

LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA DETERMINACION DEL CONTENIDO DEL CONTRATO SOCIAL

Susana Alejandra Fridman

Sumario

Frente a la regla de la tipicidad en materia societaria y la aparente rigidez de los tipos admitidos, se plantea actualmente la posibilidad de que los socios adopten, en el acto constitutivo o en su modificación, cláusulas especiales o “atípicas”, que se aparten del reglamento de la ley o incluso deroguen alguna de sus normas. Estas cláusulas responden a distintos móviles y pretenden solucionar diversos problemas cuya enumeración no puede ser exhaustiva, pero pueden principalmente mencionarse las relativas al resguardo especial de las minorías e inversores en las sociedades anónimas cerradas, al gobierno en las sociedades de familia cualquiera sea el tipo societario adoptado, a la transmisión de acciones y cuotas, incluso en el supuesto de muerte del socio, al receso, valuación y liquidación de participaciones sociales, a la situación de bienes aportados en sociedades con actividades particulares, como la actividad agropecuaria, a la compensación del trabajo personal de los socios en esas mismas sociedades, etc. Ahora bien, tales opciones de posible adopción a partir del ejercicio de la regla de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos privados pueden enfrentarse con el llamado “orden público societario”, que determina en definitiva la mayor o menor imperatividad de las normas de las leyes de sociedades y del que puede resultar la invalidez de las “cláusulas atípicas” concebidas por los contratantes. Sin embargo tal problema comienza a solucionarse si en lugar de encerrarlo en la definición del “orden público” se orienta la cuestión hacia la determinación de cuáles normas son imperativas y cuáles no. En esa orientación en primer lugar debe tenerse en cuenta que la taxatividad de los tipos que consagra la ley impidiendo la adopción de estructuras distintas a las tipificadas no implica consagrar su rigidez, y por lo

tanto es en la faz estipulativa donde la autonomía de la voluntad puede ejercerse más plenamente a diferencia de la faz organizativa. Además es preciso considerar que las explicaciones que se dan para fundamentar la imperatividad de las normas de la ley, que resultan tan razonables en las sociedades abiertas, no lo son cuando el referente es una sociedad cerrada; por el contrario, muchas veces demuestran ser contrarias a la realidad, a las necesidades de las partes y a la equidad.

Es factible determinar en la Ley de Sociedades un elenco de normas claramente inderogables y junto a ellas otro importante grupo que puede ser alterado por normas estatutarias que resuelvan situaciones particulares. Puede proponerse como regla orientadora que la adopción por las partes de cláusulas derogatorias de la disciplina legal es lícita hasta tanto la cláusula no modifique el esquema predispuesto por el legislador, o sea, no derogue normas identificatorias *del tipo* que son aquellas que asumen el carácter de imperativas o inderogables.

La alternativa de introducir cláusulas especiales en el contrato social ha sido considerada en los últimos tiempos con mayor énfasis, en aras a viabilizar la formación y funcionamiento de sociedades previendo soluciones a problemas concretos que impiden la asociación o frustran el desenvolvimiento de la actividad de la empresa societaria. No hay mayor duda, que la previsión contractual sobre diversas cuestiones propias de la actividad empresaria puede redundar en beneficio de emprendimientos e inversiones mediante la formación de sociedades, que en muchos casos se detienen por la prevención de los futuros socios o inversores ante estos problemas que las normas de la ley no solucionan. Particularmente la preeminencia de pequeñas y medianas empresas en nuestro país, entre ellas muchas de carácter familiar, justifica un especial interés en el tema.

Ante esta alternativa la invocación del orden público se ha alzado como obstáculo en muchas ocasiones, desde la doctrina, el control administrativo, y la jurisprudencia. Sin embargo habitualmente se utiliza la fórmula del orden público sin reparar en su verdadero y, para algunos, limitado alcance, provocando una "rigidez" en los tipos sociales que no se justifica en el texto de la ley ni en los principios del

derecho societario. Esto determina que sea imprescindible abordar el problema de la imperatividad de las normas societarias.

