

## **DERECHOS DE LOS SOCIOS EN EL MARCO DE LAS S.A.S. MÁXIMO ÁMBITO DE LIBERTAD CONTRACTUAL Y DE AUTORREGULACIÓN**

*Diego Arturo Duprat*

### **SUMARIO:**

Uno de los aspectos en que el régimen de SAS consagra el mayor ámbito de libertad contractual y se independiza, así, del régimen societario general, es en punto a los derechos de los socios.

El art. 36 de la ley 27.349 impone a los socios fundadores que el instrumento constitutivo contenga “las cláusulas necesarias para establecer los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros” (inc. 9).

Se analizará que sucede cuando no se regulan o se regulan deficientemente los derechos de los socios entre sí; cuáles derechos devienen aplicables sólo en caso de pacto expreso y cuáles serían de aplicación aun cuando no fueran incluidos en el instrumento constitutivo.

### **PONENCIA:**

Uno de los aspectos en que el régimen de SAS consagra el mayor ámbito de libertad contractual y se independiza, así, del régimen societario general, es en punto a los derechos de los socios.

Me referiré, sucintamente, a la regulación de los derechos de los socios entre sí.



### **1. Ausencia de regulación. Sanción**

El art. 36 de la ley 27.349 impone a los socios fundadores que el instrumento constitutivo contenga “las cláusulas necesarias para establecer los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros” (inc. 9).

Si los socios nada hubieran consignado en el instrumento constitutivo respecto a sus derechos, ni hubieran incluido las cláusulas necesarias para establecerlos, la sociedad -eventualmente- debería pasar a estar regulada por la Sección IV del Capítulo I de la LGS por incumplir las formalidades exigidas por la ley (art. 21, LGS). Digo eventualmente porque el artículo citado sólo habla del incumplimiento de las formalidades dispuestas por la ley 19.550 no permitiendo, en principio, que el incumplimiento de las formalidades impuestas por otras leyes o la omisión de requisitos esenciales de tipos societarios regulados por otras normas (como es el caso de la ley 27.349), lleven a la aplicación analógica del régimen de la Sección IV del Capítulo I de la Ley General de Sociedades.

De todas maneras, entiendo que resulta razonablemente conveniente integrar el régimen de las SAS al sistema regulatorio de la informalidad de los arts. 21 a 26 de la LGS, en aras de mantener cierta coherencia del sistema societario y a fin de evitar la nulidad por defectos formales o tipológicos.

## 2. Marco y alternativas legales

Volviendo al tema de los derechos de los socios de las SAS, el inc. 9 del art. 36 citado obliga a los socios a consignar sus derechos y obligaciones o a disponer alguna cláusula para establecerlos (por ejemplo, reenvío a otra normativa), pero deja a su arbitrio la determinación del contenido, lo que va en línea con la pauta del art. 958, CCyC para los contratos<sup>1</sup>. Es lo que se denomina una norma imperativa abierta: se impone, en forma imperativa, la regulación de ciertos aspectos, pero la determinación de su contenido específico queda librado a la voluntad de las partes.

Esta imposición normativa permite que los fundadores adopten cualquiera de las siguientes alternativas:

- a. Remitir a la aplicación de la LGS, a una parte de ella o a cualquier otro ordenamiento análogo y compatible.
- b. Fijar algunos derechos y remitir, en forma supletoria, a otro ordenamiento legal.
- c. Disponer qué derechos tendrán los socios, sin prohibir los que pudieran ser de aplicación supletoria.
- d. Fijar algunos derechos y dejar aclarado que no tendrán ningún otro.

---

<sup>1</sup> “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

Queda claro que lo que no pueden hacer es no decir nada al respecto; como llamativamente hacen algunos estatutos tipos dispuestos por los organismos de contralor de distintas jurisdicciones.

Salvo casos de ejercicio abusivo, lesión o vicios de la voluntad (error, dolo y violencia), las disposiciones que adopten los socios sobre sus derechos serán obligatorias entre ellos y respecto de la sociedad (art. 959, CCyC), siempre y cuando se interpreten, ejerzan y apliquen de buena fe (arts. 9, 961 y 1061, CCyC).

Téngase en cuenta que violar o mal interpretar expresas y precisas disposiciones contractuales, pactadas voluntariamente por las partes -esto es: con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCyC)- configuraría un supuesto de violación al principio de buena fe (art. 9, CCyC), al de confianza y al deber de lealtad (art. 1067, CCyC).

Teniendo en cuenta que la SAS es un contrato (salvo la constituida por un solo socio) deviene de aplicación todo el plexo normativo del CCyC sobre contratos privados, especialmente en lo que se refiere a su interpretación (arts. 1061 a 1068, CCyC).

### **3. Derechos expresamente consagrados por la ley 27.349**

Para ir desbrozando el tema de análisis, dejaremos de lado ciertos derechos que la ley 27.349 reconoce expresamente a los accionistas, pero que los impone en forma colectiva. No se trata de derechos individuales, ni se los debe confundir con los que se deben explicitar -en forma directa o indirecta- en el instrumento constitutivo, ya que no refieren a las relaciones entre socios, sino a la conformación y funcionamiento del ente.

