

LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS Y EL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO

Autor: Dr. E. Daniel Balonas

Tema: Derecho Societario

69º ENCUENTRO DE INSTITUTOS DE DERECHO COMERCIAL
DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La Matanza, Junio de 2019.

PONENCIA:

DESDE LA SANCIÓN DE LA LEY 27349 HA NACIDO UNA CORRIENTE DOCTRINARIA IMPORTANTE QUE PREGONA QUE ESTE NUEVO TIPO SOCIAL NO ES ALCANZADO POR LAS NORMAS GENERALES DE LA LEY 19550, MAYORMENTE DE ORDEN PÚBLICO, Y SU PACÍFICA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.

ENTENDEMOS QUE TAL AFIRMACIÓN –AL MENOS EN LO GENÉRICO- NO SE SOSTIENE EN EL TEXTO DE LA LEY 27349 Y POR ENDE NO NOS PARECE AJUSTADA A DERECHO.

1. INTRODUCCIÓN.

La Ley 27349 trajo en su tercer título un nuevo tipo societario.

Si bien tal carácter de “tipo” societario es discutido por la doctrina, lo cierto es que el propio art. 33 de la Ley dice crear un “*nuevo tipo societario*” y no hace a la esencia de este trabajo tal discusión. Tampoco ahondaremos en los rasgos generales de las S.A.S., de los que somos críticos.

Nos centraremos en la doctrina que ha proliferado, especialmente en los últimos meses, y que ha pregonado que estas nuevas sociedades no son alcanzadas por la mayor parte de las reglas generales contenidas en la Ley 19550 –y su desarrollo jurisprudencial y doctrinario- sino que dejan librado a la autonomía de la voluntad de los socios la organización y restricciones que quieran –o no- aceptar.

Consideramos que esa postura no puede sostenerse a partir del texto de la Ley 27349, por lo que resulta errada, al menos de *lege lata*.

2. EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO SOCIETARIO.

Si bien el derecho societario no puede dejar de reconocer su origen en el derecho contractual, lo cierto es que se trata de un contrato sumamente particular, ello por dos esenciales razones:

- (i) Da nacimiento a un sujeto jurídico, que luego se interrelaciona con el resto de las personas –físicas y jurídicas-, muchas de las cuales no eligen tal relación en forma voluntaria (Vgr. El Estado, un tercero dañado) y otras aunque la eligen carecen de aptitud para evaluar seriamente el riesgo (Vgr. trabajadores, consumidores, etc.)
- (ii) Pese a que el vínculo entre socios es un contrato, una vez celebrado el mismo, las decisiones se toman esencialmente por mayoría, en el entendimiento de que es esta el mejor intérprete del Interés Social. Al punto que la mayoría tiene facultades para modificar el propio contrato aún en oposición de la minoría que ingresó a la sociedad

con tales condiciones. Y tal facultad no tiene otro contrapeso – cuando lo tiene- que el relativamente eficaz derecho de receso.

De tales características deriva un régimen protectorio de derechos de terceros, y también de los derechos de los socios imbuido de un indiscutible orden público, al menos como regla general.

Así lo sostuvo desde antiguo Ascarelli al definir que *“Los derechos que hemos venido examinando corresponden a cada socio en cuanto tal: los mismo son característicos del contrato de sociedad comercial y, por tanto, pueden ser regulados pero no abolidos pro el estatuto, y menos aún por un acuerdo de la asamblea”*¹.

En nuestro medio la postura fue seguida con mayor o menor intensidad por los distintos autores, pudiendo citar a Gagliardo² o a Nissen³. Otros autores diferencian la noción de norma imperativa del orden público, sin por ello dejar de reconocer que el régimen normativo de las sociedades de capital está formado por normas de carácter imperativo y dispositivo, *“verificándose en nuestro país, al igual que en los demás países de tradición continental europea, una mayor impronta imperativa en el plexo normativo societario”*⁴

A los fines de este trabajo carece de importancia ahondar en la discusión acerca de si la imperatividad de las normas y el orden público son conceptos equivalentes, ya que basta con la imperatividad para fundamentar nuestra postura.

Anticipamos que las S.A.S. no escapan a esas definiciones generales ni, por ende, a la necesidad de normas imperativas que las regulen. Ello con la sola excepción de la sociedad unipersonal, donde la característica mencionada en segundo término no resultaría aplicable en tanto se mantenga la unipersonalidad.

3. LA DOCTRINA EN RELACIÓN A LAS SAS Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Recientemente se ha dicho que *“La S.A.S. se caracteriza por su apertura en materia de contenidos en formas, que la hacen de entramado abierto en contraste con el formato rígido e imperativo que ostentan los restantes tipos denominados de capital, erigiendo la regla de la autonomía de la voluntad como eje del sistema. Y es razón de tal autonomía que la imperatividad normativa societaria tradicional se ve reducida casi por completo en el nuevo tipo”*⁵

¹ ASCARELLI, Tullio, “Sociedades y Asociaciones Comerciales” Ediar Editores, Buenos Aires, 1947, traducción por Santiago Sentis Melendo de la obra original publicada en Roma en 1936, pag. 135

² GAGLIARDO, Mariano, “Sociedades Anónimas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, págs. 300 a 305.

