

Contractualización del derecho de la empresa. Sociedades cerradas*

Por Ignacio A. Escuti

1. Contractualización del derecho de la empresa

La “contractualización” del derecho de la empresa, ya lo señalaba Irti¹ hace casi cinco lustros, en gran parte impulsada en lo teórico desde el *law and economics*, vinculada al *corporate governance*, como una prolongación de los conceptos mencionados: “*Venu d’ Outre-Atlantique, via la Grande Bretagne*”, como dicen Malherbe y Lambrecht², nos hace acordar a la expansión del viejo y venerable derecho romano³. En algún sentido similar se ha expresado acertadamente Convert, quien habla de la “dinámica de la evolución”, fundada en los hechos y en el cambio paulatino (o abrupto) de las ideas rectoras⁴, muchas veces no citadas ni resaltadas como fuente inspiradora. Es muy ilustrativo conocer el pensamiento de los alemanes, como Schmidt y Baums, de un francés como Couret, quien se refiere al tercer sistema en el derecho francés, después de la reforma del 2001, y desde la perspectiva del derecho inglés lo hacen Dine y Villiers en una obra reciente sobre las sociedades cotizadas⁵.

Como puede verse la “contractualización” de las relaciones empresarias que se expande en el mundo de modo imperial, constituye uno de los temas “filosóficos” emergentes de la escuela del análisis económico del derecho nacida en Estados Unidos de América y es un tópico de moda de la globalización.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ “Pronto se pone de manifiesto que la ley contemporánea asume poco a poco decidido carácter contractual” (Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 30).

² Malherbe, Jacques - Lambrecht, Philippe - Malherbe, Philippe, *Droit des sociétés. Précis*, Brussels, Bruylant, 2004, *avant-propos*, p. X.

³ El *common law* y el *statue law* van difundiendo mediante la internacionalización creciente de la economía y de las normas del nuevo imperio, el norteamericano, que se expanden por el mundo. Sin embargo, hay que tener presente el gran poder de los jueces en Roma, que también fue imperial.

⁴ Convert señala la influencia de Estados Unidos de América como principal proveedor de capitales y actual modelo normativo de referencia para el mundo (Convert, Laurent, *L’impératif et le supplétif dans le droit de sociétés*, Paris, LGDJ, 2003, p. 2).

⁵ *Derecho de sociedades anónimas cotizadas*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006. En dicha obra encontramos los siguientes trabajos: para Alemania, Schmidt, *La junta general en la ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del derecho de sociedades anónimas*, t. I, p. 27 y ss.; Baums, *El Código alemán de gobierno corporativo del año 2002. Relaciones entre la regulación legal y la autorregulación*, t. I, p. 65 y ss., para Francia, Couret, *El tercer sistema en el derecho francés después de la reforma de 2001*, t. 1, p. 119 y ss., y para el Reino Unido, el trabajo de Dine y Villiers, t. I, p. 135 y siguientes.

La distinción de imperativo y supletorio en el derecho societario⁶ a la luz de dicha “contractualización”, aunque con un sentido iconoclasta, al menos para nosotros los latinos (relaciones contractuales entre la sociedad como poder empresario con los múltiples interesados en el desarrollo de la actividad empresarial) como lo señala recientemente Pérez Carillo, cuando trata al respecto, desde la evolución conceptual y metodológica, y también lo hace la doctora Honoris Causa de la Universidad de Lueneburg Aparicio González⁷.

2. Libertad, orden público e imperativo

Los límites a la libertad se deben imponer consagrando como imperativos solamente lo insoslayable y en los casos relevantes, que son casi exclusivos de las grandes empresas y de las sociedades abiertas o cotizadas, donde se va pasando del imperativo societario al orden público del mercado de valores, que por los intereses públicos en juego, como regla, no pueden ser afectados por la autonomía de la voluntad⁸.

