

Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario

Por Sebastián Balbín¹. Publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones. Enero-Febrero 2020. Abeledo Perrot

Sumario: I.- La autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario. II. Libertad en materia contractual. III.- Disponibilidad de las cuestiones referidas en el art. 13 LGS. IV.- La prohibición del inc. 4 del art. 13 LGS y los pactos sobre herencia futura. V.- La inutilidad de la tuición preventiva en materia mercantil.

I.- La autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario

La sociedad por acciones simplificada (SAS), creada por ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), fue concebida como una sociedad a medida². Se trata de un nuevo tipo por fuera de los previstos en el capítulo II de la Ley General de Sociedades (LGS), que ha producido una suerte de revolución y que se presenta como un fenómeno disruptivo que impacta sobre la empresa en particular³. La SAS cuestiona la imperatividad difusa del régimen de la LGS, dando prioridad al principio de la autonomía de la libertad contractual en el diseño del instrumento constitutivo, adaptándose a los intereses de los socios y a las necesidades del negocio societario⁴. De todo ello resulta un cambio de

¹ Sebastián BALBÍN, Abogado UBA y Doctor en Derecho UA, MDE UA y MADE IDEA, prof. derecho societario, Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales..

² Cfr. BARREIRO, M., "El nuevo paradigma del derecho societario", en *Crowdfunding y Sociedades por Acciones Simplificadas*, IADC, ediciones Didot, Buenos Aires, 2018, p. 119.

³ Cfr. RAGAZZI, G., "La Sociedad por Acciones Simplificada (breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)", RDCO 285-757, quien agrega que además impacta sobre la sociedad en general, a partir de la "generación de empleo y el futuro, planteando nuevas formas de concebir la creación de empresas, cómo ser competitivos en el mundo y entender el mercado e incluso los principios que lo rigen". Cfr. MARZORATI, O., "La renovación societaria en una ley para emprendedores. La génesis de la S.A.S. (Sociedad por Acciones Simplificada)", *El Derecho*, [272] - (12/05/2017, nro 14.180); FAVIER DUBOIS, E., "La sociedad por acciones simplificada y el sistema societario, cuatro preguntas y el miedo a la libertad", *La Ley* 2017-D, 1318, AR/DOC/1529/2017; FAVIER DUBOIS, E. y SPAGNUOLO, L., "Nace una estrella. La 'Sociedad por acciones simplificada' con libertad estatutaria", *DSyC errepair (DSCE)*, XXX, mayo 2018 EOLDC097791A.

⁴ Cfr. DUPRAT, D., "La sociedad por acciones simplificada (SAS) desde el análisis económico del Derecho", LL 10/10/2019, AR/DOC/3241/2019 y "La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales", *La Ley* 2013-F, 1043, "[A] igual que en los demás países de tradición continental europea, nuestro derecho societario está impregnado de una alta cuota de imperatividad, que se aprecia, además, en cierto paternalismo estatal, a través de la actividad de las agencias regulatorias (IGJ, CNV, etc.) y en las habituales restricciones que el poder judicial adopta frente a las cláusulas no estándar".

paradigma respecto del derecho societario tradicional⁵ (entendido éste como el derecho vigente antes de la sanción de la LACE)⁶, el que debe ser repensado en su totalidad⁷.

La SAS es, además, el resultado de diversos intentos normativos que plantean una profunda revisión de conceptos y normas arraigadas, frente a una realidad concreta diversa y la insatisfacción frente a la estructura previa del derecho societario y sus consecuencias⁸. Este esfuerzo normativo implica transformar el derecho societario en su totalidad⁹, a través de nuevos marcos legales que

⁵ Cfr. CRACOGNA, D., "Hacia un nuevo paradigma societario en el derecho argentino", su presentación en el Instituto de Derecho Empresarial de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, sesión ordinaria del 30/06/2017 –en cita de RAGAZZI, G., "La Sociedad por Acciones Simplificada...", cit., RDCO 285-757; BARREIRO, M., "El nuevo paradigma del derecho societario", cit., p. 116; CULTRARO G., "El régimen de contrato de trabajo y su relación con la S.A.S., en la nueva Ley de Sociedades por Acciones Simplificada (S.A.S.). Alcances", en *Crowdfunding y Sociedades por Acciones Simplificadas*, IADC, ediciones Didot, Buenos Aires, 2018, p. 161; VILLANUEVA, J., "La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario", LL 2018-F.

⁶ "[...] es dable advertir que con la sanción de la ley 27.349 se consagra la existencia de un fenómeno jurídico a cual la doctrina continental suele referir como un 'derecho societario de dos velocidades'. Dicha aceleración normativa determina, a su vez, la existencia, de un lado, de un 'derecho duro' de sociedades, más rígido y principista y, del otro, de un 'derecho blando' de sociedades representado por la nueva solución legal simplificadora que busca aumentar la autonomía de la voluntad y diluir la influencia de la imperatividad normativa vigente". CONY ETCHART, R., "Sociedad anónima simplificada: ¿renovación o destrucción tipológica?", RSYC, FIDAS, Buenos Aires, 2018-1.

⁷ En términos de PAZ-ARES, el derecho societario debe ser reconcebido a partir de nuevos paradigmas –que compartimos- y que pudieran resumirse en (i.-) atribuir a aquel una función simplemente facilitadora en materia del instrumento constitutivo: su contenido no es dictarlo sino suplementarlo -el orden es una mera fuente de integración de las previsiones de las partes-; (ii.-) el papel central en la configuración de la sociedad recae sobre la autonomía privada, la que adquiere una extensa significación pues no se concibe solo como competencia procesal para crear nuevas reglas sino también como criterio material para interpretar e integrar las preexistentes. Ello presupone que, desde el punto de vista (i.-) de los fines, el derecho de sociedades tiene como objetivo básico la maximización de los objetivos de las partes (eficiencia); (ii.-) de su contenido, que ha de formularse por el legislador, interpretarse y extenderse por los intérpretes tratando de reflejar o reproducir las expectativas normativas de las partes (voluntad hipotética); (iii.-) de su naturaleza, que ha de ser básicamente contingente (dispositivo) y (iv.-) de sus pretensiones, que ha de ser moderado, es decir consciente de que su fuerza de gobierno es intercambiable con otros mecanismos disciplinares provistos por el mercado (ordenación privada). Cfr. PAZ-ARES, C. *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?*, separata en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, 1997.

⁸ Cfr. RAGAZZI, G., "La Sociedad por Acciones Simplificada...", cit., RDCO 285-757, quien refiere que a la sanción de la LACE cabe agregar la anterior reforma por ley 26994 a la LGS, y su impacto sobre las nociones tradicionales de tipicidad, plurilateralidad, oponibilidad, control de legalidad registral, entre otras. CABANELLAS, G., "Función económica del derecho societario", RDCO, 1989, año 22, p. 279, quien reseña el derrotero del derecho societario en tal sentido y su apartamiento con las realidades de la organización comercial. Id. LE PERA, S., *Joint venture y sociedad*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 203. No puede dejar de verse, en parte y en tal sentido, a la LACE –en consecuencia a la SAS- como una reacción frente a tal apartamiento.

