

“LAS PALABRAS Y LAS COSAS”. APLICADO AL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO. UN PEQUEÑO HOMENAJE A FOUCAULT, CERVANTES Y LE PERA

Rocío María Inés Niño

(*Advertencia:* El trabajo que está a punto de leer constituye una opinión personal. Tiene carácter altamente disruptivo y no tiene por qué ser compartido por lector).

“En su forma primera, tal como fue dado por Dios a los hombres, el lenguaje era un signo absolutamente cierto y transparente de las cosas, porque se les parecía. Los nombres estaban depositados sobre aquello que designaban, tal como la fuerza está escrita sobre el cuerpo del león, la realeza en la mirada del águila y tal como la influencia de los planetas está marcada sobre la frente de los hombres: por la forma de la similitud. Esta transparencia quedó destruida en Babel para castigo de los hombres. Los idiomas quedaron separados unos de otros y resultaron incompatibles, sólo en la medida en que se borró de inmediato esta semejanza con las cosas que había sido la primera razón de ser del lenguaje”. (...) “Sin embargo, no está por ello separado del mundo, continúa siendo, en una u otra forma, el lugar de las revelaciones y sigue siendo parte del espacio en el que la verdad se manifiesta y se enuncia a la vez.” (...) “Así pues, saber consiste en referir el lenguaje al lenguaje, restituir la gran planicie uniforme de las palabras y de las cosas. Hacer hablar a todo. Es decir, hacer saber por encima de todas las marcas el discurso del comentario. Lo propio del saber no es ni ver ni demostrar, sino interpretar”¹.

SUMARIO:

Filosofía del lenguaje aplicada al derecho societario. Revisionismo de conceptos de sociedad, capital social, objeto y teoría del órgano en el derecho socie-

¹ FOUCAULT, Michel. “Las palabras y las cosas” Ed. Siglo XXI. Bs. As. 2017. p. 56 y 58.

tario actual, en el marco del surgimiento de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Los dogmas del derecho societario. Visión crítica de los elementos esenciales del contrato de sociedad.



Introducción

La coyuntura del derecho societario actual nos conduce inexorablemente a replantearnos el sostenimiento de ciertos dogmas ².

Así las cosas y en virtud de las limitaciones que presenta en extensión este trabajo, esta autora analizará, sólo algunos (considerando que, eventualmente, no son los únicos) de los elementos que fundamentan tal tesis, pero dejando aclarado que el análisis no se agota aquí.

En este orden de ideas, se pretende correr el velo, en primer lugar al concepto de sociedad, luego a algunos de los elementos esenciales del contrato de sociedad, como lo son el capital y el objeto y por último a la teoría del órgano. A modo enunciativo, algunos de los elementos que no se desarrollan aquí: tipicidad; control de la autoridad de contralor; régimen de las acciones.

Don Quijote de la Mancha y la LGS

La aserción de la introducción del presente trabajo encuentra sustento en el embate final que la nueva figura incorporada al derecho argentino a través de la Ley 27.349 (en adelante LACE): la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS), enmarcada en una nueva visión de los negocios y de la empresa, le ha dado al derecho societario argentino (se caracteriza a este embate como final pues, si bien ya venía sufriendo algunos golpes ³, continuaba en pie).

Comparar el texto de la LACE con la Ley 19.550 (en adelante LGS) nos invita a un viaje semejante al que emprende don Quijote de la Mancha de Miguel de Cervantes Saavedra, en busca de hallar en la realidad lo que “el ingenioso

² La palabra dogma es utilizada aquí en el sentido atribuido por el maestro Le Pera. Así, dogma es un principio carente de función, sea porque nunca la tuvo, fuere porque la perdió ante cambiantes circunstancias. Un dogma nunca es contrastado con la realidad, no se espera de él que sea “práctico” y en todo caso su “practicidad” nunca es medida; el valor “utilidad” es un dato irrelevante respecto del dogma, que vale porque se sabe que “debe” valer. A mayor abundamiento, ver: LE PERA, Sergio, “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”, LL 1980-A-745.