En nuestro derecho el tema de lo imperativo y supletorio se ha debatido, como normalmente ha ocurrido, vinculado al estudio del controvertido concepto de orden público⁹, que para Colombres ha significado una perturbación demasiado seria, y sobre el que se ha expedido autorizada doctrina que ha utilizado diversos calificativos que van desde desesperanza hasta perplejidad¹⁰.

⁶ Colombres sostiene que desarticulado el fantasma del orden público, el problema fincaría en un solo asunto: determinar cuáles normas son de cumplimiento imperativo y cuáles no (Colombres, Gervasio R., *El orden público en el Código de Comercio*, en “Libro del centenario del Código de Comercio”, Bs. As., 1966, p. 194). Halperin, Isaac - Otaegui, Julio C., *Sociedades anónimas*, Bs. As., Depalma, 1998, p. 756. Pocas veces, como en este caso, se ha visto una obra de un gran maestro, como lo fuera Halperin, actualizada por Otaegui, otro gran maestro; en ella se advierten con toda claridad los pensamientos de uno y otro. Claro está que al actualizador no le hace falta apropiarse del pensamiento del autor originario para mostrar su maestría y solvencia. También se había expedido al respecto con similar maestría, con anterioridad a la reforma de la ley 22.903, donde el art. 251 hablaba de norma violada de orden público (Otaegui, Julio C., *Invalidez de actos societarios*, Bs. As., Ábaco, 1978, especialmente p. 422).

⁷ Pérez Carrillo, Elena, *Gobierno corporativo en la Unión Europea. Evolución conceptual y método*, Revista del Derecho Mercantil, n° 257, 2005, “categoría que sobrepasa a los accionistas” (p. 1039); se refiere a la sociedad como “ficción” que sirve de nexo a un conjunto de contratos explícitos o implícitos que afectan a una variedad de interesados (p. 1043). Aparicio González, María L., *Gobierno corporativo: entre el derecho y la ética empresarial*, Revista del Derecho Mercantil, n° 257, 2005, p. 1131 y siguientes.

⁸ Producto de su experiencia profesional en Inglaterra, España y Francia, señala la influencia de Estados Unidos (Convert, *L'impératif et le supplétif dans le droit de sociétés*). El orden público “bursátil” es el que se impone sobre lo “societario” (p. 131). Bajo el § 2 habla del *développement de l'influence anglo-saxonne* y de la difusión del inglés, como lengua usual de las sociedades cotizadas (p. 137) (ilustrativa la nota 260, *shareholder value* y *ROE return on equity*).

⁹ Colombres, *El orden público en el Código de Comercio*, en “Libro del centenario del Código de Comercio”, p. 191.

¹⁰ Con motivo de la reforma de 1968 del Código Civil, polemizaron Llambías (quien distingue entre normas imperativas y de orden público) y Borda (quien no hace distinciones y equipara conceptos) (Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003; Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003). Pueden confrontarse Borda (*Tratado de derecho civil. Parte general*, t. I, p. 69) y Aparicio, en su magistral obra (*Contratos*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 1997, p. 93) con toda claridad disiente con Borda y distin-

Otaegui se había manifestado al respecto con singular maestría cuando en el art. 251 se refería a norma violada de orden público (con anterioridad a la reforma de la ley 22.903); el maestro señalaba que cabía entender que cuando se había referido a la norma violada como de orden público lo había hecho en el sentido de norma imperativa, pues las leyes de orden público constituían una categoría distinta¹¹.

Para el autor esto significaba grandes diferencias porque la acción de nulidad, invocando la violación de orden público era “imprescriptible”, mientras que la acción de nulidad de una deliberación o decisión asamblearia violatoria de una norma imperativa estaba sujeta a “caducidad”; posteriormente el maestro explicaba, que por razones de interés público, tal solución (caducidad) era aplicable exclusivamente a las SA (por razones de certeza que hacen al funcionamiento de las SA en las que se halla de por medio el “interés público” de los arts. 301 y 303). Finalizaba Otaegui diciendo que en los restantes tipos estaban sujetos a prescripción y no a caducidad¹², entre los que obviamente estaban las SRL.

3. ¿Libertad económica o fraudes punibles?