⁹ En este sentido, el Anteproyecto de Reforma a la LGS -2019- de los Dres. MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA, CALCATERRA, RIVERA y ARCE es un interesante y muy bien logrado avance en cuanto a dotar de una mayor flexibilidad y simplificación en su aplicación a la LGS.

proporcionen vehículos dúctiles y económicos¹⁰, que faciliten y simplifiquen su existencia, organización y funcionamiento, habida cuenta que la velocidad creciente de las transacciones, “la necesidad de reportar a dicha dinámica, la ampliación de mercados y la globalización mediante, han dado curso a una indubitable necesidad de obtener soluciones jurídicas mas flexibles y elásticas que se adapten a los negocios, y los permitan y faciliten”¹¹. El derecho mercantil en general y el societario en particular, resultan ser disciplinas que deben buscar la ordenación jurídica de una realidad económica viva y en constante renovación, por lo que resulta un desacierto mantener inmodificados institutos que ya no se sujetan a la realidad de las cosas en la forma en que fueron concebidos¹². El intento de reajuste tipológico dispuesto por la LACE procura acompañar la evolución de los negocios y sus formas, por lo que no debe ser vivido como un factor de desarmonía que impida la tarea interpretativa respecto de los alcances de la sociedad de capital¹³.

II. Libertad en materia contractual

En razón de la autonomía de la voluntad que incardina el sistema normativo de la SAS, los socios tienen amplia libertad para regular la materia que atienda mejor los intereses del negocio que emprenden. Mediando previsión en el instrumento constitutivo, aquellos pueden apartarse de las disposiciones de la

¹⁰ Cfr. MARZORATI, O., “La renovación societaria...”, cit., ED 272.

¹¹ BARREIRO, M., “El nuevo paradigma del derecho societario”, cit., p. 117.

¹² La SAS retoma el diálogo perdido entre la realidad y el ordenamiento jurídico, y al igual que antes lo fueron los restantes tipos societarios, viene a erigirse en una máquina legal creada para que el sistema económico dé forma a la organización a la empresa; “el problema de los restantes tipos societarios es que fueron pensados como estructuras más estancas para una economía industrial”. Cfr. RAMÍREZ, A., *Sociedad por Acciones Simplificada*, BdF, Buenos Aires, 2019 (en imprenta), ap. 3 (con apoyo en RIPERT, G., *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Buenos Aires, 1950, editorial p. 109), “con la aparición del fenómeno de los emprendimientos y las *start-ups* en una economía del conocimiento, donde empresas que pueden carecer de bienes materiales alcanzan valuaciones superiores a otras de industrias más clásicas –el caso paradigmático en Argentina se evidencia con Mercado Libre, que alcanzó una valuación de prácticamente el doble que YPF-. Esta nueva realidad económica, con un creciente número de negocios dinámicos, necesita de un tipo societario que pueda receptar sus propias problemáticas, y no necesariamente una readecuación de tipos societarios pensados para otros tipos de negocios”.

¹³ Cfr. CONY ETCHART, R., “Sociedad anónima simplificada...”, cit., RSyC, 2018-1.

LGS¹⁴, en particular las enumeradas en su art. 13¹⁵ –cláusulas leoninas, según se refiere *infra*-. Siendo que estas atañen al interés patrimonial particular de los socios, resultan disponibles¹⁶. De modo que el instrumento constitutivo podrá establecer libremente que algunos de los socios reciban todos los beneficios, o que se los excluya de ellos, o que ninguno lo haga, o que a los socios inversores se les restituyan los aportes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias, o que se permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro que se aleje notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva. También puede preverse la renuncia a impugnar estados contables, o prohibirse cualquier forma de receso, o preverse la exclusión del socio, o la venta de votos a cambio de algún tipo de compensación¹⁷, o el alquiler de acciones y toda otra cuestión que mejor atienda los intereses de los contratantes. ¿Es que acaso corresponde al legislador evaluar las razones que llevan a sujetos libres y capaces a contratar en búsqueda de algo que estos –y no el legislador- han estimado ventajoso? Máxime cuando el ejercicio de su libertad no acarrea perjuicio a terceros, desde que estos no han dispuesto de sus derechos como sí lo han hecho los socios¹⁸.

¹⁴ El contenido imperativo de la LGS como freno de la actividad económica es una cuestión de vieja data que la LACE, en sintonía con la normativa contemporánea en materia de sociedades, procura solucionar. Así, “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”. FRIDMAN S., “La autonomía de la voluntad y el orden público societario”, Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones Científicas y Tecnológicas 2005, <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/com2005/1-Sociales/S-007.pdf>.

¹⁵ Cfr. DUPRAT, D., “Derechos de los socios en el marco de la S.A.S. Máximo ámbito de libertad de autorregulación”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, *Hacia un nuevo derecho societario*, t. II, Rosario, 2019, Advocatus, Córdoba, 2019, t. II, p. 955. En contra, véase VILLANUEVA, J., “La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad ...”, cit., LL 2018-F y “La SAS como sociedad y sus implicancias normativas”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, *Hacia un nuevo derecho societario*, t. II, Rosario, 2019, Advocatus, Córdoba, 2019, p. 976. También ALEGRÍA, H., “La sociedad por acciones simplificada y la inscripción registral”, LL 2019-D, 948; PERCIAVALLE, M., *SAS Ley Comentada de las Sociedades por Acciones Simplificadas*, Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 41 y BALONAS, D., “Sociedad por acciones simplificada y el orden público societario”, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, *Hacia un nuevo derecho societario*, t. II, Rosario, 2019, Advocatus, Córdoba, 2019, p. 966.

¹⁶ Cfr. DUPRAT, D., “Derechos de los socios...”, cit., p. 955; HEREDIA QUERRO, S., “Reflexiones sobre el concepto de Sociedad, su finalidad y los principios que le son aplicables”, *Revista Argentina de Derecho Societario*, nro. 22, IJ Editores, 2019.

¹⁷ Cfr. ROTHEMBERG, M., *Autonomía de la voluntad y sociedades de capital*, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 147; ROVIRA, A. *Pactos de socios*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

¹⁸ “Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se convenga en contrario. Recíprocamente, toda norma pensada en protección de los terceros acreedores sociales no

Incluso existen legislaciones que autorizan la introducción de cláusulas que eliminen o restrinjan la responsabilidad del director por incumplimiento de su deber de cuidado¹⁹. En este sentido, en el precedente norteamericano *Miller v. HCP* -traducido por DUPRAT²⁰-, un accionista co-fundador demandó al accionista controlante y administrador, por violación del deber implícito de actuar de buena fe al tiempo de la venta de la sociedad. El conflicto se produjo porque el acuerdo existente entre las partes contenía una cláusula que permitía al accionista HCP quedarse con los primeros U\$S 30 millones de la venta de la totalidad de las acciones, teniendo el resto de los socios únicamente preferencia sobre el excedente, con lo que no existía incentivo para que el controlante y administrador enajenara por sobre el monto que percibiría (además se había pactado que HCP podía vender las acciones a su sola discreción y arbitrio). Producida la operación sin que Miller obtuviera ingresos, este sostuvo que el deber implícito de actuar de buena fe imponía a los administradores implementar un procedimiento de venta que permitiera garantizar el máximo valor para todos los socios, y no solo para aquel en cuyo favor se reconocía la preferencia. El reclamo fue rechazado porque la Suprema Corte consideró *i.-)* que lo hecho por los administradores era lo que expresamente se había pactado en el instrumento constitutivo, *ii.-)* que no existía ningún vacío que permitiera interpretar lo contrario, *iii.-)* que son válidas las previsiones que excluyan los deberes fiduciarios de los administradores, aún cuando estas permitan su enriquecimiento en perjuicio de los otros socios y *iv.-)* que el pacto implícito de obrar de buena fe no puede servir como herramienta para contradecir claras estipulaciones contractuales que plasman la verdadera intención de las partes: cuando estas se han puesto de acuerdo en un punto específico, nadie puede reclamar buena fe en el cumplimiento estricto de tal manda contractual, aun cuando ello conlleve un perjuicio a alguna de aquellas²¹.

