

**La autonomía de la voluntad
y el orden público societario.****Fridman, Susana A.***Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas.**9 de Julio N° 1.049 –Local 5- C.P. 3.400 Corrientes –República Argentina-.**Teléfono del Lugar de Trabajo: 03783 – 436443-424079. e-mail susanafridman@hotmail.com***Formulación del tema y/o asunto**

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.

Esta alternativa ha sido introducida, en los últimos tiempos con mayor énfasis, en aras a viabilizar la formación y funcionamiento de sociedades previendo soluciones de problemas concreto que impiden la asociación o frustran el desenvolvimiento de la actividad de la empresa societaria.

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.

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.

No hay mayor duda que la solución de estas cuestiones 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 en nuestra región la preeminencia de pequeñas y medianas empresas, entre ellas muchas de carácter familiar, justifica un especial interés en el tema.

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. De modo que el alcance de la imperatividad de las normas societarias se constituye en uno de los aspectos centrales de la investigación.

Ello es así pues, en efecto, la invocación del orden público se ha alzado en muchas ocasiones, desde la doctrina, el control administrativo, y la jurisprudencia, como óbice para la adopción de las referidas cláusulas.

Frente a esta actitud, se acusa de utilizar una fórmula, esto es, la de orden público societario, 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.

Así lo entienden quienes esgrimen una diferencia entre el concepto de “orden público” y “las leyes imperativas”, llegando a sostener incluso que, por el carácter patrimonial de las relaciones que se derivan del contrato de sociedad, resulta muy difícil encontrar nulidades absolutas en el ordenamiento societario. Es decir, para éste sector de la doctrina, los derechos reconocidos en normas calificadas como de orden público no podrían ser renunciados por los sujetos amparados; sin embargo, los derechos reconocidos a través de normas imperativas de carácter societario, contenidas en la ley 19.550 en protección a los socios, podrían ser perfectamente renunciados o no ejercidos por ellos.

En una posición contraria están quienes sostienen que existe plena identificación entre la ley imperativa y de orden público, de lo cual desprenden que la imperatividad es característica de las normas de orden público, se implican unas a otras, existiendo una identificación entre ellas.

Esto ha provocado un renovado debate sobre el alcance del orden público societario actualmente en curso, en el que todavía no se ha logrado una clarificación satisfactoria, lo que moviliza el interés por este tema de investigación.

Es necesario una permanente referencia mental a los principios constitucionales relativos a las libertades individuales y a la separación de poderes para asegurarse que las restricciones a la autonomía de la voluntad no importen una violación de los principios constitucionales.

A partir de lo antedicho, tema de investigación será el de las cláusulas contractuales especiales o “atípicas” en las sociedades típicas de la Ley de Sociedades, conveniencia de las mismas y validez frente al llamado orden público societario.

Materiales y Métodos:

El tema así formulado nos lleva en primer lugar a la indagación sobre el alcance del “orden público societario”, el carácter imperativo o derogable de las normas de la Ley de Sociedades.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005

En segundo lugar, la investigación se dirigirá a la determinación de los problemas habituales que se pretenden solucionar mediante la adopción de cláusulas “atípicas”, las cláusulas utilizadas o propuestas en la práctica contractual y la formulación de cláusulas adoptables. Finalmente, el análisis de tolerancia de dichas cláusulas por parte del sistema legal societario, esto es, su validez o invalidez.

Se realizará una investigación de tipo explorativa y descriptiva, centrada en mostrar, primeramente, la posibilidad de elaboración de la base informativa de la investigación.

El método del trabajo será el tradicional inductivo-deductivo, hasta lograr los objetivos propuestos, así como también se empleará la analogía y la abducción, tan propicias para el campo jurídico.

Desarrollo:

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 por ejemplo los artículos 2247 y 2249 del Código Civil Italiano y el artículo 1 de la Ley de Sociedades Argentina.

De allí entonces, que es preciso poner en primer lugar de relieve que la autonomía comercial 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.

Ahora bien, la imposibilidad de crear una estructura societaria “atípica”, lleva a la doctrina a 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; concretamente si en un contrato de sociedad conformado a uno de los tipos legales a los contratantes les es permitido, y en que 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.

A partir de allí, el problema que se formula la doctrina es el de la determinación del límite de admisibilidad de las cláusulas atípicas, esto es, cuándo estas cláusulas alteran de tal modo el reglamento legal que ya son 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 Colombes, uno de los autores del proyecto que luego se convertiría en la Ley de Sociedades 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 inderogables.

Más recientemente autores como Celia Marsilli y Iván Bakmas han renovado el interés en el tema.

Bakmas indica que una de las cuestiones que provoca el llamado orden público societario es la pugna que normalmente ocurre al tiempo de registrar los estatutos o sus modificaciones entre los socios que defienden la autonomía de su voluntad y la autoridad administrativa o judicial que le niega validez a la cláusulas estatutarias acordadas. Subraya al respecto 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, para el autor, debe 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, 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

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005

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, aunque al mismo tiempo 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. De modo 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.

Celia Marsilli por su parte dedicó una reciente monografía a la tipicidad societaria, con un capítulo específico sobre los márgenes de la autonomía de la voluntad. Sigue allí, la orientación precedentemente consignada y aunque advierte una vez más, que se trata de un problema irresuelto, profundiza el análisis a través de los aportes de la Jurisprudencia nacional que, si bien no absolutamente ha tenido oportunidad de pronunciarse en conflictos suscitados por la validez de cláusulas.