Sin embargo, todo ello tiene una proyección funcional notable a la luz de la proclamada libertad contractual y de los límites en el moderno derecho societario, tal como lo ha puesto de relieve en el derecho francés del siglo XXI Schiller¹³, quien parte de la base de la insuficiencia de los criterios de pertenencia al orden público¹⁴ y señala que tal noción es difícil de utilizar, para determinar el carácter obligatorio de una regla técnica, cuando habla del proceso evolutivo vinculado con lo que llama las “conexiones radicales”¹⁵.

Desde ya hay que señalar que es imprescindible consagrar legislativamente y en general, mayor margen para la autonomía de la voluntad en el marco de una gran libertad contractual asegurada por los diversos Estados y ello debe hacerse mediante un adecuado y previo análisis del desarrollo económico e institucional de cada país y de su interés nacional.

Todo mediante una oportuna diferenciación de situaciones pues, como se dijo, también es necesaria la consagración de claros límites legales mediante un importante número de normas imperativas y de un adecuado sistema punitivo, que tenga en cuenta los diversos riesgos penalmente relevantes o irrelevantes propios de la

que entre norma imperativa y norma de orden público. Bueres, Alberto J. - Highton, Elena I., *Código Civil*, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 1995, p. 20 y ss., con comentarios de Kaller de Orchansky y Ferreira Rubio.

¹¹ Otaegui, *Invalidez de actos societarios*, p. 416 a 422.

¹² Otaegui, *Invalidez de actos societarios*, p. 416 y 417.

¹³ Schiller, Sophie, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 2002, quien presenta diversos cuadros y estadísticas porcentuales de las características de las normas específicamente societarias, haciendo referencia a diferentes criterios (reglas de orden público, supletorias y no calificadas), p. 29 a 32.

¹⁴ Incursionamos colateralmente en el tema en *Aproximación a la nulidad absoluta en derecho societario*, en “Anomalías societarias. Homenaje a Héctor Cámara”, Córdoba, Advocatus, 1992, p. 151 y siguientes.

¹⁵ Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, p. 19.

actividad económica empresarial, como surge de la obra colectiva: ¿Libertad económica o fraudes punibles?¹⁶

Es que no puede prescindirse de ciertas normas rígidas e imperativas, especialmente para las sociedades que acuden al mercado de capitales, como *à propos de la délinquance en col blancs* y deben tenerse en cuenta las modernas tendencias penalizantes, a la que Chaudet califica como típica de la *école française*¹⁷.

En Italia, luego de la reforma societaria del 2003, se abren nuevos derroteros, ya que se habla de la responsabilidad de la sociedad por el delito de los administradores¹⁸ con motivo del desarrollo de las actividades empresarias, y esto lo ha explicado claramente Galgano en su incorporación a la Academia Nacional de Derecho. En dicha península se tiende a sancionar a las empresas, como consecuencia de los delitos cometidos por los administradores, como forma de que los accionistas estén atentos al desempeño de los gestores del patrimonio social.

4. Sociedades cerradas con socios con responsabilidad limitada

Hay que tener presente, como lo ha señalado recientemente Schmidt, que no existe “la” sociedad anónima, sino una realidad heterogénea bajo el cobijo de una sola forma jurídica¹⁹. Y parafraseando a Jaeger y Denozza, muchas reglas legislativas e interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales pueden aparecer como absurdas, para quien pudiere identificar a las sociedades de capital con uno solo de los fenómenos cobijados por las leyes²⁰.

Pero es importante seguir, al menos en ordenamientos como el argentino, con la distinción tipológica básica entre la sociedad anónima cerrada y la SRL y también se impone una diferenciación normativa e interpretativa entre las anónimas cerradas y las SRL, si no se quiere perder de vista la concepción y el rumbo inicial de cada tipo social, desde la perspectiva de la evolución histórico-cultural de cada país en particular.

