

Sistema de derecho societario actual

(Repensando el derecho societario)

Sebastián Balbín



**UNIVERSIDAD AUSTRAL
EDICIONES**

Sebastián Balbín

sbalbin@austral.edu.ar

Sebastián Balbín ejerce ininterrumpidamente la docencia universitaria desde 1992. Ha obtenido el título de doctor, dos maestrías en Derecho (MDE y LLM) y una en negocios (MBA). En la actualidad es profesor asociado a cargo de la cátedra de Derecho Societario de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, de la que ha sido vicedecano y donde se desempeña como subdirector del Departamento de Derecho de la Empresa. También es profesor invitado para el dictado de clases en numerosas universidades de la República Argentina y América Latina. Es Director de la *Revista Argentina de Derecho Societario* y ha publicado siete libros y un gran número de artículos sobre derecho mercantil.

Desde 1990, es asesor en temas de derecho corporativo, concursos y quiebras, reorganización societaria, resolución de conflictos societarios y contratos empresariales.

Índice

| | |
|---|----|
| Primera parte | 13 |
| Introducción general. Claves de lectura para este trabajo | 15 |
| 1.1. Primera clave. Una nueva realidad mercantil examina al derecho societario | 15 |
| 1.2. Segunda clave. Dos principios fundamentales y un régimen de instrumentación | 17 |
| 1.2.1. Los modos del nuevo derecho societario y la irrupción de las formas simples | 20 |
| 1.3. Tercera clave. El derecho societario y su diferencia con las demás ramas del derecho | 22 |
| 1.4. Cuarta clave. La homogeneización normativa y la competencia entre Estados | 23 |
| 1.5. Quinta clave. El problema del proceso en materia societaria | 24 |
| | |
| Segunda parte | 27 |
| Sobre aquello que el derecho societario debe mantener | 29 |
| 2.1. Personalidad diferenciada | 29 |
| 2.1.1. Proceso histórico | 30 |
| 2.1.2. Teorías en torno a la personalidad jurídica diferenciada | 38 |
| 2.1.2.1. Primer grupo. Teorías de la ficción | 38 |
| 2.1.2.2. Segundo grupo. Teorías negatorias de la personalidad | 41 |
| 2.1.2.3. Tercer grupo. Teorías de la realidad | 46 |
| 2.1.2.4. Cuarto grupo. Teoría de la institución | 50 |
| 2.1.2.5. Quinto grupo. Teorías normativas | 51 |
| 2.2. Limitación de responsabilidad | 54 |
| 2.2.1. Necesariedad | 54 |
| 2.2.2. Proceso histórico, primera parte. La sociedad de capital | 56 |

| | |
|--|---------|
| 2.2.2.1. Breve reseña de su evolución en el derecho argentino | 63 |
| 2.2.2.2. Proceso histórico, segunda parte. Limitación de responsabilidad propiamente dicha | 67 |
| 2.3. Un derecho societario regulador de máquinas de producción. Perspectiva económica | 77 |
| 2.4. Sobre otros beneficios derivados de la responsabilidad limitada | 85 |
| 2.4.1. La limitación de responsabilidad ante el universo de acreedores voluntarios | 86 |
| 2.4.2. El dilema del acreedor involuntario | 94 |
| 2.4.2.1. El acreedor involuntario e hipervulnerable | 98 |
| 2.4.2.2. Tratamiento dado al acreedor involuntario | 101 |
| 2.4.2.3. A modo de conclusión respecto del acreedor involuntario | 107 |
| 2.4.3. La desestimación de la personalidad frente al fraude | 111 |
| 2.4.3.1. Desestimación e inoponibilidad | 112 |
| Tercera parte | 115 |
| Sobre aquello que el derecho societario necesariamente debe mantener | 117 |
| 3.1. Formación e imputación de la voluntad del ente. Organicismo | 117 |
| 3.2. Criterio general | 118 |
| 3.3. El órgano y la formación de la voluntad social | 120 |
| 3.4. El organicismo en las formas societarias simplificadas | 122 |
| Cuarta parte | 125 |
| Sobre aquello que la normativa societaria necesariamente debe contemplar | 127 |
| 4.1. Revisión del alcance de la tipicidad en materia societaria. Hacia las formas simplificadas | 134 |
| 4.2. La autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario | 137 |
| Quinta parte | 141 |
| Sobre aquello que el derecho societario debe revisar o suprimir | 143 |
| 5.1. Capital social | 144 |

| | |
|--|------------|
| 5.1.1. Anacronismo de los principios y funciones atribuidos al capital social | 145 |
| 5.1.1.1. Adecuación y suficiencia | 145 |
| 5.1.1.2. Función de producción | 148 |
| 5.1.1.3. Función de garantía | 148 |
| 5.1.1.4. Determinación de la intensidad con que se ejerce el estado de socio | 152 |
| 5.2. Innecesariedad de un objeto social obligatorio | 153 |
| 5.3. Cláusulas que presuponen abuso. Las llamadas cláusulas leoninas | 155 |
| 5.4. El abandono de la noción tradicional de causa-fin del contrato de sociedad | 163 |
| 5.5. La inutilidad de la tuición preventiva en materia mercantil y el derecho al beneficio | 167 |
| Bibliografía | 171 |

Primera parte

Introducción general. Claves de lectura para este trabajo

El presente estudio excede la descripción de normas particulares correspondientes a diferentes sistemas societarios occidentales y atiende mayormente —o intenta hacerlo— a los efectos de ciertas cuestiones relacionadas con el comercio, partes y terceros. También se ocupa, aunque tangencialmente, del rol que cabe a Estados, tribunales y registros en la producción de esos efectos.

