

HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LO IMPERATIVO A LA LUZ DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

Facundo José Nazur

SUMARIO:

La incorporación de la SAS al ordenamiento jurídico argentino introdujo profundos cambios en el derecho de sociedades de nuestro país. Mediante esta figura, adquiere plena vigencia en esta rama del derecho el principio de la autonomía de la voluntad. Es claro que, aunque amplio, el principio no reviste carácter absoluto. Sin embargo, no resulta apropiado establecer de manera general y previa en qué casos puede restringirse. Ello es algo que sólo puede ser determinado en casos particulares y con carácter posterior. Para así proceder, es necesario recurrir a otros principios como la buena fe y el abuso del derecho, a través de los cuales pueden corregirse las consecuencias negativas que apareja un uso desviado de la autonomía de la voluntad. En esa tarea, será fundamental el rol de los jueces, quienes ante situaciones concretas estarán en condiciones de determinar qué principio pesa más en cada caso. Esta solución permitirá a los particulares ejercitar su creatividad para organizar sus empresas y a los tribunales corregir los eventuales vicios y defectos que puedan generarse por un mal uso de esta facultad.



1. Una primera aproximación al tema

La sanción de la ley 27.349 que aparejó la incorporación de la sociedad por acciones simplificada (SAS) al ordenamiento jurídico argentino produjo importantes cambios en el derecho societario local que invitan a reflexionar sobre algunas cuestiones.

Defensores y detractores del nuevo tipo societario coinciden en afirmar que el fenómeno previsto en el Título III de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) representa una novedad en el marco del derecho argentino. Como

consecuencia de ello, un sinfín de doctrinarios ha dedicado su atención a esta temática. A poco más de dos años de vigencia de la norma, se han abordado incontables cuestiones relacionadas con la sociedad por acciones simplificada a lo cual se suma la reciente experiencia práctica que hasta el momento ha dejado el empleo de la figura por parte de los empresarios que operan en el medio local. En ese contexto, no exento de polémicas y fructíferas discusiones, aparece el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades presentado en junio de 2019 que, entre otras cuestiones, incorpora la figura de la SAS a la ley de sociedades.

Una de las aristas que ha merecido especial atención es la referida al preponderante rol que este tipo societario otorga a la autonomía de la voluntad. Se destaca el retorno al modelo de sociedad-contrato¹ y el amplio margen con el que cuentan los socios para estructurar sus negocios. Si bien ello es reconocido prácticamente por la totalidad de los autores que han tratado el tópico, la mayoría de ellos –incluso los mayores defensores de la mentada autonomía– suelen abocarse a un planteo que a los fines de este trabajo se identificará como clásico. El abordaje clásico consiste identificar las normas incluidas en la ley 27.349 y en otros cuerpos legales –sobre todo en la ley 19.550– que se consideran imperativas y que por tanto los socios no pueden dejar de lado. Este enfoque es ampliamente mayoritario en la doctrina argentina. Los autores difieren en el elenco de normas que cada uno considera imperativas, pero la metodología es la misma: identificar previamente y con carácter general qué es imperativo y qué es disponible.

El referido método no representa una novedad propia de la sociedad por acciones simplificadas. Aún con anterioridad a su sanción se discutía intensamente sobre las normas imperativas en la ley 19.550. En el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario celebrado durante el año 2016, un considerable número de ponencias se ocuparon de tratar esta cuestión.

Nótese que si bien se habla de una modernización de nuestro derecho corporativo², o incluso de un cambio de concepción en del derecho societario argentino³, en general se sigue recurriendo a abordajes tradicionales a la hora de encarar la materia, en tanto ello se apoya en la tradición jurídica local firmemente asentada.

¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco “SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada”, 4ª edición, LEGIS, Bogotá.

² HADAD, Lisandro, “*La Sociedad por Acciones Simplificada y la llegada a la modernidad*”, LL Online 27/07/2017. Cita online: AR/DOC/1387/2017.

³ VILLANUEVA, Julia, “*La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario*”, LL Online 11/12/2018. Cita online: AR/DOC/2430/2018.

Sin embargo, otro sector de la doctrina encabezado por Francisco Reyes Villamizar, propone abordar la cuestión desde otra perspectiva que evite definir de manera previa y con carácter general qué normas son imperativas y cuáles no. Para los propósitos de este trabajo, se identificará a esta línea de pensamiento como crítica. Siendo que la postura clásica se encuentra sumamente difundida y es conocida por la generalidad de los autores, en lo sucesivo se abordarán algunas cuestiones atinentes a la corriente crítica.