Es el enfoque riguroso de la SRL el que ha estado imperando en la Argentina desde hace bastante tiempo, aunque la situación se ha agravado desde la desafortunada reforma introducida por la ley 22.903, que en nada ha favorecido el desarrollo de la SRL como prototipo prevalentemente orientado hacia la mediana o pequeña empresa.

Curiosamente, la legislación societaria argentina impone mayores límites a la autonomía de la voluntad a la forma social que surgiera como modo de limitar la responsabilidad de los socios en las pequeñas y medianas empresas. Basta pensar que el legislador de 1972 concibió la SRL como una verdadera sociedad intermedia entre

¹⁶ Silva Sánchez, Jesús M. (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

¹⁷ Chaudet, François, *Droit suisse des affaires*, Brussels, Bruylant, 2004, p. 9.

¹⁸ Lancellotti, Gianfranco, *La responsabilità della società per il reato dell'amministratore*, Torino, Gippichelli, 2003.

¹⁹ Schmidt, Karsten, *La junta general en la ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del derecho de sociedades anónimas*, en “Derecho de sociedades anónimas cotizadas”, t. I, p. 29. Es asombroso que ello ocurra con y a partir del hasta hace poco inmovible sistema alemán.

²⁰ Jaeger, Pier G. - Denozza, Francesco, *Diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 240.

las colectivas y las anónimas cerradas, reconociendo diferencias importantes según el número de socios (2 a 5; 6 a 19 y 20 a 50), en diversas cuestiones, tales como el régimen de mayorías y el de la transferencia de las cuotas sociales.

Sin embargo, no regulaba adecuadamente el régimen de responsabilidad de los administradores que estaba asimilado al de la SA, y solamente permitía personalizar la gerencia cuando se daban ciertas condiciones contractuales especiales. Además y esto parecía imperativo, cada cuota daba derecho a un voto (todas debían ser de igual valor), y el régimen de los aportes (bienes aportables, plazos y condiciones de integración) era similar al de las SA, aunque agravado por la consagración de una garantía personal y solidaria entre los socios respecto de terceros; tampoco admitía (ni se admite) el aporte de industria, lo que sería conveniente revisar. Pareciera, como supo decir Rojo, que el legislador en general y el argentino en particular llega cansado para regular la SRL, que se ha basado enteramente en un reenvío permanente a las normas de la SA²¹.

Sin embargo, también hay que tener presente que la ley 19.550 de sociedades comerciales argentina –en adelante LS– en su texto originario concibió a la SA como un instrumento de una ductilidad tal como para que posibilitara encuadrar normativamente un amplio espectro de situaciones empresarias. En efecto, tal como lo ha señalado Fargosi dicha ordenanza societaria (de la que fuera corredor) puede cobijar desde una SA muy compleja con un ordenamiento completísimo hasta una SA netamente familiar²² con un estatuto muy simple al permitir una amplísima variedad de estipulaciones estatutarias (con o sin consejo de vigilancia, y con una auditoría externa).

Desde entonces la SRL está en total desventaja legislativa respecto de la SA cerrada (cuya metodología constitutiva se utiliza para todas las sociedades anónimas) en lo que hace al tema de los aportes de los socios y régimen del capital social; en efecto, el régimen de los bienes aportables es prácticamente el mismo, pero en la SRL existe la garantía por los aportes del art. 150 (no integración de aportes en efectivo y sobrevaloración de los aportes en especie) que la ley no contempla para la SA. En lo que hace al aumento de capital social ocurre algo similar (art. 151 y su mayoría de más de la mitad del capital social, *versus* los arts. 188 y 234, 235 y 244 para la SA); aunque, claro está, podría sostenerse lo contrario a lo expuesto, argumentando que la mayoría más exigente es para proteger el personalismo en las decisiones.

Con las normas limitativas del número máximo de socios (art. 146) la regulación de la SRL presenta injustificadas restricciones para que puedan explotar grandes empresas con muchos socios (el máximo es cincuenta) y lo propio acontece con el inexplicable exiguo capital mínimo exigido para la constitución de las SA (art. 186) y las normas que imponen la sindicatura obligatoria, cuando el capital de la SRL alcanza el monto previsto en el inc. 2° del art. 299 (art. 158). Lo propio ocurre en simi-

²¹ Cfr. el importante cambio reciente en Italia en Laurini, Giancarlo (dir.), *La riforma della società a responsabilità limitata*, Ipsoa, 2004, *presentazione*, p. XXI.

