

LA LEY 19.550. LEGISLACIÓN MODIFICATORIA Y COMPLEMENTARIA. SISTEMÁTICA Y REFORMULACIÓN. AUTONOMÍA DEL DERECHO SOCIETARIO

María Celia Marsili

SUMARIO:

Se propone la adopción de una nueva sistemática para la legislación societaria que tome en cuenta las nuevas manifestaciones en la materia que resultan de disposiciones modificatorias, complementarias y con vinculación al régimen de la ley 19.550. Se considera que el actual estado normativo puede presentar dificultades de interpretación y aplicación y se toma en cuenta la necesidad de adoptar estructuras ágiles que se adapten a las exigencias actuales, con articulación en los avances tecnológicos. Ello colaborará para crear las condiciones que ayudan a brindar seguridad jurídica y certeza y redundará en un mayor progreso económico y social. La admisión de la autonomía del derecho societario beneficiará la adecuada interpretación y aplicación de la legislación propia de los sujetos y será estimulante y enriquecedora en orden a la creación de soluciones y figuras que respondan a los negocios de cara al futuro.



I. La ley General de Sociedades frente a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y otras regulaciones.

La ley 26.994 dispuso la aprobación del Código Civil y Comercio (en adelante C.C. y C) y la derogación de los Códigos hoy unificados, la fecha de entrada en vigencia del Código, disposiciones derogatorias y normas complementarias y transitorias de aplicación. Asimismo, su Anexo I contiene las normas del C. C. y C. propiamente dichas y el Anexo II la “Legislación complementaria” compuesta por leyes vigentes que integraban, complementaban o estaban incorporadas a los Códigos Civil y de Comercio derogados. La ley 19.550, ahora denominada Ley General de Sociedades, (en adelante LGS) con sus modificaciones, está comprendida en este Anexo II.

Una primera cuestión a plantear es la de la relación entre la LGS y el C.C. y C. Hemos sostenido, antes de ahora, con motivo de la sanción del C.C. y C. que la Ley General de Sociedades 19.550 configura un microsistema normativo autosuficiente de aplicación a los sujetos en ella comprendidos. Sus normas desplazan a las del C.C. y C. sobre personas jurídicas privadas, en caso de situaciones reguladas en ambos ordenamientos. La aplicación de las disposiciones del C.C. y C. queda reservada, si fueren compatibles, a supuestos no tratados en la legislación específica ¹.

De las disposiciones modificatorias introducidas a la LGS cobra particular interés, a los fines de esta comunicación la relativa a la tipicidad societaria. La diferencia sustancial resulta, en especial, de la supresión de la nulidad por atipicidad del artículo 17, ya que la tipicidad se ha mantenido como elemento del concepto de sociedad en el artículo 1º ².

Así las cosas, la infracción de las reglas de la tipicidad deriva en la aplicación de las normas de la nueva Sección IV de la LGS que contiene un régimen de categoría que contempla cuestiones propias la tipicidad de los sujetos societarios y que también acoge a otros supuestos como los de falta de constitución regular, sociedades caracterizadas como de hecho, según el régimen anterior, pero sin requerirse el objeto comercial las sociedades civiles y aún, según alguna doctrina, las situaciones de unipersonalidad infractiva sobreviviente.

En el actual régimen cabe aceptar la posibilidad de constitución deliberada y electiva conforme la Sección IV, ajena a la atribución de torpeza y despreocupación que distinguieron a los supuestos de atipicidad, irregularidad, sociedad de hecho y sociedad en formación regulados con anterioridad. Como corolario de todo lo anterior, pueden expresarse que se ha creado una nueva categoría societaria, que se agrega a los tipos particulares ya previstos. Ello nos conduce a pensar que si tratamos a este supuesto como uno de tipología, entonces el concepto de tipo no podrá pensarse en correspondencia con categorías definidas estrictamente por el estatuto legal o bien que, más allá del tipo, puede existir una categoría de configuración posible, que queda sometida a las prescripciones con-

¹ MARSILI, María Celia en “La ley 19.550 reformada como microsistema autosuficiente para los sujetos en ella regulados” Ponencia presentada al XIV Congreso Argentino de Derecho Societario IX Iberoamericano de Derecho societario y de la Empresa, TI p. 59, Mendoza 2016.