Empero, la SAS no es un organismo autónomo y autosuficiente. La libertad dispuesta en la LACE para este tipo –que se resume en la posibilidad de disponer de las normas que la LGS establece para los tipos en ésta regulados- encuentra un límite en los principios generales dispuestos en el Código para el ejercicio de los derechos, y que sujetan la conducta de las partes a la buena fe y a su

puede ser contrariada por cláusula estatutaria alguna”. PERCIAVALLE, M., *SAS Ley Comentada de las...*, cit., p. 20. Cfr. VILLANUEVA, J., “La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario”, LL 2018-F.

¹⁹ Como desde 1988 lo autoriza el estado de Delaware (Del. Code Ann. tit. 8, § 102 (b) (7) Supp. 1988).

²⁰ *Miller v. HCP Trumpet Investments, LLC*, 2018 WL 4600818 (Del. Sept. 20, 2018) 194 A.3d 908 (Table) *Unpublished Disposition, Atlantic Reporter, Supreme Court of Delaware*, No. 107, 2018 -antecedente Court of Chancery, *Miller v. HCP & Co.*, 2018 WL 656378 (De. Ch. Feb. 1, 2018)-. Traducción DUPRAT, D., véase citas *supra*.

²¹ “[P]arties have a right to enter into good and bad contracts [;] the law enforces both”.

protección frente al abuso del derecho (arts. 9, 10, 11, 12 13 y 14 CCCN). “Esto significa en términos prácticos, que la negociación, celebración, interpretación, ejecución y conclusión de contratos, entre otros ejemplos, quedan sujetos inexorablemente a los principios citados sin necesidad de otras normas específicas”²².

III.- Disponibilidad de las cuestiones referidas en el art. 13 LGS

Se ha referido *supra* y se volverá más adelante sobre la disponibilidad, en materia de SAS, de las cuestiones previstas en el art. 13 LGS y que en doctrina se califican como estipulaciones *leoninas*²³. El legislador ha presumido que éstas consagran el despojo de un socio en beneficio de otro, disponiendo en consecuencia la nulidad de aquellas insertas en el contrato de sociedad²⁴. Incluso algunos autores sostienen –en posición que no se comparte– que tal violación importa una nulidad absoluta, por tanto inconfirmable e imprescriptible, por fundarse en razones de orden público y no de un mero interés particular²⁵. Estas se vincularían con la causa-fin del contrato (su función práctico-social reconocida por el derecho) y que se traduciría en el ánimo de correr con el riesgo común participando de los beneficios y soportando las pérdidas, “rasgo esencial

²² Cfr. COSTE D. y BOTTERI J., “Los límites de la autonomía de la voluntad en las SAS”, inédito.

²³ El origen término sociedad leonina correspondería a una disposición del Digesto que se autorizaba excluir a un socio de compartir ciertas pérdidas (D 17 22 9 2). HENNING, J. (*Perspectives on the influence of the societas leonina on the law of partnership*, Journal for Contemporary Roman-Dutch Law, 2013, 76(2), 156-172) en referencia a dicha norma, trae el comentario de Ulpiano en cuanto a que Cassius Longinus, mentor del abogado imperial Titus Aristo –aprox. 100 DC–, declaraba que no se puede establecer una sociedad válida si un socio obtiene la ganancia total y el otro solo la pérdida. Cassius llamaba a tal asociación *leonina*, terminología acuñado de la interpretación hecha por Fedro de la quinta fábula griega de Esopo, de la que se deriva la máxima “la parte del león”. En ella, un león, un asno y un zorro forman una sociedad de cazadores. Al tiempo de distribuir las piezas, el león ordenó al asno que las dividiera, lo que este hizo en tres porciones iguales, instando al león a elegir una. Pero el león atacó al asno, lo devoró y le ordenó al zorro que repartiera las piezas. El zorro reunió todo en un montón, dejando a un lado solo un poco para sí mismo e invitó al león a elegir. Cuando el león le preguntó “¿Quién te enseñó a dividirlo de esta manera?”, El zorro respondió “¡El destino del asno!”. En la versión de Fedro los socios del león son una vaca, una cabra y una oveja, quienes al dividir las presas en en cuatro porciones, recibieron como respuesta del león: “Tomo la primera porción por mi título de rey; tomo la segunda porción, ya que me la asignarán ustedes porque soy su compañero; tomo la tercer porción porque soy el más fuerte. ¡Y si alguno de ustedes toma la cuarta porción, el resultado será un accidente!”. Ambos relatos ilustran que el abuso de poder es inapropiado en una sociedad fundada en una relación de confianza mutua y buena fe, y que aquella no es válida si se concibió a través de la intimidación. Sin embargo, ello no implica necesariamente que un acuerdo sea ilegal o inválido si una parte solo obtiene beneficios y la otra solo incurre en obligaciones.

²⁴ Si la cláusula es separable no afecta la validez del contrato en su conjunto. Cfr. ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 352

²⁵ Cfr. OTAEGUI, J., *Invalidez de actos societarios*, Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 326; ROITMAN, H., *Ley de Sociedades...*, cit., t. 1, p. 352; NISSEN, R., *Ley de Sociedades Comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 299; CNCom., Sala B, 21/2/1979, Romero Sebastián c. El Cóndor SA

del contrato de sociedad [por tanto superior a la voluntad de las partes] y elemento que permite distinguir a la sociedad de otros institutos jurídicos²⁶. La repetición de tales conceptos resulta atávica, tanto que la exposición de Motivos de la LGS asevera –sin justificar- que “las sanciones establecidas [en el art. 13] son las tradicionales y se explican por sí mismas”²⁷ -

Es necesario revisar tal hipótesis -que en modo alguno se explican por sí mismas²⁸- y evitar la imposición de ortodoxias que desatiendan el alcance que, tanto a beneficios como riesgos, voluntariamente asignan las partes al momento de contratar. Nada impide que los beneficios se distribuyan de forma desigual, o que no se distribuyan entre los socios²⁹, en tanto no exista abuso, lo cual debe meritarse según las circunstancias del caso y la calidad de las personas involucradas, por lo que no resultan aplicables con carácter general las reglas objetivas universales. En este sentido, las prohibiciones arregladas en el art. 13 LGS, establecidas sobre la idea apriorística de que algo está mal -según se

²⁶ Cfr. ROTHEMBERG, M., *Autonomía de la voluntad...*, cit., , p. 126. “El contrato de sociedad que atribuye a uno de los socios la totalidad de los beneficios es nulo. Esta cláusula, contraria al *jus fraternitatis* destruye el contrato de sociedad en su esencia, porque es inconciliable con la finalidad que se proponen los socios al unirse, finalidad que, como se sabe, es la distribución del beneficio que pueda resultar”. GUYENOT, J., *Curso de Derecho Comercial*, t.I, Ejea, Buenos aires, 1975, p. 482; COLOMBRES, G., *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 167.

²⁷ Exposición de Motivos, Capítulo I, Sección II, nro. 4.

²⁸ “No es evidente porqué se debe interferir en las relaciones comerciales entre personas capaces, para evitar, por ejemplo, que a un socio que no participará en el manejo de los negocios se lo libere de contribuir a las pérdidas. No se trata solamente de una actitud paternalista, cuyas consecuencias en la vida práctica son frecuentemente absurdas [...], sino que tiende a impedir vínculos contractuales perfectamente legítimos desde el punto de vista de la función de las instituciones societarias”. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho societario. El contrato de sociedad*, t. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 709.

²⁹ En este sentido, art. 2 del Anteproyecto de Reforma a la LGS -2019- de los Dres. MANÓVIL, RAGAZZI, ROVIRA, CALCATERRA, RIVERA y ARCE.