²² Ngo Ba Thành, *La sociedad anónima familiar*, Barcelona, Editorial Hispano Europea, 1963. La vietnamita, doctora en París y Barcelona, master de Derecho Comparado de la Columbia University, fue absolutamente pionera al menos en español. También es imperdible el prólogo de Antonio Polo, quien ya hace referencia a las asambleas unánimes y a la polémica al respecto, entre Uría y Valet de Goytisolo, y termina hablando de las sabias enseñanzas dejadas por la autora.

lares circunstancias con las asambleas (art. 159, flexibilidad de la convocatoria aparte) más allá del desafortunado sistema de consultas por escrito, que no parece haber triunfado en el mundo.

Paradójicamente, la ley societaria vigente (especialmente luego de la reforma de la ley 22.903) trata a la SRL como un tipo societario mucho menos flexible que la SA cerrada. A nuestro juicio no puede regularse a la SA cerrada con menor rigor que la SRL, pues en tal caso la desaparición de ésta en el corto o largo plazo es cosa segura.

El régimen de la SRL debería ser mucho más flexible y maleable que el actual; ello por imperio de una mayor libertad contractual propia de la autonomía de la voluntad. Hay que promover la derogación de muchas normas imperativas y el establecimiento de reglas supletorias modificables, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, más allá de ciertos comienzos “incentivadores” mediante estatutos o contratos tipo, que debieran ser promovidas por las autoridades de control. Los problemas de la SRL deben ser tratados como cosas de los socios y no acercarse ni remotamente a concepciones como las emergentes de la concepción de la “empresa en sí”²³.

Hay que revitalizar el viejo concepto de la *afectio societatis*, aquella voluntad igualitaria (sin perjuicio de los porcentajes) de constituir y permanecer en sociedad que tienen los socios, y que fuera el componente esencial de las originarias sociedades colectivas y que luego se proyectara a las demás formas sociales. Ello tiene una proyección funcional notable en el moderno derecho de las sociedades de capital cerradas. Es ilustrativo el reciente tratamiento del tema en el moderno derecho francés por Schiller²⁴.

Para colmo los criterios diferenciadores o igualadores entre la SA cerrada y la SRL se estrecharon luego de la ley 22.903 de reforma, que permitió el control individual del accionista permitiendo la prescindencia de la sindicatura y el directorio unipersonal, mientras que la SRL siguió con una gerencia con responsabilidades asimilables a la de los directores de la SA y se permitió, como principio general, una teórica e irrelevante libre transferencia de las cuotas sociales, carente de mayor sentido atento a la falta de mercado y en este sentido igual que las SA cerradas. Para el caso y en la práctica es exactamente lo mismo ser un cuotista de una SRL que un accionista de una SA cerrada.

Además, mantiene en términos imperativos un “supuesta necesaria igualdad de valor y de derechos” de las cuotas sociales: “cada cuota social sólo da derecho a un voto y rigen las limitaciones de orden personal previstas para los accionistas de la sociedad anónima en el art. 248”, dice expresamente el art. 161 de la LS. Por el contrario la SA puede emitir acciones sin derecho a voto, o con preferencias patrimoniales, o con derecho de hasta cinco votos por acción (arts. 216 y 217). En consecuencia, la SA cerrada tiene ventajas al permitirse expresamente, tanto las acciones de voto plural y las acciones sin voto: la regulación de la SA sugiere mayores flexibilidades que la SRL, la que todavía no puede acceder a los mercados de valores más allá de los esfuerzos que se están realizando. Lamentablemente, al igual que en el

²³ Cfr Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.

²⁴ Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés*, p. 73 a 80.

viejo régimen español, la SRL diseñada por el legislador argentino es en la práctica una SA sin acciones, como elocuentemente lo señalara en su momento Girón Tena.