Asimismo, el trabajo se vincula inescindiblemente con algunas ideas sobre las que es necesario advertir previamente al lector. De allí que se considerara conveniente incluir una introducción general que resumiera las cinco claves de lectura de la obra, de modo de aclarar el contexto en que deben ser leídos cada uno de los tópicos que en esta se tratan. Solo una vez concluida la lectura de todo el trabajo, estas claves también pueden servir como sus conclusiones.

1.1. Primera clave. Una nueva realidad mercantil examina al derecho societario

La revolución digital —y su aceleración—, que en esencia se reduce a un nuevo marco tecnológico al servicio de las relaciones sociales y económicas, atraviesa todo orden normativo existente. Un nuevo entorno sociodigital, que incluye cuestiones como la globalización de las redes, la capacidad de registrar, acumular, segmentar y transmitir información,

pone en evidencia la distancia que existe entre el mundo actual y el de apenas unas pocas décadas atrás. Inéditos conocimientos aplicados a la producción y la constante creación de nuevos servicios y la forma de brindarlos también están transformando las relaciones sociales.

Es necesario redefinir el hábitat, capacidades y comportamientos del individuo en sus actividades, lo que es tanto como redefinir las reglas —ello incluye las normas jurídicas— a las que debe sujetarse.

En este sentido, la conciencia histórica del derecho de sociedades aún gira mayormente en torno a un mundo industrial. Apenas ha comenzado la tarea de actualizar o descartar institutos centenarios.

Proyectos como Estrategia Europa 2020 vienen trabajando en el sentido de consolidar un círculo virtuoso de interrelación provechosa entre la innovación y el espíritu empresarial con el ánimo de potenciar un mercado de inversión en empresas innovadoras.¹ Sellos y firmas digitales, sistemas de registro desintermediados, *smartcontracts*, *blockchain*, *tokens*, sociedades digitales descentralizadas, son apenas la punta de un iceberg de impensadas innovaciones. Solo desde el entendimiento de esto y del vértigo de los cambios —por tanto de la forma en que se desarrollan los negocios— el derecho podrá dar respuestas adecuadas.

En el ámbito societario, mecanismos informatizados de comunicación han transformando el marco de las relaciones internas, comenzando por un nuevo modo en ejercicio de algunos derechos del socio (información, representación, voto). En lo operativo, los tipos tradicionales ya no son vehículos eficientes para desarrollar nuevas formas de hacer negocios, lo que abre paso a la inclusión de formas societarias simplificadas, de menor o casi ninguna injerencia en aquellos.

En este contexto, un orden inteligente para una industria inteligente requiere de una legislación inteligente que, consciente de su impotencia para anticipar cambios, se ajuste a su mínima expresión.²

1. <http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?Uri=COM:2010:2020:FIN:ES:PDF>.
2. La inclusión de esta primera clave de lectura fue sugerida por el profesor Cony Etchart, de la Universidad Austral de Buenos Aires, luego de su corrección de este trabajo.

1.2. Segunda clave. Dos principios fundamentales y un régimen de instrumentación

Según se desprende de la continua y exacerbada mutación del escenario comercial descrita *supra* (“Una nueva realidad mercantil”), la sola modificación de normas mercantiles tradicionales difícilmente será suficiente para acompañar de manera eficiente los futuros e ignorados —aunque próximos— requerimientos normativos, probablemente de escasa o nula ligazón con institutos antecedentes. Incluso es dable suponer que, en ocasiones, las adaptaciones siquiera resultarán posibles y que el sistema deberá derechamente disponerse sobre nuevas estructuras jurídicas.

La velocidad de mutación del comercio, que superará —como sucede en la actualidad— a la velocidad de transformación del armado societario, parece presentar un problema insalvable para el legislador. No obstante, mirada en su contexto, la dificultad es aparente, o en todo caso solo lo es para aquellos Estados inclinados a una mayor regulación de la actividad económica.³ Por el contrario, cuando es debidamente observada, en la cuestión subyace la base que impone toda realidad negocial sana: que esta —la cuestión negocial— es previa a su positivación normativa, asunto que no debe pasarse por alto por un nuevo derecho societario que solo conserve aquellos pocos principios inmutables que justifican su existencia (*que hacen que sirva*).

De estos principios —y de aquellos que debieran abandonarse— trata este libro.

Las normas societarias se vuelven cada vez más sofisticadas. Ello sucede sobre todo porque incorporan, indebidamente, soluciones diseñadas para los negocios —contingentes y mutables— desatendiendo la finalidad última de la sociedad mercantil —vehículo de aquellos—. Es a esa materia circunstancial —más los principios generales del derecho societario a los que se alude *infra*— a lo que equivocadamente suele identificarse como derecho societario: *negocios societarios* —meros sucedáneos de aquel— que deberían librarse a la voluntad de las partes, por cuanto a estas debe atribuirse su origen.

3. La hiperregulación de la actividad económica hace a los Estados poco competitivos en los términos que se consignan en la cuarta clave de lectura de esta introducción general.