² Para un mayor desarrollo del tema tanto en el inspirador Proyecto de Código Civil como en el actual C.C y C puede consultarse MARSILI María Celia “Reflexiones sobre la tipicidad societaria y las reformas introducidas a la ley 19.550 por la Ley 26994”, en “Temas de derecho mercantil Publicación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Dir. H. Alegría, 2019 Ed. La Ley.

tractuales y a otras legales, concebidas en forma diversa de las de tradicionales en materia de tipo, con amplio margen para la autonomía de la voluntad. Esta modalidad, si bien se reconoce que presenta características de plasticidad hábiles para capturar supuestos variados está alejada de nuestra legislación matricial

Puede sostenerse que así se configura un enfoque que afecta la coherencia estructural del conjunto de la actual normativa societaria. A ello se agrega que se ha dejado sin regulación expresa a supuestos como el de la sociedad civil constituida bajo el régimen del Código Civil derogado, cuyo tratamiento como una razonable asimilación a los sujetos de la Sección IV, ha quedado librado a la interpretación doctrinaria³ y a los organismos de control societario ⁴.

Es en aras al rigor metodológico que ha caracterizado a nuestra legislación societaria que se aspira a que una oportuna reforma de nuestra LGS, de mayor alcance que las anteriores, corrija estas carencias y articule este nuevo enfoque de regulaciones como las de la Sección IV al plexo normativo integral Sin olvidar la subsistencia de la tipicidad estructural que resulta de haberse mantenido el concepto en el artículo 1° de la LGS tras la reforma.

1. La ley de Apoyo al Emprendedor N° 27.349 y la sociedad por acciones simplificada.

En su Título III introduce el régimen de la sociedad por acciones simplificada. Desde el punto de vista metodológico, cabe señalar que se establece un régimen completo para este sujeto, cuya constitución, por otra parte, no queda reservada exclusivamente a las actividades orientadas al desarrollo del capital emprendedor, tratadas por la ley 27.349. Esta sociedad, según el artículo 33 es calificada expresamente como “nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en esta ley”.

Esta expresa declaración descarta la calificación de subtipo que podría haberse insinuado, de no contarse con dicha manifestación. No obstante, en la segunda parte del mismo artículo se dispone que supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la LGS en cuanto se concilien con las de la ley.

El régimen establecido para el nuevo sujeto revela, tanto en las reglas sobre constitución e inscripción, como en las que hacen a su funcionamiento carac-

³ Véase MANÓVIL, Rafael “Las sociedades en la Sección IV del Proyecto de Código” en La Ley T 2012-F

⁴ Como es el caso de la Inspección General de Justicia de la Nación en la Resolución 7/15.

teres de suficiente especialidad como para habérselo habilitado como tipo ⁵, en que se destacan la autonomía y suficiencia de las reglas y las posibilidades de ejercicio de la autonomía de la voluntad del o los constituyentes.

Un mayor rigor metodológico hubiera exigido también la inclusión de las normas en la LGS como un nuevo tipo de los del Capítulo II. Así lo considera parte de la doctrina ⁶ habiéndose señalado también que ciertas reglas generales previstas en la LGS, aplicables a todos los tipos, tienen tratamiento específico y autónomo en la Ley de SAS que, a la vez, proclama la subsidiariedad de la aplicación de las normas de la LGS, lo cual torna imprescindible la incorporación de éstas a la LGS a fin de no contrariar el principio rector de la de tipicidad consagrado en la ley 19.550 ⁷.

Se ha expresado, en este sentido y tomando en cuenta especialmente el caso de la ley 27349 que el derecho societario argentino ha incorporado “modificaciones sustanciales que transforman el régimen hasta ahora vigente” y que podemos hablar de “una crisis de paradigma toda vez que el modelo anterior ha sido profundamente conmovido, aun cuando se mantengan algunas de sus características y enunciados verbales” ⁸.

En nuestra opinión el criterio empleado en la ley estuvo guiado por la prudencia (en orden a la preservación de la LGS) y el propósito de vincular con fuerza al nuevo tipo a los emprendimientos previstos en la normativa en que está inserto. Estos avances, que privilegian la promoción de emprendimientos, pueden afectar la pureza de las soluciones técnicas que es del caso remediar.

⁵ En opinión de Marzorati entre las posibilidades de regulación que comprende la reforma de normas existentes, la creación de un régimen autónomo desvinculado de la ley de sociedades y la adopción de un régimen autónomo pero vinculado al régimen general la regulación argentina ha optado por este último. Manifiesta que “el legislador se ha inclinado tíbiamente por una tercera opción al aplicar supletoriamente la ley 19550, en su parte general para suplir alguna omisión, siempre que fuera compatible”, MARZORATI, Osvaldo “La sociedad anónima simplificada ¿será una realidad? Tomo La Ley 2016-F. V. esp. Nota 2.

⁶ Al pronunciarse sobre el tema expresó Rovira esta conveniencia: “... en aras de no caer en el defecto ya apuntado de incurrir en reformas parciales de la LGS” Rovira A en “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades” Diario La Ley 17/10/16.

⁷ MARTÍNEZ NIELL G. “La creación de la SAS en el proyecto de Ley de Emprendedores y el principio de tipicidad de la LGS en Abogados. Com. 28/12/16.