5. La necesidad de reforma de la SRL

El régimen legal de la SRL es raquítrico y se apoya en la SA como sociedad capitalista, esto es un ente con socios limitadamente responsables (pero a diferencia de la SA con la garantía por los aportes), regido por similares principios y normas, con algunas simplificaciones de funcionamiento y algunos pocos elementos personalistas mayores, todavía exclusivos en términos legales (decisiones de los socios sin necesidad de asamblea, sistema complejo y de dudosa aplicación práctica²⁵) y la exclusión del socio que puede ser objeto de pacto en una SA cerrada²⁶.

El arquetipo de diseño moderno de SRL es el régimen recientemente puesto en vigencia en Italia y que fuera diseñado por la Comisión integrada por Galgano²⁷, quien señaló que de la reforma del 2003 emerge una diversa concepción de SRL, que era una verdadera sociedad de capital a ultranza, y que por el contrario hoy se presta sobre todo para ser considerado un tipo verdaderamente intermedio entre la sociedad de personas y la sociedad por acciones, donde las relaciones externas son como las de las capitalistas y la estructura interna se puede modelar como un tipo de sociedad esencialmente personalista²⁸.

Hay que despejar un error común que ha tenido nuestra doctrina al pasar por alto que la SRL italiana era una sociedad esencialmente capitalista muy alejada de nuestra regulación que tuviera origen netamente francés²⁹. Luego de la audaz reforma italiana del 2003 cuya SRL ha sido calificada como uno de los aspectos más innovativos y significativos de toda la “*riforma del diritto societario italiano*”³⁰ las cosas han cambiado sustancialmente en el mundo jurídico peninsular, y a nuestro juicio para mejor. Presenta sus bemoles la reforma de la SRL en España, reformulada por la comisión integrada por distinguidos juristas como Rojo que pareciera excesivamente reglamentarista; sin embargo y más allá de soluciones contradictorias con la regulación de las SA cerradas, dicha ley ha significado un gran progreso jurídico en la península ibérica³¹.

²⁵ Tal como surge de la escasísima experiencia argentina. Cagnasso, Oreste, *Le decisioni degli amministratori e dei socio di SRL adottate mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto: una semplificazione?*, en “Studi in onore del profesor Vincenzo Buonocore”.

²⁶ Escuti, Ignacio A., *Sindicación de acciones y exclusión del socio*, RDCO, 2005-389.

²⁷ Galgano, Francesco, *Il nuovo diritto societario*, en “Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia”, t. XIX, Padova, Cedam, 2003, p. 473.

²⁸ Serra, Antonio, *Sguardo d'insieme*, en “La nuova SRL”, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 255, Milano, Giuffrè, 2004, p. 3, *modello organizzativo di SRL riconducibile a livelli del tutto analoghi a quelli delle società di persone*. Sin embargo, Meoli, M, *I finanziamenti dei soci nella SRL*, en Di Baucó, Cristina, “La nuova SPA e la nuova SRL”, Milano, Giuffrè, 2004, p. 313, *la disposizione di maggiore importanza è sicuramente quella collocata nella disciplina delle SRL (art. 2467, rubricato “Finanziamenti dei soci”)*.

²⁹ Halperin, Isaac, *Sociedades de responsabilidad limitada*, Bs. As., Depalma, 1975.

³⁰ Di Abriani, Niccolò y otros, *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 271.

³¹ Fernández de la Gándara, Luis, *La SRL en el sistema español de sociedades de capital*, en “Derecho de SRL. Estudio sistemático de la ley 2/1991”, McGraw-Hill, 1996, p. 13. Los redactores de la ley de SRL han optado, en suma, por un modelo de SRL integrado al mismo tiempo por elementos

En su momento se ha planteado una pseudo-encrucijada entre la posibilidad de personalización de la SA familiar (aunque todavía faltarían algunas diferenciaciones importantes) y la flexibilización de la SRL como instrumento de las pequeñas y medianas empresas, que lamentablemente no ha sido debidamente recogida por las reformas legislativas efectivizadas ni por el proyecto de reforma del 2005.