Principio también aceptado por ordenamientos que contienen normas análogas al art. 13 LGS. Cfr. PARRY, A., “Diferencias entre la sociedad y el préstamo. Nulidad de cláusulas leoninas”, LL 24, 537, AR/DOC/2797/2009, con apoyo en tradicional doctrina francesa: Durantón, “Cours de droit français” (1884, 4ª ed.), t. 17, ns. 417 y 422; Laurent, “Principes du droit civil français” (1893, 5ª ed.), t. 26, n. 287; Pont, “Commentaire des sociétés civiles et commerciales” (1880-1884, 2ª ed.), t. 1, ns. 440 y 464; Guillouard, “Traité du contrat de société (1892, 2ª ed.), ns. 234, 235 y 240; Aubry Rau, “Cours de droit civil français” (1897-1803, 4ª ed.), t. 4, párr. 377, p. 645; Alauzet, “Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale” (1879, 3ª ed.), t. 2, n. 423; Domat, “Lois civiles”, lib. 1, tit. 8, sec. 1ª, n. 6; Guillery, “Des sociétés commerciales en Belgique” (Bruselas, 1882, 2ª ed.), t. 1, n. 146, p. 127; Duvergier, “Sociétés, Droit commercial”, t. 20, n. 260; Laurent, “Principes du droit civil français” (1893, 5ª ed.), t. 26, n. 294; Guillouard, “Traité du contrat de société” (1892, 2ª ed.), n. 246; Colmet de Santerre, “Cours analytique du code civil” (1881-1896), t. 8, n. 39, bis-I; Baudry-Lacantinerie, “Précis de droit civil”. t. 3, n. 781; Pont, “Commentaire des sociétés civiles et commerciales” (1880-1884, 2ª ed.), t. 1, n. 464; Durantón, “Cours de droit français” (1884, 4ª ed.), t. 17, n. 422; Massé y Vergé, en Zachariæ, “Le droit civil français” (1854-1860), t. 4. p. 425, párr. 713, nota 11). Id. GUYENOT, J., *Curso de Derecho Comercial*, t.I, Ejea, Buenos aires, 1975, p. 482.

refiere *infra*-, incluso resultan contrarias a los propósitos de la LACE³⁰, por cuanto:

i.-) suponen una inescalable *capitis diminutio* al momento de contratar, de al menos alguno de los socios, y que solo quedará en evidencia confrontada a la conducta posterior de los socios no afectados. Esta noción se origina en la presunción -paternalista- de que legislador está en mejores condiciones que las partes para dictar reglas adecuadas a sus intereses, o más eficientes para el funcionamiento de sus negocios. De ello se deriva, entre otras cuestiones, “la inercia a canonizar como reglas imperativas, como si fuesen los planos y un ingeniero, ciertos aspectos [...] se considera que las partes típicas son personas inexpertas y con facultades de juicios simples y, a partir de esta premisa, tiende a sustraerse de su ámbito de gobierno las cuestiones que requieren mayor pericia, necesitan mayor cálculo o presentan mayor relieve dentro de la estructura de la organización”³¹.

ii.-) la idea de que las prohibiciones del art. 13 LGS preservan el principio distributivo arbitrado en el art. 1 LGS, resguardan una insalvable vocación del contrato social de observar la igualdad y equilibrio entre los socios como elemento esencial³², resulta falsa. La materia del art. 13 LGS no involucra el orden público, y su aludida imperatividad respecto de los tipos previstos en la LGS no aplica derechamente para la SAS. Su normativa se ocupa de cuestiones vinculadas al interés patrimonial particular de los socios, por tanto de materia -derechos- disponible³³. Y aún cuando se consideraran imperativas, su aplicación cede en caso de existir en el instrumento constitutivo disposiciones voluntarias en sentido contrario, en razón de la integración de los arts. 33, 35 y 36 LACE

iii.-) no se trata de afirmaciones irrevisables, por el contrario, las razones que les dieron origen han cambiado –lo que es connatural al derecho mercantil-, así

³⁰ El art. 13 LGS “[constituye] una intromisión estatal injustificada, antigua y convierten a nuestro país en una plaza poco atractiva para el inversor extranjero y para la inversión de riesgo en innovación. El art. 13 LGS es un lastre en términos legislativos, que se suma al lastre macro-económico de nuestra frágil economía”. HEREDIA QUERRO, S., “Reflexiones sobre el concepto...”, cit. En punto al exceso en reputar nulas cláusulas que debieran ser estimadas inoponibles, véase PÉREZ HUALDE, F., *Comentarios*.

³¹ PAZ-ARES, C. ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?, cit., 1997. Sin perjuicio de que el párrafo transcrito se refiere en particular a la forma de organización, el juicio también resulta de aplicación al supuesto.

³² En doctrina son conocidas como cláusulas leoninas. Este tipo de previsiones, que procuran evitar que se vulnere el principio distributivo consagrado en el art. 1 LGS y que resguarda la vocación del contrato social de observar siempre la igualdad entre los socios como elemento esencial del contrato. Cfr. ZALDIVAR, E., MANÓVIL, R., RAGAZZI, G., SAN MILLÁN, C. y ROVIRA, A., *Cuadernos de derecho societario*, vol. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, n° 5.6.2., p. 100. Importan una limitación a la autonomía de la voluntad en procura de evitar la desnaturalización del contrato y la pérdida de equilibrio que debe primar en el mismo. Cfr. STORDEUR E., *Manual de derecho societario*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002 p. 77.

³³ Cfr. DUPRAT, D., “Derechos de los socios...”, cit., p. 955.

como su antes difundida aceptación (véase III.-, *infra*) La evaluación respecto de la exorbitancia de las cláusulas contractuales que fijen el régimen de ganancias y pérdidas –su *rango leonino*- debe ser efectuada en el contexto de la negociación que las antecede y con la prudencia de quien evalúa la materia *ex post* (véase III.-, *infra*). La cuestión ha sido, en mayor o menor medida, revisada y reformulada atendiendo épocas y circunstancias, habiendo adquirido en algunas regiones un equívoco carácter dogmático, principalmente en la segunda mitad del siglo XX. No obstante, desde principios de dicho siglo visiones más realistas ya llevaban a considerar los llamados pactos leoninos atendiendo las reales exigencias de la vida económica y “que llevan diferenciar el valor de los hombres y el de los bienes que poseen”³⁴. Así, “la obligación de participación en las pérdidas [...] puede ser eliminada de la intención de entrar [en el instrumento constitutivo], sin que porque esto desaparezca en todo o por todo la sociedad”³⁵.

Mas aquí en el tiempo, la anteriormente incontrastada noción inicial de que la sociedad es una comunidad de ganancias y pérdidas, en la que se basan previsiones como las del art. 13 LGS, ha dado lugar a reinterpretaciones. Para HENNING, la idea de que todos los socios están obligados a compartir una pérdida -tal el caso del inc. 1, art. 13 LGS- debe ser leída en el sentido de que un socio comparte la ganancia neta (la ganancia una vez deducidas las pérdidas), con lo que comparte también la pérdida, como resultado de tal deducción. De modo que una disposición en términos de la cual un socio está excluido solo de la obligación de contribuir a una pérdida neta -y no a todas las pérdidas-, es válida “no es una sociedad leonina ya que todos los socios tienen derecho a compartir las ganancias [...] actualmente no se cuestiona la validez de una disposición que excluye a un socio, entre otras cosas, de la obligación de contribuir a sufragar una pérdida neta”³⁶. En cuanto a la recepción por parte de alguno de los socios de todos los beneficios³⁷, también dispuesta en el inc. 1 art. 13 LGS, los Tribunales han resuelto su aplicación por considerar que esta convención elimina el riesgo que supone toda sociedad y destruye la igualdad jurídica de los

³⁴ GRECO, P., *Garanzie di utili e retribuzioni di apporti nel contratto di società*, Riv. Dir. Comm, 1932, II, 138.