Al abordar el problema, la doctrina extranjera, principalmente la italiana, coincide en que la autonomía de la voluntad en materia contractual presenta connotaciones muy particulares en el ámbito del derecho societario. El principio de autonomía de la voluntad en los contratos implica, como regla general, tanto la posibilidad de determinar el contenido del contrato típico como la de crear figuras contractuales atípicas. Sin embargo, el reconocimiento de la libertad contractual se muestra complejo cuando el sistema jurídico prevé, junto a la definición general y abstracta de una determinada figura, una serie de hipótesis taxativas dentro de las cuales el legislador considera y disciplina dicha figura: en el derecho societario junto a la definición de la sociedad como contrato aparece la previsión que, de acuerdo a un sistema de tipicidad taxativa, circunscribe las formas que las sociedades tienen que asumir obligatoriamente, como sucede en los artículos 2247 y 2249 del Código Civil Italiano y el artículo 1 de la Ley de Sociedades Argentina.

Esa premisa lleva a poner en primer lugar de relieve que la autonomía negocial en materia societaria se manifiesta plenamente en la *fase estipulativa*, resultando fuertemente limitada en cuanto a la *modalidad organizativa*, ya que la orienta a la elección de uno entre los esquemas disciplinarios adoptados. Esto significa que no obstante la imposibilidad de crear una estructura societaria "atípica", puede en cambio plantearse la *posibilidad de ejercer la autonomía de la voluntad en cuanto a la determinación del contenido del contrato de sociedad*, insertando en un esquema societario típico cláusulas atípicas.

El problema a resolver es entonces, si en un contrato de sociedad conformado a uno de los tipos legales, a los contratantes les es permitido y fundamentalmente en qué medida, formular reglamentos societarios atípicos. Al respecto se ha sostenido, que junto al principio de la taxatividad de los tipos societarios rige el de la "elasticidad de los tipos", y que si el régimen societario impide la adopción de estructuras distintas a las tipificadas, la ley no consagra la "rigidez" de los diversos tipos societarios, los que, por el contrario, pueden ser modificados a través de la inserción de cláusulas atípicas. Sin embargo resulta imprescindible abordar la determinación del límite de admisibilidad de las cláusulas atípicas, esto es, cuándo estas cláusulas alteran de tal modo el reglamento legal que ya resultan incompatibles con el tipo societario y corresponde sancionarlas con la nulidad. En respuesta se

ha sostenido, que la adopción por las partes de cláusulas derogatorias de la disciplina legal es lícita hasta tanto la cláusula no modifique el esquema predispuesto por el legislador, o sea, *no derogue normas identificatorias del tipo* que son aquellas que asumen el carácter de imperativas o inderogables.

En nuestra doctrina, uno de los primeros que señaló la importancia de la determinación del carácter imperativo o supletorio de las normas societarias, fue Gervasio Colombres, uno de los autores del proyecto que luego se convertiría en la Ley de Sociedades Comerciales 19.550. El autor, en un trabajo clásico sobre el orden público en el derecho comercial, denunció ante todo la impropiedad de hundirse en la noción de “orden público”, y la oportunidad, en su lugar, de centrar el problema en la “calidad” de las normas, esto es, en la determinación de cuáles normas son de cumplimiento imperativo y cuáles no. Partiendo de que la imperatividad es la excepción, sostuvo que cuando no parezca precisada del análisis de los esquemas legales, habrá que recurrir al estudio de los principios generales del derecho vigente, comenzando por los respectivos de la figura jurídica de que se trata, y la calidad de la norma examinada resultará del examen generalizador. En esa oportunidad señaló el interés primordial que en el derecho societario adquiere la fijación de la imperatividad, o sea la determinación de cuáles son las estipulaciones de la ley que pueden ser derogadas por convención, debido a la naturaleza de contrato de organización que el acto constitutivo inviste y a la compleja normación del vínculo societario en el contrato o estatuto y sus efectos respecto a terceros. En una primera respuesta, confirma la imposibilidad de las sociedades atípicas, a la vez que explicita supuestos de normas societarias imperativas y no imperativas o derogables.

Opiniones más recientes en la doctrina nacional, subrayan ante todo que nuestra ley de sociedades no contiene una norma que, al igual que la ley alemana de sociedades por acciones, declare expresamente que los estatutos sociales solamente pueden apartarse de las normas contenidas en la ley cuando la misma lo admita, por lo cual en nuestra legislación, al no estar expresada, la imperatividad debe resultar de una interpretación que debería operar con carácter restrictivo en cuanto implique limitar la autonomía privada. La restricción, para esta corriente de opinión, actúa como excepción, y se justifica en cuanto estén en juego intereses de terceros, acreedores e inversores, pautas que a la vez sirven para evaluar la imperatividad de las normas.