³ Verbigracia la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

hidalgo” había leído en sus libros de caballería. Él debía demostrar a través de figuras que los libros decían la verdad y así, en *su* realidad divisa molinos de viento que se presentan como gigantes, doncellas que rescatar que no son tales, para él una bacía de barbero es el yelmo de Mambrino. La realidad termina burlándose de Don Quijote y deja indefinidamente vacía la palabra de los libros.

En el ámbito que nos convoca, con la nueva legislación, nos encontramos igual de burlados que el Quijote con la reiteración de viejos conceptos, pero bajo nuevas significaciones. De esta manera, lo que pretendo demostrar es que, las palabras no deben erigirse divorciadas de las cosas que dicen significar y que es preciso des-dogmatizarnos.

¿Sociedad que no es tal?

El concepto de sociedad de la LGS, en un marco general de los negocios, donde la tecnología comienza a jugar un papel trascendental, y los elementos que alguna vez se pensaron como esenciales dejan de tener vigencia, para permanecer como meros dogmas, debe de ser revisado. No debemos olvidar que el derecho societario es una categoría histórica ⁴ y como tal debe adaptarse a las nuevas formas de hacer negocios. Así, el concepto de sociedad que contiene la LGS se presenta desde esta visión como anacrónico ⁵.

Tomando como norma la LACE podríamos constituir sociedades muy distintas a las que el legislador de la LGS pensó y, como las normas imperativas de este último cuerpo, al contrario de lo que sostienen otros autores ⁶, no les son aplicables a la SAS, y esto incluye también al art. 13 LGS. De ello se concluye, claramente, que el concepto ha mutado, pues la causa del contrato personificante podrá ya no ser la esbozada por el art. 1 LGS, sino cualquier causa lícita semejante al resto de los negocios jurídicos del derecho contractual⁷.

⁴ ASCARELLI, Tulio. “Panorama del Derecho Comercial” Ed. Depalma. Bs. As. 1949. p. 23

⁵ Ya lo resaltaba Le Pera que la definición contenida en la LSC es un “superconcepto” al que sólo se llega dejando pasar de largo una parte de la realidad. LE PERA, Sergio. *Ibidem*.

⁶ NISSEN, Ricardo A. “La sociedad por acciones simplificadas”, Ed. FIDAS, Buenos Aires, 2018.

⁷ Conf. art. 1012 y 281 Código Civil y Comercial de la Nación.

El capital social. Aportes y prestaciones accesorias

En honor a la brevedad no citaré la ingente doctrina que hay en referencia al tema de la futibilidad del capital social en sus distintas funciones (la que doy aquí por conocida). Claro está, que frente a la forma legal que la LACE le ha dado a este “elemento” del contrato en nada tiene que ver, o se asemeja a aquel concepto de capital que en algún momento fue imperativo sostener o hacer renacer. El argumento principal para derrocar este dogma viene de la mano del ínfimo monto que se exige para su constitución.

Por otra parte, y dentro de esta conceptualización, también los aportes ya no son lo que eran y aquí el art. 42 de la LACE se vuelve a burlar de don Quijote. La LACE permite toda clase de aporte de bienes, ya que a diferencia de lo reglado en la LGS, específicamente, en los tipos SRL y SA, en la SAS no se exige que los bienes aportados sean susceptibles de ejecución forzada. Pudiendo ser bienes dinerarios o no, por lo que los mismos podrían hacerse efectivos a través de diversas clases de prestaciones susceptibles de tener valor económico (v.gr. Influencia en redes sociales).

En este orden de ideas, esta autora considera, asimismo, que las prestaciones accesorias efectuadas por un socio regladas en la LACE, forman parte del capital social, pese a la denominación que la ley le ha dado, a lo dispuesto por la IGJ⁸ y a la opinión en contrario de varios autores⁹. El contexto de la LACE es fundamental para comprender esta tesitura, ya que el mayor y principal aporte del emprendedor será su idea y el desarrollo de la misma. Una obligación de hacer o el trabajo, se presentan en este marco como verdaderos aportes. Ya que es posible afirmar que existe un valor patrimonial separable del sujeto mismo que lo aporta¹⁰. El error del legislador de la Ley 27.349 está en haberlas calificado de accesorias, ya que lo accesorio presupone “algo” principal. Pero, el lenguaje empleado no define o al menos no es susceptible de modificar lo que las cosas son en realidad.

⁸ Res. IGJ N° 6/2017.