³⁵ “La atribución total de las pérdidas a uno de los socios, cuando sea evidente la voluntad de donar parcialmente en el mismo socio, excluye que se trate de pacto leonino y admite, si se reconoce la razón defendida por la doctrina para el reconocimiento de estos contratos, la validez de la sociedad mixta con donación” SRAFFA, A, *Patto leonino e nullità del contratto sociale*, en Riv. di dir. comm, 1915, p. 958. En este sentido, para BRUNETTI, A., -*Tratado del derecho de las sociedades*, t. I, El Foro, Buenos Aires, 2003-, “el jurisconsulto suponía que el socio eximido de las pérdidas prestase a la sociedad una actividad industrial superior a la cuota de dinero de los demás socios”.

³⁶ HENNING, J. (2013). *Perspectives on the influence of...*, cit., 156-172

³⁷ ULPIANO, “*iniquissimum enim genus societatis, est qua damnum non etiam lucrum spectad*” (L. 29, n. 2. Dig. “Prosoc.”). “*Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posee ut alter lucrum tantum, alter damnum, sentiret, et hanc societatem leonam solitum appellare*”.

socios³⁸. El antecedente directo de esta norma es el art. 1652 del derogado Código Civil, previsto para las –también derogadas- sociedades civiles, y su fuente se remonta a las Partidas (V, Ley 4, título X). Empero, sus postulados distan de ser inmovibles como alguna doctrina y jurisprudencia pretende. Ya al tiempo de redactarse el Código, POTHIER sostenía la validez del contrato de sociedad por el cual se libraba a uno de los socios de contribuir en las pérdidas cuando hubiera traído a la sociedad una ventaja más relevante. Fundaba su juicio, a su vez, en la ley 29 del Digesto³⁹.

Lo mismo ocurre con la norma que prohíbe la restitución al socio capitalista de los aportes haya o no ganancias (art. 13 inc. 2 LGS), y que suele fundamentarse en la invocada exclusión del socio del riesgo empresarial⁴⁰ y la teorizada protección de la intangibilidad del capital en amparo de los acreedores⁴¹ – anacronismo tratado en otros trabajos-⁴². En tales casos, la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión supone la aplicación, en su reemplazo, del art. 11 inc. 7 LGS debiendo en consecuencia el socio responder por las pérdidas en la misma proporción que le corresponde recibir las ganancias. Este tipo de cláusulas son la respuesta a la utilización, desde el medioevo y principalmente durante el Renacimiento, de la sociedad como vehículo para eludir la prohibición de usura mediante préstamos bajo la apariencia de aportes de capital⁴³.

³⁸ CNCom, Sala C, 13/3/89, "Hilbert Beatriz c. Romero Eduardo; CNCom., Sala B, 3/9/1976, ED 70-253.

Id. la cláusula que asegure un retribución fija en moneda constante al socio, sin atender la existencia o no de utilidades.

³⁹ La posición, conocida por VÉLEZ SANSFIELD, fue exprofeso dejada de lado por preferir éste el principio de que todos los socios deben participar en las ganancias y soportar las pérdidas, y que en ese momento era la tónica dominante en la materia. Cfr. SMITH, J., en *Código Civil y Leyes Complementarias*, t. 8, dir. BELLUSCIO, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 545.

⁴⁰ Cfr. ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales*, cit., t. 1, p. 358.

⁴¹ Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de Derecho...*, cit., p. 168; VERÓN, A., *Sociedades Comerciales, Ley 129.550 comentada, anotada y concordada*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 109; Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *El contrato de sociedad*, cit., t. 2, p. 709., para quien, además, "alcanza con colocar a los acreedores en una posición prioritaria respecto de los socios, cualquiera sea la forma en que se distribuya luego el patrimonio neto de la sociedad. En realidad, las preferencias en materia de distribución de utilidades y de liquidación pueden tener un efecto final más drástico que el derivado de las cláusulas prohibidas por el art. 13 inc.2.; algunos de los socios se llevarán todas las utilidades o todo el patrimonio neto, y el carácter subordinado de los demás los privará de participación efectiva en esos rubros, pero ello es irrelevante para los acreedores. Por otra parte, si lo que se busca evitar es que se hagan distribuciones no derivadas de utilidades [...la norma...] es de escasa efectividad, pues los flujos allí prohibidos pueden instrumentarse por vía de mutuos. Lo importante para los sigue siendo la subordinación en que deben encontrarse los socios, en cuanto a sus derechos sobre el patrimonio societario

⁴² Cfr. BALBÍN, S., *Sociedad por Acciones Simplificada*, Cátedra, Buenos Aires, 2019, pp. 88 a 99.

⁴³ Cfr. HENNING, J. (2013). *Perspectives on the influence of...*, cit., 156-172 y "The mediaeval contractum trinius and the law of partnership", 2007, *Fundamina* 33-49., con apoyo en Seaboume "Controlling commercial morality in late mediaeval London: The usury trials of 1421", 1998, *J of Legal History* 116; Hawkes *The culture of usury in Renaissance England* (2010) 34. "La teoría de la usura fue moldeada por las concepciones desarrolladas por los antiguos filósofos griegos y

HENNING reseña que en esos períodos se desarrollaron ingeniosos planes y teorías, aceptándose que un socio protegiera legalmente su inversión asegurando otro socio la prestación principal (que constituía la suma original del dinero prestado) contra pérdidas. Y aún cuando ciertas voces consideraron que mediante tal mecanismo se violaba la prohibición, declarar tal cosa no estaba de acuerdo con las necesidades de la práctica comercial diaria, por lo que comentaristas italianos sobre la ley romana revivida -SCACCIA y RAPHAEL- argumentaron sobre su validez, punto de vista que finalmente prevaleció en los sistemas legales civiles en el continente y en el derecho consuetudinario. “El siguiente paso fue bastante obvio. Se sostuvo que si un socio podía estar asegurado contra la pérdida de su capital, también podría estar asegurado de obtener una ganancia mínima. Esta transacción finalmente se conoció como triple contrato (*contractum trinius*), en términos del cual un inversor podría proteger su inversión asegurando el principal contra pérdidas, lo cual era legal, y tener asegurada una tasa de rendimiento fija mediante la venta de una ganancia incierta futura para un cierto rendimiento definitivo, que también era legal. Aunque el triple contrato se convirtió en una práctica establecida en la última parte del siglo XV, está claro que, bajo esta construcción, el elemento esencial en la asociación, la participación en el riesgo, se había contraído y que en efecto no era más que un acuerdo con todas las implicaciones de una transacción de préstamo moderno” [...] “Cuando la estricta prohibición de la usura llegó a su fin –continúa HENNING-, el concepto de que la persona que adelanta dinero a una empresa para una participación en las ganancias debe considerarse como un socio y no un mero acreedor se había consagrado firmemente en la jurisprudencia [británica]. Al tratar como sociedad, y por lo tanto legal, lo que en verdad era un préstamo con interés usurario, y por lo tanto ilegal, se introdujo una cantidad de confusión en el derecho consuetudinario de la sociedad que incluso la legislación correctiva no eliminó. Este enfoque se modificó por primera vez en la decisión en *Cox vs. Hickman*, en la que se considera que la Cámara de los Lores estableció que la recepción de una parte de las ganancias no es una prueba concluyente de una asociación, como se pensaba anteriormente. Pronto se sancionó una ley que corregía la *Law of Partnership* de 1865, la Ley Bovill, que estipulaba que la distribución de beneficios no debería ser, en el caso de un contrato escrito, una prueba

romanos, por un lado, y los teólogos judíos y cristianos por el otro. La prohibición de la usura fue aceptada como una regla de derecho positivo desde la época de Bartolus de Saxoferrato y Baldus de Ubaldis. La legislación específica en ciudades y estados durante los siglos XIV y XV completó la asimilación de la prohibición de la usura en Europa y Gran Bretaña en ley del país. Todos los cargos por encima del principal se consideraron usurarios”. HENNING, J., *Perspectives on the influence of...*, cit., 156-172.

