

La sociedad a medida. La autonomía de la voluntad y las sociedades

Walter Rubén Jesús Ton

Un nuevo paradigma ha aparecido en el mundo societario, la falta de tipicidad no es castigada con la nulidad y la autonomía de la voluntad ha pasado a ser un pilar en el nuevo código civil y comercial y en la ley de sociedades.

Esta combinación nos permite que podamos armar una sociedad a medida, que podamos olvidarnos del traje de confección que los operadores del derecho nos hemos visto obligados a utilizar.

Si bien la tipicidad no ha desaparecido, se ha creado un “nuevo tipo” que es la sociedad “sin tipo”.

En el mundo económico y empresario la libertad contractual es muy importante. Cada uno debe poder armar un contrato a su medida.

Con esto ¿se termina la protección que se ha dado a los acreedores a través del tipo? Creemos que no. El que contrata debe saber con quien está contratando y de acuerdo a eso tomar las previsiones necesarias según el tipo societario.

La publicidad se traslada de lo que venía siendo solo el registro público, a ser también el conocimiento que tienen los intervinientes en el negocio jurídico.

Felicitemos esta posibilidad que va a permitir al mundo empresario formar su sociedad conforme a sus necesidades, adaptada a las nuevas figuras y realidades económicas que en estos últimos tiempos vienen surgiendo.

Desarrollo

Si bien se ha dictado una nueva legislación general en materia civil y comercial, no se han derogado muchas de las leyes existentes, algunas como La Ley de sociedades han sufrido algunas modificaciones pero han seguido vigentes.

Estos microsistemas legislativos, no derogados tienen prelación en la interpretación sobre las normas generales, pero no son totalmente autosuficien-

tes, son complementados en sus ausencias normativas por las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación.

La reforma operada en La Ley de Sociedades Comerciales, hoy ley general de sociedades, ha hecho prevalecer al igual que el nuevo código la autonomía de la voluntad, habiendo quitado rigidez a las normas, en especial a las comerciales, a fin de que los operadores del derecho puedan lograr una mejor adaptación de sus contratos a la realidad económica que les toca afrontar.

Por supuesto que no es una libertad sin límites, las llamadas normas inderogables no pueden ser suplidas por la voluntad de las partes, debiendo respetarse la buena fe, no abusarse del derecho y el orden público.

La importancia de la autonomía de la voluntad en el código civil y comercial

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial admite la libertad de contratación como uno de sus pilares fundamentales. El Artículo 958 da plena libertad a las partes para celebrar los contratos, y determinar sus contenidos, dentro de los límites impuestos por La Ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, restringiendo las facultades de los jueces que no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza La Ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Hay que recordar el Artículo 965 del CCCN que indica los derechos resultantes de los contratos que integran el derecho de propiedad del contratante.

Así la voluntad de las partes es respetada en la ejecución y en la interpretación del contrato. Por ello el intérprete, se debe atener a lo que las partes quisieron expresar; y es esto, lo que permite que se pueda desarrollar un contrato que refleje las necesidades de las partes.

El art. 962 CCCN dispone que “...las normas legales relativas a los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, a menos que de su modo de expresión, de su contenido, o de su contexto, resulte su carácter indisponible”

Este nuevo ordenamiento al hablar de la interpretación normativa en los contratos en su Artículo 963 CCCN ha sido muy claro al expresar que cuando concurren disposiciones de este código y de alguna ley especial se aplicarán conforme al siguiente orden de prelación: las normas indisponibles de La Ley especial, las de éste código y luego las normas particulares del contrato antes de las normas supletorias de La Ley especial y del Código.

Pero surge la pregunta de ¿Cuáles son las normas inderogables?

El eje es distinguir lo legalmente previsto de manera indisponible en forma absoluta, y en forma relativa; de lo legalmente previsto de manera supletoria (disponible).

Y la llave a tal efecto es la renunciabilidad asociada a los intereses particulares.

De manera tal y siguiendo este orden de ideas, si nos detenemos en el Artículo 386 CCCN, que nos indica que la nulidad es absoluta, cuando los actos contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres; y es relativa, cuando solo protegen el interés de alguna persona. Esto es concordante con lo dispuesto en el art. 958 CCCN que lo impone como límite a la libertad de contratación. Siendo la única diferencia apreciable entre las dos normas, que la segunda también indica como límite La Ley, pero ante ello vale preguntarse ¿Cómo juega el orden público? Por tanto no será cualquier ley. Ya hemos mencionado que en la interpretación del contrato La Ley es supletoria de la voluntad contractual.

¿Se puede pactar una solución distinta a La Ley?

Cuando se afecta un interés particular puede ser acordada libremente por las partes y si deja de lado normas indisponibles daría lugar, a una mera nulidad relativa ya que no ha comprometido el orden público, la moral ni las buenas costumbres y dicha nulidad es subsanable y confirmable.