La solución razonable, al menos por el momento, es propiciar, a diferencia del proyecto del 2005, una reforma legislativa que contemple ambos tipos sociales en forma adecuada y a la SRL con todas las normas que le puedan facilitar su actividad competitiva con la SA cerrada; ello hasta tanto el tráfico demuestre por cual de las alternativas (personalización de la anónima cerrada, familiar o no flexibilización de la de la SRL) se inclina o, llegado el caso, si así lo impone la realidad que es lo que nosotros pensamos que debe ocurrir, por el mantenimiento de ambas opciones como alternativas tipológicas permanentes utilizadas en la vida empresaria por los hombres de negocios.

Desde ya anticipamos que no tienen sentido proponer la unificación entre los dos tipos societarios, que en la argentina son “dos marcas registradas distintas”, más allá de las falencias legislativas señaladas precedentemente.

Para un adecuado diseño integral de los tipos sociales usuales los prestigiosos proyectistas argentinos del 2005 debieran haber sido mucho más audaces con la SRL, en gran medida como lo fueron los legisladores españoles (1995), primero y los italianos después (2003). Tal crítica no empece la encomiable labor, en general, a la que nos hemos referido con motivo del proyecto de reforma del 2005³². Un tema vinculado a tales diferenciaciones es el de un razonable capital mínimo para la SA (actualmente ridículo: \$ 12.000) y uno máximo en la SRL (que felizmente no existe en la actualidad), y a su número máximo de socios (actualmente cincuenta), cuestiones éstas que consideramos altamente inconvenientes; tópicos estos que tampoco deberían ser regulados como lo hace el proyecto de reforma. La reforma proyectada en el 2005 debe reformularse totalmente en lo atinente a la SRL de conformidad a lo señalado precedentemente.

6. Interpretación y nuevos límites de la autonomía privada

La “leyenda” de la SA nacida a la sombra del prestigio de las grandes empresas³³, ha ido condicionando la mente de los juristas y jueces como la de los legisladores y las soluciones legislativas. Y hay que recordar que cuando las normas de derecho positivo no dan una respuesta acertada a los problemas que plantea la realidad se termina dando entrada a la “ideología” e incluso la “psicología” personal de

personalistas y capitalistas, sirviéndose de una fórmula organizativa que, según se declaran en la propia Exposición de Motivos, trata de ocupar un espacio equidistante, entre la pequeña sociedad anónima y la sociedad colectiva, pero dotada del beneficio de la responsabilidad limitada.

³² Nos expedimos *in extenso* apenas conocido el anteproyecto del 2003 y elaboramos nuestro artículo sobre sindicación de acciones, que fuera publicado bastante después, *RDCO*, 2005-298.

³³ Cfr. Porzio, Mario - Rispoli Farina, Marilena - Rotondo, Gennaro, *La riforma delle società per azioni non quotate*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 198, Milano, Giuffrè, 2000. Y también Benazzo, Paolo - Patriarca, Sergio - Presti, Gaetano, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n° 246, Milano, Giuffrè, 2003.

cada uno de los involucrados³⁴, para impulsar los cambios e interpretaciones doctrinarias o judiciales –incluso previo a las reformas legislativas– cosa deseable que ocurra con mayor frecuencia.

Urge la reforma de la SRL, máxime en la época de la descodificación de la que habla Irti³⁵ o de la post codificación como prefieren algunos y de la reforma permanente de la que se refiere Schmidt, mediante la “enmienda continua” del derecho, de lo que se ha dado en llamar “de derecho constante” de la que hablan los franceses, tal como lo manifiesta Le Cannu³⁶.

Pero mientras tanto, a la luz del régimen de la autonomía de la voluntad estudiado en España recientemente para las sociedades de capital por Espina en una brillante tesis³⁷ y con pautas comparativas con las actuales normas de la SA cerrada, cabe preguntarse si bajo las normas del Código Civil (art. 1197) y de la Constitución nacional (art. 14 y conchs.) cabría alguna clase de interpretación evolutiva, tal como lo sostenía Carnelutti y lo sostiene Alegria³⁸, referida a distintos tópicos.