Es evidente que 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. Los casos particulares irán presentando los extremos a evaluar, ya que la cláusula autorregulatoria deberá interpretarse en el contexto de las circunstancias, entre ellas el tipo societario elegido y el objeto social.

Éste panorama nos permite advertir que el estudio de la cuestión propuesta está en sus fases preliminares, pero ya se cuenta con elementos y orientaciones suficientes para profundización.

Conclusiones:

Del análisis efectuado podemos extraer las siguientes aseveraciones:

La interpretación de la ley de sociedades denota una tendencia al formalismo, a la rigidez y a la imperatividad de sus normas que, en lugar de brindar la flexibilidad necesaria para que ellas permitan dar solución a un mayor número de situaciones, la han convertido en un instrumento rígido y autoritario.

La imperatividad de las normas de la ley, al no estar expresada por el legislador, deberá resultar de la interpretación restrictiva de los jueces cuando ello corresponda.

El derecho societario debe limitarse a establecer las normas que regularán los derechos entre los socios, la sociedad y los terceros, dentro de los principios del sistema político y económico adoptado por la Constitución.

La estructura de la sociedad cerrada plantea problemas muy distintos a los existentes en las sociedades abiertas, que no se pueden resolver dentro de estrictas normas de orden público pensadas para éstas últimas. Es por ello que, al analizar la imperatividad de las normas se debe ante todo precisar el sujeto al cual se aplicará la norma indicando en cada caso si se está hablando de sociedades anónimas abiertas o cerradas.

Si bien el gran poderío económico justifica el interés del Estado, el mismo está relacionado no con el contrato social sino con la actividad económica. Por lo tanto no es fundamento apto para suprimir la autonomía de la voluntad de los socios en la conformación del estatuto social, ya sea que se trate de sociedades abiertas o cerradas.

La comunidad científica intenta cambios que están partiendo de un amplio debate con la finalidad de alcanzar un gran consenso, a efectos de modernizar el sistema asociativo, marchando desde 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.
 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.
 COLOMBRES, Gervasio R. "Curso de Derecho Societario" Parte General, Abeledo Perrot, Bs.As 1972.
 COLOMBRES, Gervasio R. "El orden Público en el Código de Comercio", en J.A. 1964 -II-23, Sec. Doct.
 DALMATERLLO, A. - Società tipiche e clausule atipiche - Rivista di Dottrina Commerciale, 1960.
 DE NOVA, G. - Il tipo contrattuale - Padova, 1974.
 EMBID IRUJO, 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.
 FARINA, J.M. "Tratado de Sociedades Comerciales", Parte General y Especial Tomos I al IV Zeus - Bs. As.1.998.
 FERNANDEZ, R "Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial", Bs.As., 1998.
 FERRARA, F. "Gli Imprenditori e le Società"
 FRANCESCHELLI, R. - Imprese e Imprenditori 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.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL NORDESTE
Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005

- GHIDINI, M. "L'Impresa Familiare", Milano, 1989.
- HALPERÍN, Isaac – OTAEGUI, Julio C. "Sociedades Anónimas" 2da., Depalma, Bs. As. 1998.
- LE PERA, S "Cuestiones de Derecho Comercial Moderno", Bs.As., 1998.
- MARSILI, María Celia "Orden Público Societario y autonomía de la voluntad" en "Sociedades Comerciales. El problema de la Tipicidad", Rubinzal-Culzoni Ed., Bs.As. 2003, pág. 119.
- MASCHERONI, Fernando – MUGUILLO, Roberto "Régimen Jurídico del socio. Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales". Astrea, Bs.As. 1996.
- MASCHERONI, Fernando "Manual de Sociedades Comerciales" Ed. Universidad –Bs. As. 1987.
- 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, pág. 43.
- NISSEN, Ricardo Augusto "Panorama Actual del Derecho Societario", Ad. Hoc Bs.As., 2000.
- NISSEN, Ricardo A. "Curso de Derecho Societario" Ad. Hoc. – Bs. As. 2001.
- PERDICES HUETOS, Antonio B. "Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones", Civitas, Madrid, 1997.
- POLO, Antonio – MENÉNDEZ, Aurelio – SÁNCHEZ CALERO, Fernando y otros "Sociedad Anónima o S.R.L.", Civitas, Madrid, 1992.
- RICHARD, Efraín – ORLANDO, Muiño "Derecho societario, sociedades comerciales, civil y cooperativa", Astrea, Bs.As., 1997.
- RICHARD, EFRAÍN HUGO "Derecho Societario: Sociedades Comerciales", Zeus – Bs. As. 1.993.
- SPADA, P. – La tipicità delle società – Padova, 1974.
- SPADA, P. – Dalla nozione al tipo della società per azioni, en Rivista di Diritto Civile, 1985.
- SPADA, P. – La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura - en Rivista di Diritto Civile, 1989.
- SPADA, P. – Autorità e libertà nel diritto della società per azioni – Rassegna di Diritto Civile, 1996.
- VERÓN, Alberto – ZUNINO, Jorge "Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales", Astrea, Bs.As., 1984.
- VILLEGAS, C. "Sociedades Comerciales", Bs.As.,
- VÍTOLO, 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, pág. 9.