2. Los cambios en el campo de las teorías jurídicas y su impacto en las normas

Durante el transcurso del siglo XX se desarrollaron una enorme cantidad de teorías en el campo de la filosofía del derecho, muchas de ellas contrapuestas entre sí. Para algunos, el campo de la filosofía es visto como una disciplina lejana, distante del mundo real y carente de aplicación práctica. Sin embargo, esta tesis se presenta como equivocada. La prueba de ello es que las normas que se dictan en un determinado tiempo histórico siempre tienen su fundamento final en alguna teoría iusfilosófica.

Así, no es de extrañar que las ideas elaboradas durante el siglo pasado hayan impactado en las legislaciones de diversos países. A modo de ejemplo, puede señalarse que la teoría originariamente desarrollada por Ronald Dworkin ⁴ y que posteriormente fuera profundizada por Robert Alexy ⁵ tuvo una enorme influencia en los ordenamientos jurídicos de diferentes latitudes. Una clara muestra de ello es el Código Civil y Comercial argentino. En él se recoge la noción central en la teoría de Dworkin-Alexy en que la norma se subdivide en regla y principio. Existen principios generales del derecho, pero también existen principios particulares con un determinado rango de aplicación dentro de las diversas ramas que integran el universo jurídico.

El rol preponderante de los principios impacta en la forma de interpretar el derecho. Resultan ampliamente conocidas las pautas interpretativas en materia de reglas, pero ellas no resultan aplicables a los principios en razón de las profundas diferencias en la naturaleza de ambos. Siguiendo a Alexy ⁶, los conflictos entre reglas ⁷ se resuelven mediante la declaración de la invalidez de una de ellas

⁴ DWORKIN, Ronald, *“Una cuestión de principios”*, 2ª edición, Siglo Veintiuno, 2017.

⁵ ALEXY, Robert, *“Teoría de los derechos fundamentales”*, 2ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

⁶ Ibidem.

⁷ Lo que ocurre cuando una regla permite algo y otra lo prohíbe, por ejemplo.

o a través de la introducción de una cláusula de excepción en la regla desplazada. Esto implica que, en todos los casos una de las reglas prevalece sobre la otra.

En cambio, el conflicto de principios se soluciona a través del método de la ponderación a través del cual se determina el peso de cada uno de ellos para resolver la situación que se presenta. Así, en el caso determinado uno de los principios cede frente al otro, pero no es declarado inválido, ni tampoco se introduce una cláusula de excepción en el principio desplazado. La consecuencia práctica de esto es que si bien en una situación determinada puede prevalecer un principio sobre otro, si las circunstancias son distintas, puede ocurrir lo inverso.

Muchas veces el derecho societario se mantiene ajeno a estas nuevas tendencias. Y es que, se trata de una rama del derecho con un marcado carácter conservador⁸. Esto se da a pesar de la redacción de la ley 27.349 que incluye una serie de postulados innovadores en la materia y en donde existe un amplio campo para la libertad. Ello se debe a que además de una adecuada regulación, es preciso recurrir a métodos acordes con los tiempos que corren.

Con anterioridad a la sanción de la ley 27.349 en el ámbito del derecho privado –y con especial magnitud en el ámbito contractual– rige el principio de la autonomía de la voluntad. Claro está que el principio está sometido a limitaciones, en tanto no existen derechos absolutos en nuestro sistema. Dicho principio, ocupa un lugar especial en el marco del derecho de sociedades, lo que se ve reforzado con la sanción de la LACE. Es que, la sociedad por acciones simplificada pretende erigirse en un tipo en el que el o los socios cuenten con un amplio margen para el armado de la estructura.

A pesar de eso –y aunque en nuestro sistema rige el principio de la buena fe– parte de la doctrina suele desconfiar de la autonomía. Incluso quienes consideran que dicha libertad es positiva, suelen comenzar el análisis de la materia abordando aquellos casos en que ella se encuentra vedada o restringida.

3. Una nueva forma de abordar la cuestión

Durante el siglo pasado tanto en nuestro país, como en otras latitudes, se debatió intensamente sobre la naturaleza del derecho corporativo. En cierto sentido, dicha discusión ha llegado hasta nuestros días. De un lado, un sector defiende el carácter eminentemente imperativo de ciertas normas que forman parte de esta rama, mientras que del otro lado se encuentran quienes sostienen

⁸ VERMEULEN, Erik, en REYES, VILLAMIZAR, Francisco, “*Análisis económico del derecho societario*”, Astrea, Buenos Aires, 2019.

que se trata de una rama del derecho en que la mayoría de disposiciones revisten carácter dispositivo.