⁸ CRACOGNA, Dante, p. 97 “Hacia un nuevo paradigma societario en el derecho argentino” p. 97 en Temas de Derecho Mercantil, Dir. Hector Alegria en Publicación del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Ed. La Ley 20.

En efecto, ciertas normas regulatorias de la SAS, más allá de tratar las características específicas del tipo se alejan de normas generales y estructurales de la LGS, en este sentido podemos mencionar, entre otras las relativas a la instrumentación y contabilidad digital, capital social, prestaciones accesorias, y participaciones accionarias⁹.

La experiencia que estamos viviendo en Argentina con la SAS y otros ejemplos en el derecho comparado vigente nos conducen a avizorar la necesidad de crear nuevos diseños tipológicos muy específicos ligados al negocio y aún acompañados de Registros Especiales que, sin duda, requerirán de nuevas estructuras generales.

Valga lo expresado con referencia a otro sujeto de posible regulación especial futura: las sociedades de interés y Beneficio Colectivo, también llamadas empresas B. Éstas se destacan por sus políticas y prácticas vinculadas a altos estándares sociales, ambientales y de transparencia en ellas los socios se comprometen legalmente a tomar decisiones que no solo consideran los intereses de sus accionistas, sino también los intereses de sus públicos de interés: trabajadores, comunidades y proveedores, entre otros.

En nuestro medio estos sujetos se caracterizan como una categoría especial en un proyecto de regulación con trámite parlamentario que permite que los emprendimientos adopten alguno de los tipos comprendidos en la legislación societaria con obligación de los socios de generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad. Se indica la aplicación las reglas de la LGS, en especial a las que les correspondan por el tipo elegido¹⁰.

Las reglas particulares que lucen en el proyecto que se refieren al contrato social, su modificación, deberes de los administradores, control, transparencia y registración nos llevan a considerar que nos encontramos ante un nuevo tipo. Es de destacar que la regulación proyectada parece apoyarse en presuponer que la Empresa B se constituirá como sociedad anónima

Se nota, una vez más, la recurrencia a regímenes autónomos para acoger ciertos particularismos y, si bien en la solución propuesta la admisibilidad de

⁹ El análisis de la aplicabilidad de las normas de la LGS a la SAS se examina en la Comunicación del Dr. Rafael Manóvil a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales del 11 de octubre de 2018 “La SAS y las normas generales de la de Sociedades” publicada por Ed. La Ley en abril de 2019.

¹⁰ Sobre este aspecto puede consultarse “La empresa B del futuro ¿podría ser encuadrada en nuestra actual ley de sociedades Comerciales? CONNOLLY, C., Gherghi, C, MIEREZ, F. y NOEL S. en www.elderecho.com.ar 3/2/14. Etcheverry, Raúl “Creación de un nuevo tipo societario de gran beneficio social. en la del 28 de diciembre de 2015. ANGELICI, Carlo, “Società benefit” en Riv. Digital Orizzonti di Diritto Commerciale, 2017 -2.

apelar también a otros tipos muestra cierta inconsistencia, el tratamiento de la figura vale como tendencia a una cierta diversificación tipológica que respeta la especialidad del objeto y los propósitos del negocio.

III. Consideraciones finales

De un modo lineal y no excluyente de otros particularismos, es posible destacar que en el régimen jurídico argentino de las sociedades se advierte una profunda modificación de ciertos principios estructurales de la legislación de los sujetos. Sin tomar en cuenta la supresión de comercialidad y la posibilidad de constitución de la sociedad por un socio único, que no hemos tratado, podemos mencionar la afectación de los principios rectores en punto a la tipicidad, la composición del capital, los alcances de la autonomía de la voluntad la composición e integración del capital social, el interés social y el destino de los beneficios sociales.

Se destaca también la convivencia entre un estatuto basado en la contractualidad, en cuanto ésta importa la elaboración de reglas convencionales en un marco de opciones que da lugar al ejercicio de la autonomía de la voluntad, con la salvedad de las normas imperativas y el consiguiente control de legalidad y la adopción de modelos destinados a ser instrumentados digitalmente. Se ingresa así en la era de la digitalización del derecho societario en el que no se requiere control preventivo del instrumento constitutivo sino sólo el examen de los elementos variables como la denominación y el objeto social. La vigencia del llamado *company law package* ¹¹.

Se advierte también, en lo que hace a la normativa societaria, una tendencia a regulaciones específicas con diversos grados de autonomía en el diseño de la tipificación y una suerte de decodificación del régimen societario contenido en la ley 19.550, mediante leyes especiales que modifican el estado de las fuentes a tenor de las cuales el legislador trata de disciplinar nuevas materias o renovar nuevos institutos, generando que el intérprete pueda y deba extraer nuevos principios generales al modificarse aspectos esenciales de la regulación contenida en la ley como clásicos y básicos ¹².