No debemos olvidarnos tampoco del Artículo 944 CCCN que indica que toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por La Ley siempre que esta renuncia no esté prohibida.

Todo esto hay que hacerlo jugar con lo normado por el Artículo 1.067 CCCN “...la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

Y el principio de conservación del Artículo 1066 CCCN prevé que “... si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato”.

¿Cuáles serían los límites establecidos a esa contratación?

Límites a la autonomía de la voluntad

El capítulo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación establece límites a la voluntad omnimoda de las partes

La buena fe consagrada por el Artículo 9 del CCCN , se trata no solo de un principio del derecho sino una base de la actuación del ser humano, la buena fe debe presidir todas las actividades que se desarrollen en la convivencia humana.

El abuso del derecho incorporado en el Artículo 10 CCCN que pretende que sólo sea posible el ejercicio regular de los derechos, pero no el ejercicio abusivo de los mismos.

No debemos olvidar el quizás más importante de los límites el ORDEN PÚBLICO que podemos demarcar como aquellas normas positivas, absolutamente obligatorias donde no cabe transigencia ni tolerancia, dado que afecta a los principios generales de una sociedad como dice el Artículo 12 CCCN Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a La Ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa⁹⁶.

La situación actual en la ley general de sociedades

Veamos La Ley de sociedades que en su Artículo 1º indica que habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

¿Conforme a los tipos previstos? Por tanto ¿Solo serán sociedades las organizadas conforme a uno de los tipos previstos en esta ley?

Al seguir con la lectura de La Ley nos damos cuenta de que no es así. El Artículo 17 LGS si bien indica que Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. Inmediatamente, después de la

⁹⁶ GAGLIARDO, Mariano, Esencia del contrato en el Código Civil y Comercial, Como dice Mariano Gagliardo. “No todo lo querido por las partes es permitido y, al igual, existen conductas que aun posibles no son lícitas. Es que la libertad contractual no es absoluta ni ilimitada y, en nuestros días, se acentúan las restricciones a aquella. La voluntad privada no puede derogar “las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12 del CCyC)”. Publicado en: RCCyC 2016 (mayo), 223 Como dice Mariano Gagliardo.

reciente reforma operada, permite la excepción indicando que en caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.

La sección IV es muy amplia con respecto a las sociedades incluidas acogiendo a aquellas que no se constituyan con sujeción a los tipos del Capítulo II, o que omitan requisitos esenciales o que incumplan con las formalidades exigidas por esta ley, indicando que se rigen por lo dispuesto por esta Sección.

Acá comenzamos a notar la posibilidad de gran libertad contractual para estas sociedades que han dejado de ser sancionadas.

La actual ley de sociedades en el Artículo 22 indica que el contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

Al igual que el Artículo 23 que dispone que “Las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios.

En las relaciones con terceros cualquiera de los socios representa a la sociedad exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica”.

Con respecto a los bienes registrables permite que puedan inscribirse a nombre de esta nueva sociedad .

¿Habrá normas indisponibles en nuestra ley de sociedades?

Opinamos que sí, ejemplo de ello son las estipulaciones que prohíbe efectuar la misma ley de sociedades en su Artículo 13, disponiendo que son nulas a saber cuando: 1) Alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se les excluya de ellos, o que sean liberados de contribuir a las pérdidas; 2) Que al socio o socios capitalistas se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias; 3) Que aseguren al socio su capital o las ganancias eventuales; 4) Que la totalidad de las ganancias y aun en las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes; 5) Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

También serían normas indisponibles porque La Ley las castiga como nulas de nulidad absoluta en el Artículo 18 a las que tengan objeto ilícito, o en el Artículo 19 cuando realice actividades ilícitas y en el Artículo 20 las que tengan un objeto prohibido.

Existen otras normas de carácter indisponibles como la prohibición del Artículo 32 LGS “Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aún por persona interpuesta”.

No sería una norma indisponible porque puede subsanarse conforme al Artículo 25 LGS las sociedades incluidas en la sección cuarta que omita requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales.

Conclusión

El plexo legislativo existente hoy en nuestro país permite constituir **sociedades a medida** de las necesidades de los participantes de las mismas, por supuesto con las limitaciones de no afectar la buena fe, abusar del derecho y el orden público y además no poseer estipulaciones nulas en su contrato, ni violar normas que son indisponibles en el sistema legislativo actual.

Esto puede significar un crecimiento del mundo comercial y empresario, si es bien utilizado, o dar lugar a situaciones muy injustas si el uso no es adecuado.

Esperamos que se utilice apropiadamente permitiendo al mundo empresario formar una sociedad conforme a sus necesidades.