concluyente de la sociedad, sino que los prestamistas, en consideración a una parte de los beneficios, son acreedores diferidos. Está claro que, aunque la Ley Bovill tenía la intención de producir una modificación sustancial de la *Law of Partnership*, en comparación con *Cox vs. Hickman* fue un paso atrás. La Ley de Bovill fue derogada por la *Partnership Act* de 1890, que, curiosamente, perpetuó legislativamente la existencia de estas disposiciones⁴⁴. Tal el estado de cosas cuando dicho rechazo fuera positivado en el Código Civil y luego en la LGS, sosteniéndose que cuando se efectúa un aporte sin tener en cuenta negociaciones determinadas y no se controla ni se vigila el desarrollo del negocio, se trata en realidad de un préstamo y en consecuencia, no hay sociedad.⁴⁵

Todo esto luce improponible –además de anacrónico- si se lo contrasta con las previsiones de la LACE y el temperamento de negocios inconcebibles al tiempo de la sanción de la LGS. ¿Por qué no permitir “que los socios acuerden un eventual y futuro rescate obligatorio de cierta clase de acciones, incluso sin ganancias? ¿Por qué prohibir que los socios puedan pactar un canje obligatorio de futuras participaciones a ser emitidas cuando la sociedad levante capital en una próxima ronda de inversión, cuando anticipadamente se sabe que es probable que la sociedad en aquél momento no sólo no tendrá ganancias sino cuantiosas pérdidas por grandes inversiones en CAPEX?”⁴⁶.

⁴⁴ HENNING, J. (2013). *Perspectives on the influence of...*, cit., 156-172. En cuanto a la jurisprudencia francesa -durante la vigencia de la antigua ley- “consideraba como un préstamo usurario la estipulación en provecho del que aportaba capitales, de una participación en los beneficios además del interés legal del capital (Cass., 17 de abril de 1837), Dugas (S. 37. 1. 275; P. 37. 1. 442); Cass., 16 de junio de 1863, Cauchois (S. 63. 1. 334; P. 63. 1078; D. 63. 1. 295); ver Rouen, 24 de julio de 1861. Langlet (S. 62. 2. 325; P. 63. 1. 187); Duvergier, “sociétés”, n. 58; Delangle, “Des sociétés commerciales” (1843), t. 1, n. 113; Troplong, “Commentaire sur le contrat des sociétés civiles et commerciales” (1843), t. 1, n. 113; Guillouard, “Traité du contrat de société” (1892, 2ª ed.), n. 18; Aubry y Rau, “Cours de droit civil français” (1897-1903, 4ª ed.), t. 4, párr. 396, p. 611, texto y nota 18. Con posterioridad a la ley de 12 de enero de 1886, que admitió la libertad en cuanto a la tasa del interés en materia comercial, la calificación subsiste en materia civil, siendo, en todo caso, considerado el contrato como de préstamo”. PARRY, A., “Diferencias entre la sociedad y el préstamo...”, cit., AR/DOC/2797/2009.

⁴⁵ Cfr. PARRY, A., “Diferencias entre la sociedad y el préstamo...”, cit., AR/DOC/2797/2009. “[...] los tribunales no dudan en denegar a la convención el carácter de sociedad, aunque los contratantes la hayan calificado así, si su intención ha sido liberar de toda contribución en las pérdidas a los supuestos comanditarios. Excluida la participación en las pérdidas, la participación en las utilidades no es más que una modalidad del contrato de préstamo”.

⁴⁶ Cfr. HEREDIA QUERRO, S., “Reflexiones sobre el concepto...”, cit., IJ Editores, 2019. “Asumiendo que la sociedad pueda colocar deuda en un momento futuro a una tasa conveniente (Kd, costo de la deuda), normalmente le convendrá tomar esa deuda y re-comprar acciones que, por representar una inversión de mayor riesgo y estar subordinada, representa una forma de financiación más onerosa (Ke, rentabilidad de los fondos propios) que la deuda. Esas participaciones re-adquiridas pueden o no ser colocadas a nuevos inversores en rondas siguientes, cancelándose la deuda pre-asumida, si existe, con nuevos aportes. Toda esta lógica, propia del Corporate Finance y no del Derecho Societario, presupone que se pueda pactar un rescate futuro de participaciones a un valor determinado (capital más intereses, y éstos se pagan

La LGS también declara nulas las cláusulas que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, cuando se aparten notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva (art. 13, inc. 5). Si bien la previsión tutelaría razones de justicia conmutativa⁴⁷, la cuestión debiera regirse por los principios generales en materia de lesión, imprevisión y abuso de derecho, sin crear un obstáculo a la libertad contractual a partir de una presunción que pudiera no atender razones valederas de las partes⁴⁸. Incluso se ha discutido si la violación del precepto invalida la forma de determinar el precio, o el derecho a la adquisición de la parte social⁴⁹.

IV.- La prohibición del inc. 4 del art. 13 LGS y los pactos sobre herencia futura

Otro tanto sucede con el art. 13 inc. 4 LGS, que prohíbe que la totalidad de las ganancias y prestaciones de la sociedad pertenezcan al socio sobreviviente⁵⁰. La norma procura impedir la afectación de los derechos de los herederos del socio fallecido, privándoselos de los beneficios que supone la participación social de la que este era titular⁵¹. La disposición, que pudiera tener algún sentido moral en sociedades formadas por personas humanas, no lo tiene en sociedades de capital en las que los socios son personas jurídicas que han invertido o cofinanciado desarrollos tecnológicos integrando aportes de capital a riesgo⁵². Ello no impide que el instrumento constitutivo pueda incluir cláusulas de exclusión de los herederos, en tanto reciban una justa contraprestación por su ejercicio, siendo su única limitante las disposiciones imperativas del CCCN en materia sucesoria⁵³.

existan o no ganancias, y sin importar de dónde la sociedad obtiene los fondos para pagarlos, sea emitiendo nuevas acciones para nuevos socios, o colocando deuda barata, ya que $K_d < K_e$ (siempre), con un plazo determinado, sujeto (o no) a condiciones suspensivas o resolutorias, y a opción de la sociedad, de otros socios, o del socio inversor que quiere salir del negocio”.

⁴⁷ Cfr. COLOMBRES, G., *Curso de Derecho...*, cit., p. 168.

⁴⁸ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *El contrato de sociedad*, cit., p. 710.

⁴⁹ Para OTAEGUI, J. -*Invalidez de actos societarios*, cit., p. 330-, lo que se invalida es el derecho a la adquisición de la parte social.

⁵⁰ Esto no siempre fue así y el Código Civil, hasta la reforma introducida por ley 17.711, autorizaba la exclusión (art. 1654 inc. 3).

⁵¹ ROITMAN, H., *Ley de Sociedades Comerciales*, cit., t. 1, p. 359; NISSEN, R., *Ley de Sociedades Comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 185.

⁵² Cfr. HEREDIA QUERRO, S., “Reflexiones sobre el concepto de Sociedad...”, cit., IJ Editores, 2019.

⁵³ Cfr. NETRI, F., “Las sociedades por acciones simplificadas ante el fallecimiento de un socio”, RDCO 289, 23/04/2018, 285; AP/DOC/157/2018.