³ NISSEN, Ricardo A. “Ley de Sociedades Comerciales”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, tomo 4, pág. 91, citando a Borda en apoyo de su tesis de la coincidencia entre Orden Público e Imperatividad de las normas.

⁴ DUPRAT, Diego A., en “Tratado de los Conflictos Societarios”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, Tomo I, pág. 47, con cita de un trabajo de José Miguel Embid Irujo publicado en RDCO año 32, 1999, pág. 209=

⁵ BALBÍN, Sebastián “Sociedad por Acciones Simplificada”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, págs. 32/33, citando a Duprat, D.; Pérez Hualde, F.; Van Thienen, P.; Di Chiazza, I.; Suarez, S. entre otros.

El mismo autor explica que el modelo impuesto por la Ley 27349 “solo encuentra su límite a frente la comisión de abusos, fraude o la mala fe en el ejercicio de los derechos previstos en el Capítulo 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”⁶

En similar sentido se han expedido en recientes jornadas preparatorias del próximo Congreso Nacional de Derecho Societario reconocidos autores, como Guillermo Ragazzi, Ariel A. Dasso, Julia Villanueva, Rafael Manóvil y Reyes Villamizar.

Perciavalle afirma que “La SAS “privatiza” del derecho de las sociedades cerradas, al anteponer la voluntad de los socios sobre las normas de la ley 19550”⁷

Otros autores han concluido que la inmunidad a las normas imperativas de la Ley 19550 es solo en cuanto a aquellas que protegen a los socios, mas no en lo que hace a normas que protegen a terceros. Entre ellos podemos citar a Favier Dubois y Spagnuolo⁸

4. LA LEY DE S.A.S. Y LAS NORMAS IMPERATIVAS DE LA LEY 19550.

Sin ingresar en la crítica sobre las bondades o deficiencias de la Ley, e incluso evadiendo la discusión sobre la conveniencia o necesidad de existencia de tal régimen que tradicionalmente caracterizó –y sigue caracterizando- nuestro derecho societario, nos proponemos aquí contradecir lo que tan reconocidos doctrinarios –a quienes en general admiramos- sostienen.

Para ello no nos vamos a fundar más que en la Ley 27349 y su texto hoy vigente.

Anticipo que tal texto no es el que muchos desearíamos que fuera, tampoco es el mismo que rige en Colombia o el que propone el Proyecto de Guía Legislativa de la Entidad de Responsabilidad Limitada de la CNUDMI que se dice seguido por nuestra Ley de SAS.

La norma vigente es la que nos rige y la que ha de ser interpretada por los jueces.

Dispone el art. 33 de la Ley 27349 que la S.A.S. es un nuevo tipo societario regido por esta ley y que supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la Ley 19550 “en cuanto se concilien con esta Ley”

De tal norma expresa podemos colegir, sin lugar a dudas que:

- (i) Prevalece la Ley 27349 sobre la Ley 19550.
- (ii) Lo no previsto en la Ley 27349 se rige por la Ley 19550 en tanto ello “se concilie” con las normas sobre S.A.S.
- (iii) La remisión es claramente a los artículos 1 a 124 (Títulos I y II, o parte general), sin perjuicio de las posteriores remisiones a normas de la

⁶ BALBIN, Sebastián, op. Citada, pág. 34, con cita de Marcelo Barreiro.

⁷ PERCIAVALLE, Marcelo, “SAS – Ley Comentada de las Sociedades Por Acciones Simplificadas”, Erreius, Buenos Aires, 2018, pág. 24.

⁸ FAVIER DUBOIS, Eduardo y SPAGNUOLO, Lucía “Nace una estrella: La Sociedad por Acciones Simplificada”, ERREPAR, DSCE N° 366, mayo de 2018 y FAVIER DUBOIS, Eduardo “Sociedad por Acciones Simplificada y el sistema Societario: Cuatro Preguntas y el Miedo a la Libertad” LL, Columna de opinión del 29/5/2017.

S.R.L. o incluso la posibilidad de aplicar, por analogía, normas relativas a otros tipos sociales que se concilien con la cuestión a resolver⁹

Dicho ello, queda claro que en todo lo no resuelto por la Ley de S.A.S., las normas de la Ley 19550, que en su mayor parte son imperativas, resultan aplicables, en tanto “*se concilien*” con la Ley 27349.

Y como vimos al comienzo, la SAS participa de las razones que justifican tal imperatividad, por lo que la regla ha de ser la aplicación de la Ley 19550, salvo evidente incompatibilidad.