En un minucioso análisis de la materia, John C. Coffe Jr. se ubica en una posición intermedia entre ambas posturas y afirma que si bien existen componentes imperativos, ellos no surgen del contenido específico de alguna norma –lo que implicaría determinar qué es imperativo con carácter previo–, sino por la evaluación posterior que puedan llegar a efectuar los tribunales⁹. Por tratarse de relaciones con vocación al largo plazo, lo regulado por la ley y lo pactado por las partes resulta necesariamente incompleto. Es ahí donde el rol de aquellos llamados a solucionar los conflictos adquiere preponderancia, ya que son quienes podrán efectuar un análisis luego de que los hechos han acaecido.

Resulta imposible prever todas las contingencias que pueden suscitarse con carácter previo. El autor afirma que de esa manera, se otorga libertad a los socios para estructurar sus negocios de la manera que ellos consideren más conveniente, con un adecuado contrapeso con el que se podrán corregir desequilibrios en el futuro. Así, los socios tienen un amplísimo margen, pero también se reconoce una solución para los problemas que pueda generar la existencia de sesgos cognitivos¹⁰. Por ello se habla de una posición intermedia.

Lo cierto es que, si analizamos lo ocurrido en los últimos siglos, la tendencia en derecho comparado –a la cual no es ajena el ordenamiento argentino– es hacia la disminución del contenido imperativo y el otorgamiento mayores libertades a los particulares. En Estados Unidos sobran los ejemplos de cuestiones que en el pasado no eran susceptibles de ser dejadas de lado aún en casos en que mediaba acuerdo. Uno de ellos es el de la derogada prohibición de emisión acciones bajo la par –que aún se encuentra incluida en el artículo 202 de la LGS y que el Proyecto de Reforma también incluye–. En 1891 la Corte Suprema de Justicia de dicho país convalidó la posibilidad de emitir acciones por debajo de su valor nominal, aun cuando ello se encontraba prohibido por la normativa¹¹. Actualmente no se discute que se trata de una cuestión con carácter supletorio.

⁹ COFFEE JR, John C., “Mandatory/ Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role”, *Columbia Law Review*, 1989, p. 1618 y ss. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/27.

¹⁰ Para un análisis sobre la temática de la autonomía de la voluntad y los sesgos cognitivos ver: COSTE, Diego – BOTTERI (H.), José D., “Los límites de la autonomía de la voluntad en la Sociedad por Acciones Simplificada”, *LL Online* 07/03/2019. Cita online: AR/DOC/401/2019.

¹¹ *Handley v. Stutz*.

En Argentina la tendencia es similar. La redacción originaria de la ley 19.550 vedaba la existencia de sociedades atípicas, preveía un riguroso régimen para las sociedades irregulares, entre otras cuestiones¹². La ley 26.994 atemperó algunas de estas cuestiones, sin efectuar una reforma integral de la norma. Entra las modificaciones, se destaca la reforma a la sección IV del capítulo I de la LGS que preparó el terreno para futuras reformas. Por su parte, la LACE continuó esa línea y reguló un nuevo tipo societario con el que se pretende profundizar la tendencia hacia un derecho societario con menos contenido imperativo. Esta norma reafirma el principio de autonomía de la voluntad, previsto por el artículo 958 del Código Civil y Comercial de la Nación. Consecuentemente, ello influye sobre la manera en que el contenido de la norma debe ser interpretado y aplicado, en tanto el análisis no puede partir de la limitación del principio. A la inversa, debe entenderse que las partes intervinientes en un negocio de estas características cuentan con un amplio margen para estructurar sus relaciones.

Nótese la impropiedad de comenzar la interpretación teniendo en miras el fraude o las posibles desviaciones en que puedan incurrir las personas que intervienen en el negocio. Si aceptamos que rige el principio de autonomía de la voluntad –lo cual se encuentra avalado por diferentes reglas particulares– este solo podrá ser limitado cuando afecte otro principio que en el caso particular tenga un mayor peso. El sistema cuenta con herramientas adecuadas para corregir las situaciones de abuso o fraude.

4. La aplicación supletoria de las normas de LGS

El artículo 33 de la LACE establece que las disposiciones de la LGS se aplican a la SAS supletoriamente, siempre y cuando se concilien con las finalidades de la ley 27.349. Algunos autores, sostienen que el hecho de que la SAS sea definida como una sociedad, implica que a ella resultan aplicables ciertas disposiciones de la LGS que derivan de esta situación¹³. Esta línea de interpretación afirma que definir a la SAS dentro del género sociedad implica que ella deberá sujetarse a las disposiciones del artículo 1 de la LGS. Esta corriente ve al interés social como un valladar que la SAS no podrá cruzar y consecuentemente

¹² Cfr. VILLANUEVA, op. cit., p. 1.

