos considerar que el derecho local recepta al menos dos figuras donde la autonomía de la voluntad de los socios tiene un territorio mayor para actuar, a saber, las sociedades de la sección IV en la Ley 19550 y la Sociedad por acciones simplificada o SAS en ley 27.349 o ley de apoyo al capital emprendedor que crea este nuevo tipo social en el artículo 33.

El régimen societario argentino está fundamentalmente contenido en la Ley General de Sociedades N° 19.550 (LGS) surgido luego de la unificación del derecho privado local ocurrido en el año 2014 y vigente desde el 01/08/2015, ^{vi}pero el tipo social que es objeto del presente se regula a partir de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N° 27.349 (LACE) a partir del artículo 33^{vii}, este es un tema no menor , la S.A.S. es un tipo social pero que se regula en el marco de una ley que tiene la pretensión de ser palanca para el desarrollo de los emprendedores (sería interesante que alguna vez los argentinos dejemos de pensar que con una ley se soluciona un problema sino avanzamos en políticas integrales y consistentes). Conforme la LGS las sociedades pueden constituirse por instrumento público o instrumento privado, artículo 4 LGS, excepto las sociedades anónimas que en virtud del artículo 165

LGS exige que solo lo sean por instrumento público, las SAS pueden ser constituidas por instrumento público, privado (con gran amplitud en cuanto a su certificación) y también de modo digital y de optar por el instrumento constitutivo modelo aprobado por la IGJ (en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) serán inscriptas en el plazo de 24 horas(es interesante considerar que para mí ello no es una virtud dado que sacar una sociedad exprés no creo que sea algo virtuoso , debemos analizar más en profundidad el tipo) . Hasta el año 2015 con la reforma de la Ley 26994 en que se introduce la sociedad anónima unipersonal a partir de la reforma al artículo 1 de la LGS la unipersonalidad societaria estaba vedada en nuestro Derecho a pesar de varios intentos previos de introducirla , dicha reforma genero la denominada SAU la cual por sus especiales características fue rechazada como instrumento idóneo para dotar de instrumentalidad el armado de empresas y a partir de abril del 2017 a través de la LACE al introducir la SAS también permite que la misma pueda tener un solo socio pero con la particularidad de eliminar las exigencias que el legislador del año 2015 le impusiera a la SAU (las cuales luego fueron derogadas en el año 2018) .

Claramente en la SAS tipo societario flexible que a través de su simplicidad permite que la autonomía de la voluntad pueda ser ejercida con más fuerza desde el día en que las personas humanas o jurídicas deciden formarla o bien desde que una persona humana o jurídica de modo unilateral deciden conformar una SAS. Sociedad que presenta indudables ventajas tales como a. La SAS ofrece una gran flexibilidad en su constitución y administración., b. Bajo Capital Inicial, c. Facilidad de Administración con la facilidad de que los socios decidan como organizar la administración con un claro ejercicio de la autonomía de la voluntad. d. Limitación de Responsabilidad. Los socios de una SAS solo responden hasta el monto de sus aportes, protegiendo su patrimonio personal frente a las deudas de la empresa. Pero incluso la ley general de sociedad deja abierto el ejercicio de la autonomía de la voluntad a través de las sociedades de la sección IV. Si bien se llega a este tipo a través de la salida que la nulidad relativa que establece el artículo 17 LGS respecto a las sociedades atípicas que otrora antes del 2015 eran nulas de nulidad absoluta y ahora haciendo efectiva la disposición del artículo 100 de la LGS que reza as causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad. Y en esta sociedad simple hay un mayor ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad en la redacción del contrato social que la rige junto con la disposición de la LGS.

5. Conclusiones:

Bregamos por una posibilidad mayor de ejercicio de la autonomía de la voluntad en el derecho societario. Si bien vemos que hay ya situaciones donde podemos ejercerlo, sería óptimo que los futuros cambios normativos faciliten mas el ejercicio de dicha autonomía, y no puedo menos que cerrar con la frase de ese gran maestro que fue Efraín Richard al decir libertad con responsabilidad. ^{viii}

ⁱ Cfr. SALVAT, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino Fuente de las Obligaciones, T. I, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1950. Cfr. LAFAILLE, Héctor, Derecho Civil, T. VIII, Contratos, V. I., Ediar, Bs. As. 1953.

ⁱⁱ SPOTA, Alberto G., Instituciones de Derecho Civil. Contratos, vol. I. Ed. Depalma. Bs. As. 1984; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos, Edición Actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997.

ⁱⁱⁱ Lo que se traduce en libertad de contratar y libertad contractual; o bien libertad de autodecisión y de autorregulación respectivamente. Cfr., sobre esta última dirección: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, Teoría de los contratos. Parte General, 4ª ed. Zavallia, Buenos Aires,

1997

^{iv}“NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, publicado en Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

^v GARRIGUES, Joaquín, Curso de Mercantil, México: Porrúa, 1984, pp. 324-325.

^{vi}<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm> ^{vii}

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=273567> ^{viii} Libertad bajo responsabilidad, en torno a sociedades. Revista Estudios de Derecho empresario.