¹¹ Sobre la cuestión Maliberti, Corrado, “Tra aspirazioni, difficoltà tecniche e realtà: la proposta di direttiva dell’Unione Europea sulla digitalizzazione del diritto societario” Revista electrónica Orizzonti di diritto commerciale 2018/2.

¹² IRTI, Natalino, “Digesto delle discipline privatistiche”. Sezione civile. Volume VI. Turin. En nuestro medio ello ha ocurrido con leyes como la 21.526 de Entidades Financieras,

En punto a la tipicidad, con la sanción del C.C. y C. y la modificación de la Sección IV de la ley 19.550 se ha desvanecido aquél requisito en materia societaria, valorizándose el principio de autonomía de la voluntad. Lo expuesto lleva a evaluar un posible cambio en la redacción del art. 1 de la ley a fin de suplir la omisión de las sociedades reguladas en la Sección IV. Sin embargo, corresponde reconocer que la tipicidad sigue manteniendo la función de establecer reglas supletorias para los casos en que las partes guardan silencio y es fecunda en otros efectos.

De tal modo cabe analizar la influencia de las normativas sancionadas en la sistemática de la legislación societaria en orden a dilucidar si corresponde mantener ciertos principios estructurales de la materia regulada que han resultado alterados por el contexto normativo. A la vez, conviene identificar estas cuestiones e insinuar una conciliación, considerándose particularmente oportuno el marco del Congreso que habilita a la discusión y provoca la depuración, maduración y aún modificación de las ideas.

Desde luego no será posible en esta comunicación agotar las cuestiones que se presentan y posibles caminos de superación, pero vale el esfuerzo, sobre todo cuando se encuentra en funciones una Comisión designada por el Honorable Senado de la Nación encargada de revisar y reformar la ley 19.550, integrada por distinguidos colegas que sabemos, están atentos a la opinión y predisuestos al debate.

III. Autonomía del derecho societario

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 26.994 en su artículo 2. Las circunstancias expuestas otorgan a la regulación de las sociedades una autonomía normativa que ya viene precedida por la científica y docente y a la que favorece la pérdida de independencia legislativa del derecho comercial, del cual la sociedad era sujeto protagonista.

Esta autonomía le permitirá alejarse de ciertos peligros similares a los que se presentan cuando se discute la tendencia a la homologación entre instituciones del derecho civil y del derecho comercial, que produce una cristalización de este último contrariando su naturaleza y fuentes.

20091 de empresas de Seguros, 24557 de Riesgo del Trabajo, 24241 de AFJP y 26831 de Mercado de Capitales.

Esta semejanza alcanza también al método de investigación que habrá de orientarse al estudio de los hechos económicos que condicionan la construcción jurídica ya que la regulación societaria comercial necesita conocer a fondo una realidad socioeconómica en la que existen asimetrías y desigualdades y elaborar construcciones jurídicas que tengan en cuenta la disparidad de intereses y de poderes sociales y elaborar fenómenos colectivos y organizativos¹³.

En nuestro sistema legal que contempla al sujeto en una única regulación general (que no es civil o comercial y en el que se ha suprimido la sociedad civil) y en leyes especiales, cobra aún mayor interés la autonomía que se sugiere.

La tarea exigirá definir cuándo y en qué términos es plausible construir una categoría sistemática dotada de autonomía respecto de las comunes¹⁴.

Son de aplicación al caso las reflexiones expuestas en Italia a propósito de la denominada “recomercialización” del derecho comercial. Así, se ha expresado que “se trata de atribuir a la autonomía normativa un valor no sólo descriptivo de un conjunto de disposiciones normativas, sino de un propio valor “constructivo”, como un derecho especial fuerte con autonomía respecto del derecho privado general y dotado de principios propios capaces de aplicación analógica sin por ello extinguirla posibilidad de utilizar los principios del derecho privado general en caso de laguna”.¹⁵

Con estos alcances la admisión de la autonomía del derecho societario beneficiará la adecuada interpretación y aplicación de la legislación propia de los sujetos y será estimulante y enriquecedora en orden a la creación de soluciones y figuras que respondan a los negocios de cara al futuro.

¹³ LIBERTINI, Mario Saggi II, “Diritto Civile e Diritto Commerciale. Il método del diritto commerciale in Italia”. *Rivista Orizzonti di diritto commerciale* 2015/3.

¹⁴ ANGELICI, Carlo, “In tema di raccomandizzazione del diritto commerciale” *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione*, p. 7 año 2019, N° 1.

¹⁵ IRTI, Natalino, con cita de Portale, Benedetto y otros autores y con referencia a la empresa en “Un gentiluomo italiano a Heilderberg”, *Rivista cit. en nota* 14, p. 3 y s.