¹³ Cfr. MANÓVIL, Rafael, “*La SAS y las normas generales de la ley de sociedades*”, LL Online 29/05/2019. Cita online: AR/DOC/718/2019. VILLANUEVA, op. cit. También pareciera ser la postura que triunfó en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades.

considera que las prohibiciones contenidas en el artículo 13 de la LGS resultan de plena aplicación para este nuevo tipo societario.

No se comparte las consideraciones vertidas en el párrafo anterior, en tanto se entiende que ellas no se compadecen con el método interpretativo propuesto y contradicen los principios que rigen la materia. Ello es conteste con la existencia de un derecho en que los principios tienen un rol preponderante.

Sin embargo, cabe destacar que en nuestro sistema no existen derechos absolutos, de acuerdo con el principio que surge de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional. Cabe entonces identificar los límites a los que está sujeto el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Para detectar dónde se encuentran dichos límites, cabe hacer un distingo entre las relaciones con terceros y las relaciones intrasocietarias¹⁴. En el primer caso, está claro que no pueden afectarse los derechos de terceros. Pero en el segundo, la cuestión varía y la autonomía no encuentra el mismo valladar antes mencionado. Así, los socios podrán dejar de lado las normas destinadas a su protección. Aquí, el límite no se encuentra en reglas específicas de la LACE o la LGS, sino en los principios generales, particularmente en la buena fe y en el abuso del derecho¹⁵. Ello se compadece con el mecanismo de interpretación propuesto en el apartado anterior.

Lo anterior implica una redefinición del derecho de sociedades que –tal y como fuera sostenido en diversas oportunidades del presente– debe complementarse con un método de interpretación en que los principios ocupen el lugar que les corresponde de acuerdo con las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico.

5. Conclusión

La incorporación de la SAS al ordenamiento jurídico argentino introdujo profundos cambios en el derecho de sociedades de nuestro país. Mediante esta figura, adquiere plena vigencia en esta rama del derecho el principio de la autonomía de la voluntad previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación, consecuencia lógica del derecho a asociarse con fines lícitos establecido en el artículo 14 de la Constitución Nacional.

A pesar de la existencia de un amplio campo para la libertad de configuración, parte de la doctrina ha entendido que resulta imperioso determinar con

¹⁴ Cfr. RAMÍREZ, Alejandro H., “*La libertad contractual en la Sociedad por Acciones Simplificada*”, IJ Editores, Revista Argentina de Derecho Societario N° 21, mayo 2019. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=a0107d84bc4717e1cdf64bd193feb9d3>

¹⁵ Idem.

carácter previo y general qué normas se consideran imperativas y por tanto, indisponibles por las partes. Mucho de esos límites suelen hallarse en la LGS, que resulta aplicable a la SAS supletoriamente en virtud del artículo 33 de la LACE.

Sin embargo, dicho enfoque debe ser revisado. La existencia de esta novedosa figura—bajo los parámetros de nuestro derecho local— obliga a recurrir a métodos interpretativos que se compadezcan con la nueva norma y con el ordenamiento jurídico en general. Así, resulta apropiado reconocer la existencia de principios con aplicación a todas las ramas del derecho o con un ámbito más circunscripto.

El principio rector en esta materia es la autonomía de la voluntad que emana de algunas normas particulares de la LACE (por ejemplo, el artículo 49 donde se prevé la estructura orgánica de la SAS) y de la regla general prevista en el artículo 958 del Código Civil y Comercial. El campo de acción de tal principio es muy amplio y por lo tanto, quienes intervienen en este negocio cuentan con un extenso margen para estipular lo que resulte más conveniente para sus intereses.

Es claro que el principio no reviste carácter absoluto. Sin embargo, no resulta apropiado establecer de manera general y previa en qué casos puede restringirse. Ello es algo que sólo puede ser determinado en casos particulares y con carácter posterior. Para así proceder, es necesario recurrir a otros principios como la buena fe y el abuso del derecho, a través de los cuales pueden corregirse las consecuencias negativas que apareja un uso desviado de la autonomía de la voluntad. En esa tarea, será fundamental el rol de los jueces, quienes ante situaciones concretas estarán en condiciones de determinar qué principio pesa más en cada caso. Esta solución permitirá a los particulares ejercitar su creatividad para organizar sus empresas y a los tribunales corregir los eventuales vicios y defectos que puedan generarse por un mal uso de esta facultad.