En concordancia con tales razones morales⁵⁴, el CCCN prohíbe los pactos sobre herencia futura en los que el causante organiza su sucesión respecto de otros interesados (o en los que estos, aún en vida del causante, estipulan respecto de los derechos que habrán de corresponderles en el sucesorio). Empero, su art. 1010 incorpora una excepción que no reconoce antecedentes en proyectos nacionales⁵⁵. Este dispone que “los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”⁵⁶. La norma, orientada a facilitar el mantenimiento de la unidad de dirección de las empresas familiares⁵⁷, responde a corrientes doctrinarias que, previo a su sanción, bregaban por una legislación que *i.-*) permitiera la planificación sucesoria de las empresas familiares⁵⁸; *ii.-*) evitara la usual fuente de conflictos que resulta ser la incorporación forzosa de herederos a esta clase de negocios (sea por su falta de interés en estos o por el deseo de liquidarlos)⁵⁹, y *iii.-*) atendiera las necesidades del tráfico jurídico y de los terceros⁶⁰. La forma del contrato es libre (art. 1015 CCCN), pudiendo complementarse o modificarse sin que ello afecte su validez⁶¹.

Estos pactos no deben afectar la legítima hereditaria ni los derechos del cónyuge o de terceros en tal caso, los legitimarios que no presten conformidad podrán petitionar que se disponga la nulidad de la cláusula. Esto no implica *stricto sensu* la invalidez o nulidad del pacto, por cuanto la legítima funciona como límite a la

⁵⁴ Cfr. ROMERO, R., “Contrato parasocietario sobre herencia futura (art. 101º, 2 párr. C.C.y C.)”, t. 4 Ponencias, Congreso de Derecho Societario, Mendoza, 2016, p. 1568; BORDA, G., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1976, n. 1246, p. 187.

⁵⁵ Cfr. RIVERA, J., *Código civil y comercial de la Nación*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 514. Son su fuente el Código Civil de Cataluña y el Código Civil italiano a partir de su reforma de 2006, que regulara los pactos de familia; CALVO COSTA, C., *Código civil y comercial de la Nación*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 55; MEDINA, G., “Empresa familiar”, en *La Ley 2010-E*, 920.

⁵⁶ Esta excepción, circunscripta a explotaciones productivas y participaciones societarias, ha sido señalada por alguna doctrina como la introducción de un nuevo orden moral, por cuanto es contraria a la antes entendida inmoralidad de los pactos sobre herencias futuras que justificaba su prohibición. Cfr. CÓRDOBA, M., *Código civil y comercial de la Nación*, t. V, Lorenzetti (dir.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 738-739.

⁵⁷ Cfr. RIVERA, J., *Código civil...*, t. III, cit., p. 515; HERNÁNDEZ C. y IGLESIAS M., “Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010)”, R.D.C.O., 272, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015, p. 709.

⁵⁸ Cfr. URRETS ZAVALÍA, P., “El contrato de fideicomiso con efectos post mortem como herramienta de planificación en la empresa de familia. Posibilidades de anulación”, t. 4 Ponencias, Congreso de Derecho Societario, Mendoza, 2016, p. 1561.

⁵⁹ Cfr. KITAINIK N., en *Código civil y comercial de la Nación*, de BUERES, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi 2015, p. 583.

⁶⁰ Cfr. CÓRDOBA, M., *Código civil y comercial...*, t. V, cit., p. 739.

⁶¹ Cfr. CESARETTI, O., “Convenios de Incorporación de herederos”, cit., p. 117.

libertad de disponer del causante y su violación habilita al legitimario a reclamar el complemento de su legítima individual, reduciéndose las disposiciones testamentarias o las donaciones⁶². Puede también acordarse, cuando se prevea que no existirán bienes del causante suficientes para cubrir las legítimas individuales de aquellos legitimarios que quedarán desvinculados de la sociedad, que los demás colegitimarios beneficiados los compensen con bienes ajenos al caudal relicto⁶³.

Las eventuales valuaciones expuestas en el pacto no tienen fuerza vinculante y son orientativas de que no habrá de afectarse la legítima de los legitimarios excluidos, circunstancia que solo se podrá verificar en el sucesorio, por lo que, ante la falta de acuerdo entre los legitimarios respecto de los valores atribuidos vía pacto, debe estarse a la partición judicial, debiendo la formación de los lotes respetar la atribución preferencial a favor del legitimario-beneficiario (arts. 2371 inc. c y 2377 CCCN)⁶⁴. El pacto es válido aun sin la participación del causante o su cónyuge en el acuerdo del futuro⁶⁵. En tal caso, si el testamento contradijera el pacto celebrado por sus herederos beneficiando con un legado a un tercero no legitimario y ajeno al mismo, salvadas que sean las legítimas, “en lo que al legado se refiere prevalecerá el testamento (el pacto no puede perjudicar derechos de terceros). Si las diferencias entre pacto y testamento repercuten solo en la órbita de los colegitimarios contratantes, salvo acuerdo unánime de estos en contrario, prevalece el pacto”⁶⁶.

⁶² Cfr. ROMERO, R., “Contrato parasocietario sobre herencia futura...”, cit., p. 1587.

⁶³ Ídem, pp. 1588-1589. ROMERO agrega que la “experiencia profesional nos ha mostrado en una pluralidad de casos, que ciertos futuros legitimarios, en razón de estar dedicados a otras actividades o de tener otros proyectos de vida, carecen absolutamente de interés en incorporarse a la sociedad, mientras el resto de los colegitimarios, por el contrario, han dedicado toda su vida a la empresa familiar. En una importante cantidad de tales supuestos, los colegitimarios alcanzan un acuerdo por el cual, a la muerte del socio-futuro causante-, los primeros quedaran totalmente desvinculados de la sociedad, mientras que los otros se quedarán con las participaciones societarias. Como los restantes bienes del patrimonio del futuro causante, no alcanzan para cubrir las porciones legítimas individuales de los que se desvincularán, entonces también acuerdan que tales porciones serán completadas con bienes ajenos al caudal relicto (por ej. bienes pertenecientes a los legitimarios que se quedan en la sociedad, etc.), e inclusive mediante pagos diferidos en el tiempo, o rentas vitalicias, etc.”.

⁶⁴ Cfr. CESARETTI M. y CESARETTI O., “El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación”, en Revista del Notariado n. 918, p. 201. Según estos autores, “[c]onsciente el legislador de la situación que puede originarse respecto de los valores de la explotación productiva o las participaciones sociales desde el pacto hasta la apertura del sucesorio, y a fin de preservar la continuidad de la empresa familiar, ha establecido que las correspondientes hijuelas podrán ser cubiertas con dinero (art. 2377 CCCN), confiriendo para el caso de que exista una atribución preferencial (art. 1010 CCCN) la posibilidad de que el saldo a satisfacer represente más de la mitad del valor del lote”.

⁶⁵ Cfr. KITAINIK, N., *Código civil y comercial...*, t. 1, cit., p. 583.

⁶⁶ Cfr. ROMERO, R., “Contrato parasocietario sobre herencia futura...”, cit. p. 1585, quien señala que “si los legitimarios han prescindido del futuro causante como parte del pacto [...] es porque, seguramente, saben o presumen la existencia de una voluntad distinta a la de ellos, respecto al

Siendo que el pacto de herencia futura tiene carácter parasocietario, algunos autores entienden conveniente incluir a la sociedad de manera directa como parte del mismo, aun cuando esta no revista carácter de legitimaria, preferentemente mediante un documento referido a la conservación de la gestión empresarial o como estipulación a favor de terceros (art. 1027 CCCN)⁶⁷. La norma se circunscribe a explotaciones productivas y participaciones societarias, lo que excluye al resto del acervo hereditario⁶⁸. Empero, el término (explotación productiva) no se aplica exclusivamente a tipos societarios, sino que se extiende a empresas unipersonales, agrupaciones, fondos de comercio, establecimientos, haciendas y toda otra forma de emprendimiento⁶⁹. Al no tener un contenido jurídico preciso, debe también entenderse que se hace referencia a la empresa individual o familiar informal⁷⁰.