Pues bien ello nos impone analizar cuáles son las normas y principios de la Ley de SAS que podrían no “conciliar” con los de la Ley 19550.

5. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS S.A.S. CONFORME EL TEXTO DE LA LEY 27349.

Reiteramos que no nos vamos a referir a lo que la doctrina ha dicho que son las S.A.S., sino a lo que la Ley dispone.

Se trata claramente de un nuevo tipo de sociedades, notablemente similar a las S.R.L. aunque con el capital dividido en acciones, cuyas diferencias sustanciales con los tipos sociales ya conocidos son:

- (i) **Celeridad en la constitución y en la obtención de CUIT y de una cuenta corriente bancaria.** Si bien se menciona como diferencia que la inscripción registral carece de otros controles que los formales, lo cierto es que los artículos 34 a 38 de la Ley 27349 no difieren sustancialmente de los arts. 6 a 10 de la Ley 19550. Los recaudos del art. 36 no difieren sustancialmente del art. 11 de la Ley 19550 excepto en lo que mencionaremos luego.
- (ii) **Amplitud del objeto,** que puede ser amplio y plural.
- (iii) **Prestaciones accesorias,** reguladas de modo muy confuso, al punto que la doctrina ha concluido que no se trata del mismo instituto que el previsto en la Ley 19550.
- (iv) **Autonomía en la organización interna,** pese a la proclama del art. 49, vemos que si existe una autonomía en cuanto a la organización del órgano de administración, aunque no en cuanto al de gobierno que el art. 53 impone que sea la reunión de socios sin perjuicios de las reglas supletorias iguales a las de la SRL. y las excepciones en caso de socio único. Luego también regula la Ley que debe existir un órgano de administración por un lado, un representante –que podría coincidir- y por otro la reunión de socios y, optativamente una sindicatura. Si bien el esquema difiere algo, no parece dar mayor autonomía de la voluntad que el de la S.R.L.
- (v) **Autoriza las reuniones autoconvocadas,** lo que se contradice con la regulación de las sociedades anónimas, mas no con las de los demás tipos sociales que no la prohíben.
- (vi) **Establece la contabilidad digital,** en forma opcional, tal como también ahora la prevé el art. 61 de la Ley 19550 modificada por Ley 27444.

⁹ Conforme art. 2 del Código Civil y Comercial las leyes análogas son la fuente de interpretación de las normas luego de sus palabras y sus finalidades.

(vii) **El Contenido de los Estados Contables será definido por la AFIP,** órgano que finalmente se remitió a las normas contables profesionales, idénticas a las que aplican a las demás sociedades.

(viii) **Propone un esquema de instrumentos digitales,** que pese a lo novedoso del sistema no se contradice con la Ley 19550.

No hemos encontrado otras diferencias, incluso sostenemos que no la es el capital mínimo exigido, ya que en la Ley 19550 cinco de los seis tipos sociales ni siquiera tienen capital mínimo, y la sociedad anónima tiene uno que también resulta irrisorio para la mayor parte de los negocios que aún mínimas sociedades pueden encarar.

Al contrario, en casi todos los artículos de la Ley 27349 encontramos notables similitudes con las conocidas normas de la Ley 19550. Similitudes que omitimos desarrollar en mérito a la brevedad de este trabajo.

6. CONCLUSIONES.

En función de lo expuesto, podemos concluir que la mayor parte de las normas imperativas –si no todas- de los títulos I y II de la Ley 19550 se concilian perfectamente con las disposiciones y principios de la Ley 27349, de allí que resulten aplicables a las S.A.S., que no pueden evadirse de ellas.

Así, las reglas de los arts. 58 y 59, la intangibilidad del capital social (Art. 68), la desestimación de la personalidad¹⁰, las restricciones de los arts. 28, 31 y 32; las reglas de los arts. 34 y 35; el derecho a tratar estados contables del art. 69, el de información de los arts. 55 y 67, las normas de intervención judicial, etc. resultan plenamente aplicables a estas nuevas sociedades.

También, y conforme la analogía prevista en el art. 2 del Código Civil y Comercial, se rigen estas sociedades por toda otra norma contenida en la Ley 19550 que resulte aplicable a la solución de un caso no previsto en la Ley 27349, salvo que sea imposible conciliarlo con los caracteres que hemos enumerado en el punto anterior, cosa que no parece probable.

También resulta aplicable el art. 17 de la Ley 19550 en cuanto deriva a su sección IV al supuesto de S.A.S. que por no inscribirse no obtenga la oponibilidad del tipo¹¹.

¹⁰ Que de todos modos sería aplicable por el art. 144 del Código Civil y Comercial

¹¹ Al menos si la sociedad tiene más de un socio. Por nuestra parte consideramos que si la sociedad fuese unipersonal no accedería a la sección IV por imperio del art. 1 de la Ley 19550, con lo que carecería de personalidad jurídica.