Así y sin olvidar la problemática de los límites de la tipicidad o de la sanción por atipicidad³⁹ enumeramos, sin carácter exhaustivo diversas hipótesis:

¿Es el régimen de la SRL de orden público?

¿Las normas sobre la SRL de redacción imperativa son inmodificables por voluntad de los socios?

¿Podría pactarse que algunas cuotas sociales den derecho a un voto y otras tengan cinco votos?

¿Podría mediante el pacto en contrario prescindirse de la sindicatura y del régimen de asambleas obligatorias en los casos del art. 299?

¿Podría pactarse que el número de socios pueda exceder de 50 integrantes?

Posiblemente, y en general las respuestas deberían ser afirmativas, y el límite práctico quizás se encuentre en los terceros: por aquello de que no pueden proyectarse los efectos de los contratos en forma perjudicial para los mismos. En consecuencia, quizás podría estar vedado pactar en lo referente a la garantía por los apor-

³⁴ Cfr. Fernández, Tomás R., *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid, Iustel, 2005, p. 37.

³⁵ Irti, *La edad de la descodificación*.

³⁶ Schmidt se refiere a una especie de reforma permanente en el derecho de sociedades anónimas (*La junta general en la ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del derecho de sociedades anónimas*, p. 32). Según Le Cannu el Código de Comercio opera a *à droit constant* (Le Cannu, Paul, *Droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 4).

³⁷ Espina, Daniel, *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

³⁸ Carnelutti, Francesco, *Teoría general del derecho*, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 314. Ver también el magistral aporte de Alegria, Héctor, *Breve apostilla sobre la flexibilidad en la interpretación de la ley concursal*, Suplemento de Concursos y Quiebras, La Ley, 7/9/04, p. 13 y siguientes. “Holmes argumentó que el tribunal debía ser muy lento para derogar actos legislativos” (Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación contractual*, tr. M. G. Rubio de Casas y S. Valcárcel, Madrid, Civitas, 1991, p. 223).

³⁹ Cfr. Marsili, María C., *La tipicidad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2003; Fernández de la Gándara, Luis, *La atipicidad en el derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977. Morello, Aurelio, *Le società atipiche*, Milano, Giuffrè, 1983.

tes y que estos no fueran oponibles a los terceros: ¿pero que pasaría si lo aceptan los terceros?

Difícilmente podría derogarse el régimen de responsabilidad de los administradores, absurdamente similar al de la SA. Pero en cualquier caso, hay que interpretar las hipótesis de responsabilidad más benignamente que en la SA.

Todo ello en lo posible y en función de los hechos concretos y su magnitud y trascendencia social: ¿es que el régimen de responsabilidad de los gestores sociales puede ser más rígido y severo que en la SA? ¿Podría haber tres gerentes y uno solo responsable por los eventuales ilícitos en el ejercicio del poder societario, a la manera de la delegación de funciones (art. 274, párr. 2º)?

El último interrogante al respecto podría ser: ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?⁴⁰

Todo ello en función de los nuevos vientos de la autonomía privada que vienen, incluso del viejo continente, conforme lo ha señalado con autoridad Sánchez Calero cuando dice: “los trabajos contenidos en el presente libro pretenden conciliar, en algunos aspectos muy puntuales pero fundamentales, dos sistemas de cultura jurídica tan opuestos como el representado por los países continentales y los países de derecho anglosajón, a los que hay que añadir las peculiaridades de los países escandinavos”⁴¹.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.

⁴⁰ Paz-Ares, José C., *Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL*, en “Tratando de la sociedad limitada”, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997. Pound, Roscoe, *Evolución de la libertad*, Granada, Comares, 2003.

⁴¹ Sánchez Calero, Francisco J., en Ossorio Serrano, Juan M. (coord.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Universidad de Granada, 2005.