V.- La inutilidad de la tuitión preventiva en materia mercantil

La imperatividad tuitiva de la normativa societaria proviene del modo retrospectivo, en palabras de PAZ-ARES, de abordar la cuestión *ex post* y no *ex ante*. Si para resolver el conflicto uno se sitúa *ex post* de su generación, la tendencia natural será la de procurar distribuir equitativamente las pérdidas y ganancias en juego: de este modo el propio enfoque nos conducirá a pensar en la necesidad de reglas imperativas, porque dentro de mismo no es fácil captar la racionalidad de una regla que no prevea un reparto equitativo de lucro y quebrantos. “Los arreglos atípicos nos desconciertan, enseguida nos asaltan la duda de la expoliación, y por ello frecuentemente terminamos recurriendo a la idea del abuso. En cambio, si adoptamos el enfoque contrario, si no centramos la atención en el aspecto distributivo, en la forma de dirimir el conflicto, sino en los incentivos que crea de antemano la regla, nuestro modo de pensar cambia radicalmente. Entonces es cuando estamos en condiciones de comprender que las partes pueden estar interesadas, a la vista de sus peculiares circunstancias, en introducir una cláusula que modifique los incentivos que proporciona la reglas estándar a fin de obtener una mayor ventaja mutua”⁷¹.

destino y distribución que ha de conferirse a las participaciones societarias, después del deceso del causante”.

⁶⁷ Cfr. CESARETTI M. y CESARETTI O., “La planificación de la sucesión en la empresa familiar y el nuevo C.C.C.N.”, t. 4 Ponencias, Congreso de Derecho Societario, Mendoza, 2016, p. 1552.

⁶⁸ Cfr. CESARETTI M. y CESARETTI O., “El pacto sucesorio y la empresa familiar...”, cit., n. 918, 2014.

⁶⁹ Véase Luis LEIVA FERNÁNDEZ, en *Código civil y comercial comentado*, de ALTERINI, t. V, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 316; Raúl J. ROMERO, “Contrato parasocietario sobre herencia futura...”, cit., p. 1581.

⁷⁰ Cfr. RIVERA, J., *Código civil...*, t. III, cit., p. 517; HERNÁNDEZ C. y IGLESIAS M., “Los pactos sobre herencia futura...”, cit., p. 709.

⁷¹ PAZ-ARES, C. ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?, cit., 1997.

Las previsiones insertas en el instrumento constitutivo contrarias a las disposiciones del art. 13 LGS -en realidad, cualquier previsión- deben evaluarse según las condiciones al momento de su inclusión. Para el caso, una lectura superficial de la previsión de exclusión del sujeto de la totalidad de los beneficios con carácter permanente, pudiera llevar a considerar *a priori* que quien es calificado como socio no sea tal –pudiendo en su caso ser un mutuante-⁷². Pero a fin de evitar errores la evaluación, esta deberá hacerse teniendo en cuenta la situación de las partes al momento de contratar [*ex ante*]. Piénsese en quien, al aceptar resignar de manera temporaria su derecho a percibir utilidades, lo hace con la expectativa de vender luego su participación por un valor mayor⁷³. En tal caso, la exclusión en los beneficios es solo aparente y son los socios quienes libremente han calculado los mismos y evaluado su anómala -para el legislador- forma de percepción. La pertinencia de tales prohibiciones impuestas en el art. 13 LGS requiere de una evaluación profunda de las circunstancias del caso⁷⁴.

Incluso, aceptar un objetivo de beneficio común como característica distintiva de una asociación no significa necesariamente que todo el beneficio deba compartirse y distribuirse a todos los socios -además, el interés de un socio en una sociedad no se limita necesariamente al de compartir las ganancias-⁷⁵. Un socio puede beneficiarse de su participación de otras maneras que no sean meramente monetarias y por lo tanto, “estipularse en un acuerdo de asociación que un socio ceda su derecho a obtener ganancias a un tercero, o incluso a sus socios. Un padre puede desear establecer una sociedad con su hijo para asegurar un ingreso para este último, o un proveedor puede desear establecer una sociedad con uno de sus clientes para asegurar un mercado para sus productos. El padre y el proveedor tienen una razón válida para su participación en la empresa, incluso si renuncian a cualquier derecho a las ganancias de la sociedad a favor de sus respectivos socios. Un participante también puede negociar el pago de una anualidad en lugar de una participación en las

⁷² Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *El contrato de sociedad*, cit., t. 2, p. 711.

⁷³ “Amazon [...] una de las mayores empresas de comercio electrónico del mundo, si no la mayor [...] desde que entró en funcionamiento en 1995 apenas ha logrado obtener alguna ganancia en sus primeros 15 años: sus balances sólo mostraban pérdidas millonarias por inversiones multimillonarias para construir la plataforma disruptiva en la que se ha convertido [...] aún en 2010, 15 años después del inicio de operaciones, el margen de beneficio, el beneficio neto y el *cash flow* han ido descendiendo, excepto en 2013, y sin embargo el valor de sus acciones sigue creciendo, siendo, de hecho es la compañía con un ratio más alto entre beneficio y el precio de sus acciones”. HEREDIA QUERRO, S., “Reflexiones sobre el concepto...”, cit IJ Editores, 2019.

⁷⁴ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *El contrato de sociedad*, cit., t. 2, p. 711. “Cabe preguntarse por qué el Estado se inmiscuye en un acuerdo entre accionistas donde, por ejemplo, a cambio de inversión para el desarrollo de un prototipo, se ofrece la liberación total de soportar pérdidas eventuales, o prohíbe un pacto por el cual algunos socios tengan derecho a todos los beneficios producidos por la innovación que han financiado”. HEREDIA QUERRO, S., “Reflexiones sobre el concepto...”, cit., IJ Editores, 2019.

⁷⁵ HENNING, J. (2013). *Perspectives on the influence of...*, cit., 156-172.

ganancias. Su interés en lograr el objetivo de la sociedad no radica en participar en el beneficio incierto, sino simplemente en recibir un ingreso anual fijo, incluso en años en los que no se muestra ningún beneficio. La opinión de que la división del beneficio entre los socios no es esencial también ha encontrado favor en la ley angloamericana. Aunque el punto de partida básico es que compartir las ganancias es una de las características de una sociedad, la ley inglesa acepta que si las personas realizan un negocio como socios en todos los aspectos, pero las ganancias se utilizan constantemente con fines benéficos en lugar de compartir entre los participantes, pueden ser considerados como socios. El mismo punto de vista es apoyado por un número significativo de comentaristas estadounidenses⁷⁶.

En todo caso, la exclusión indebida del socio de su participación en los beneficios sólo habilita el re encuadramiento de la relación, por cuanto de lo que se trata es de evitar la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de aquel, corresponderá aplicar las reglas de la lesión “sin pretender codificar las hipótesis de tal lesión: los casos enumerados en el art. 13 [LGS] pueden ser completamente ajenos a situaciones de explotación” como las descriptas en el art. 332 CCCN⁷⁷.

⁷⁶ HENNING, J. (2013). *Perspectives on the influence of...*, cit., 156-172.

⁷⁷ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., cit., t. 2, Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 709.