⁹ Ver, por ejemplo: VILLANUEVA, Julia “El capital y las prestaciones accesorias en la Sociedad por Acciones Simplificada”. Publicado en LA LEY el 26/03/2019.

¹⁰ Carbonnier, II, vol. 1, p.17 citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en ZANNONI, Eduardo (Dir.) “Código Civil Comentado anotado y concordado”. Tomo 10. Ed. Astrea. 2009. p.49

El objeto social

Otro de los elementos esenciales del contrato que ha perdido su significación con la LACE es el objeto social que, como medida de imputabilidad de los actos a la sociedad en el ámbito de la SAS, claramente, ya no tiene vigencia.

El hecho de permitir un objeto amplio y plural incrementa tanto el espectro de imputabilidad, al punto de casi ser innecesaria en este sentido la teoría del órgano. Ya que entonces, no sólo serán imputables a la sociedad todos los actos que no sean notoriamente extraños (art. 58 LGS). Aquí la realidad de la doctrina de la ultra vires y la SAS se vuelven a burlar de nuestro Quijote, a través de un objeto social que lo permite casi todo (en el marco de licitud claro está).

Entonces ¿qué sentido tiene sostener una disposición semejante al art. 58 LGS? ¿Qué sentido tiene tener un objeto? ¿Con qué pretexto se le exigirá a una SRL o a una SA precisión y determinación en su objeto sin caer en el absurdo?

La teoría del órgano

Desde las teorías que explican la atribución de personalidad a la persona jurídica sumada a la teoría del órgano esbozada por Gierke, excelentemente desarrollada por Colombres¹¹, se diseñó el sistema societario conocido hasta el momento, como canal fundamental para comprender la actuación de entes no humanos en la realidad. Teoría que, apoyándose en un sistema de pesos y contra pesos, controles y competencias, permitiría que la persona jurídica sociedad se desarrollara en el mundo de las personas humanas.

Ahora bien, la LACE no determina más que la necesidad de contar con al menos dos órganos en la SAS, pero no especifica su delimitación, ni la órbita de sus competencias. ¿El representante es un órgano más? ¿Podríamos sostener como pregonaba Otaegui¹² la teoría del mandato? ¿Podríamos prescindir de órganos en una sociedad unipersonal?

En materia orgánica, la ley permite una gran flexibilidad al punto tal que esta autora piensa que podríamos diseñar nuevos órganos, prescindir de ellos, delegar competencias, eximir de responsabilidad al administrador y al representante por culpa ex-ante, entre otras ideas, siempre que fueran funcionales al proyecto

¹¹ COLOMBRES, G. “La Teoría del Órgano en la Sociedad Anónima”, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1.964.

¹² OTAEGUI, Julio C. “Administración societaria” Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Bs. As. 1979. ps. 47 y 48.

en cuestión y que las mismas sean libremente acordadas por los constituyentes de la SAS.

Conclusiones

Las cosas se definen esencialmente por lo que son, independientemente del nombre que les demos. Sin perjuicio de ello, el lenguaje que se utilice es trascendental a los fines de esgrimir las proposiciones que se encuentran ocultas detrás de las palabras utilizadas. Es por ello que, propongo una relectura de los elementos tratados y de todos aquellos que, eventualmente, se presenten como dogmas, postulados ineficientes o anacrónicos de sostener y estudiar en el actual marco del derecho societario.

Es preciso terminar de una vez y para siempre con discusiones que no han salvado a ninguna sociedad de terminar en procesos falenciales, ni han evitado conflictos societarios en el marco de las mismas, ni mucho menos han protegido a las minorías o a los terceros ajenos al negocio sociedad. Por el contrario, no enfocarnos en lo importante y perdernos en discusiones dogmáticas no ocasiona más que perjuicios.

Ahora sí, es preciso en palabras de Foucault “*restituir la gran planicie uniforme de las palabras y de las cosas*”, llamarle a las cosas por su nombre, despojarnos de los dogmas y dejar de tener miedo a la libertad.

Y finalmente recomiendo desempolvvar un viejo libro que, al parecer, ha quedado olvidado en algunas bibliotecas que reza: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”¹³.

¹³ Art. 19 Constitución de la Nación Argentina.