Además de esas premisas, esta doctrina ha agregado dos observaciones que son sin duda aportes relevantes para responder al problema planteado. La primera señala que es preciso diferenciar entre tipos y sub-tipos, como por ejemplo entre sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas cerradas o de familia, ya que mientras en las primeras el interés público resulta manifiesto, la existencia y la actividad de las segundas son normalmente indiferentes a la comunidad; pero a la vez en éstas, las minorías requieren de una especial atención estatutaria para no quedar sujetas a la opresión mayoritaria, como así también es preciso brindar soluciones al bloqueo de decisiones asamblearias y administrativas, situaciones que en las sociedades anónimas abiertas normalmente no se presentan de la misma manera, pues el socio disconforme puede acudir a la venta de sus acciones en el mercado para salir de la sociedad. La segunda constata que, junto a un elenco de normas claramente inderogables (arts. 13, 17, 18, 19, 30, 32, 62, 68, 69, 197, 245, 263, etc. LS), otro importante grupo puede ser alterado por normas estatutarias que busquen soluciones particulares, para lo cual deberá determinarse su imperatividad o derogabilidad utilizando pautas como las antes referidas y diferenciando entre tipos y sub-tipos.

La caracterización de las normas societarias y el ámbito en que la autonomía de la voluntad puede extenderse está lejos de ser un problema resuelto, más allá de la tendencia a aumentar el territorio de aquélla. No obstante, los casos particulares que se irán presentando pueden ser evaluados a la luz de los parámetros precedentes, juzgando las cláusulas autorregulatorias en el contexto de las circunstancias particulares, entre ellas el objeto social, el tipo societario elegido, el carácter de sociedad abierta o cerrada y su compatibilidad con las normas identificatorias del tipo. No hay duda sobre la necesidad y utilidad de un amplio debate con la finalidad de alcanzar consenso a efectos de modernizar el sistema asociativo, marchando hacia la concepción de una estructura con bases simples en las que se puedan desarrollar relaciones de colaboración estables y con una gran libertad de organización del andamiaje interno de la sociedad.

Bibliografía

ASCARELLI, T., *Corso di Diritto Commerciale*, Milano, 1976.

- BAKMAS, Iván, “Sociedades Anónimas y orden público”, La Ley 2001-F.
- BAKMAS, Iván, “Sociedades Anónimas y orden público.- La normativa constitucional. Las sociedades cerradas”, La Ley 2001-F-1448.
- BAKMAS, Iván, *Los contratos y las leyes de orden público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- BEDUSCHI, C., *Tipicità e Diritto*, Bologna 1984.
- CAMARA, H.-ANAYA, J. y otros, *Anomalías societarias*, Bs. As., 1998.
- CARMIGNANI, S., *La Società in Agricoltura*, Milano, 1999.
- CASSOTTANA, M., “Tipicità delle società e autonomia privata”, in AA.VV., *Le società di persone*, Milano, 1995.
- COLOBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Abeledo Perrot, Bs. s., 972.
- COLOBRES, Gervasio R., “El orden Público en el Código de Comercio”, en J.A. 1964-I-23, Sec. Doct.
- DALMATERLLO, A., “Società tipiche e clausole atipiche”, *Rivista di Dottrina Commerciale*, 1960.
- EMBI DIRUJO, José M., “Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y Derecho de Sociedades de Capital”, en *Revista del Derecho Comercial y las Obligaciones*, año 32, Depalma, Bs. As., 1999, pág. 205.
- ESPINA, Daniel, *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- GALGANO, R., *Il contratto di società. Le società di persone*, Padova, 1980.
- GALGANO, F., *La società per azioni. Le altre società di capitali*, Padova, 1980.
- GHIDINI, M., *L'Impresa Familiare*, Milano, 1989.
- MARSILI, María Celia, “Orden Público Societario y autonomía de la voluntad” en *Sociedades Comerciales. El problema de la Tipicidad*, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2003, p. 119.
- MASRI, Victoria, “En busca de la libertad para las sociedades de familia”, en *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*, Ad-Hoc., Bs. As., 2004, p. 43.
- PERDICES HUETOS, Antonio B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997.
- SPADA, P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

SPADA, P., “Dalla nozione al tipo della società per azioni”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1985.

- “La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura” en *Rivista di Diritto Civile*, 1989.

- “Autorità e libertà nel diritto della società per azioni”, *Rassegna di Diritto Civile*, 1996.

VITOLLO, Daniel, “Necesaria flexibilización del régimen legal de sociedades anónimas en el caso de sociedades de familia”, en *Conflictos en sociedades cerradas y de familia*, Ad-Hoc., Bs. As., 2004, p. 9.