Estos son:

- a. Constituir la SAS por instrumento público o privado; o por medios digitales (art. 35).
- b. Determinar el monto del capital, la forma y plazo de integración (arts. 36-6 y 41).
- c. Pactar prestaciones accesorias y definir su alcance y contenido (art. 42)
- d. Fijar el valor de los aportes en bienes no dinerarios (art. 42).
- e. Determinar el régimen de aumento del capital social (art. 36-6).
- f. Determinar las clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones (art. 36-6), indicando clases y derechos (art. 44).
- g. Emitir acciones con distintos derechos económicos y políticos (arts. 45 y 46). Emitir nuevas acciones a valor nominal o con prima de emisión

- y, en este último caso, fijar primas diferentes entre las distintas acciones emitidas (art. 44).
- h. Regular, condicionar y limitar la transferencia de acciones, y hasta prohibirla -total o parcialmente- por un plazo de 10 años, prorrogable (art. 48).
  - i. Determinar la estructura orgánica de la sociedad y fija el funcionamiento de los órganos sociales (arts. 36-7 y 49), teniendo derecho a establecer un órgano de fiscalización y definir su funcionamiento (art. 53).
  - j. Establecer las funciones de cada administrador o disponer que sus funciones se ejerzan en forma conjunta o colegiada (art. 50).
  - k. Fijar el término de duración de los mandatos de los cargos de administradores y fiscalizadores (art. 36-7).
  - l. Designar al representante legal de la sociedad (art. 51).
  - m. Establecer que el órgano de gobierno se reúna en la sede social o fuera de ella (art. 53).
  - n. Definir las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas (art. 36-8).
  - o. Disolver la sociedad (art. 55).
  - p. Prever un sistema de resolución de conflictos (art. 57).

#### **4. Derechos que sólo si se lo establecen en el instrumento constitutivo -o eventualmente en las condiciones de emisión de nuevos títulos- gozan de validez y vigencia**

Existe otra categoría de derechos que, sólo en caso de ser explícitamente contemplados en el instrumento constitutivo, devienen de aplicación; ya sea por su expresa mención, o por la adopción de cláusulas que así los establezcan (reenvío a otros ordenamientos).

Se trata de los derechos que, históricamente, conformaron el estatus del socio, aquellos que De Gregorio<sup>2</sup> denominó “derechos esenciales de los socios”.

---

<sup>2</sup> DE GREGORIO, Alfredo en BOLAFFIO-ROCCO-VIVANTE; *Derecho Comercial* 6, De las Sociedades, Vol. I, Ediar S.A. Editores, Bs. As., 1950, p. 570, “los derechos individuales son aquellos que pueden considerarse como la causa por la cual el accionista (no un determinado accionista o determinados grupos de accionistas en concreto, sino el accionista considerado en abstracto) ha consentido en adquirir tal figura”.

Estos derechos son, entre otros:

- a. Derecho de suscripción preferente y de acrecer.
- b. Derecho de receso.
- c. Derecho a solicitar la resolución parcial, y la exclusión o separación del socio.
- d. Derecho a que se respete la proporcionalidad accionaria.
- e. Derecho a que las nuevas acciones se emitan con prima.
- f. Derecho a percibir dividendos.
- g. Derecho de voto, sea total o parcial.
- h. Derecho a participar en el órgano de administración.
- i. Derecho a la cuota liquidatoria.

En este caso, al tratarse de derechos disponibles -y de neto corte patrimonial- no habría problema u obstáculo legal para no adoptarlos y, por ende, dejarlos sin efectos en lo que la sociedad concreta se refiere; no siendo los mismos, ni siquiera, de aplicación supletoria.

De esta conclusión se sigue que las denominadas cláusulas leoninas del art. 13 de la LGS no son de aplicación a las SAS<sup>3</sup>, salvo que las partes así lo estipularan, ya sea expresamente o por reenvío explícito a la LGS.

No compartimos la posición que entiende que la parte general de la LGS se aplica, sin más, a las SAS. El argumento de que por ser un “tipo societario legal” queda subsumido en las normas de la parte general de la LGS no se funda en argumentos convincentes, en la medida en que:

i) la LGS, en su art. 1º, dispone que regulará “los tipos previstos en esta ley”, no en cualquier ley, ni siquiera podría considerarse como “ley” en sentido amplio; y

ii) se trata de un tipo creado y regulado por otra ley, que, casualmente, tiene principios propios y distintos a los que sostienen la LGS (tales como la mayor libertad contractual, flexibilidad, tipo abierto, etc.) y se inserta en una ley de apoyo del capital emprendedor, que considera a la SAS una herramienta más de fomento y apoyo al emprendedurismo.

Al no existir norma alguna de la ley 27.349 que mande aplicar la parte general de la LGS, y siendo ésta sólo de aplicación subsidiaria en cuanto sea conciliable con aquella (art. 33); queda claro que las cláusulas leoninas (art. 13, LGS)

---

<sup>3</sup> En este sentido, ver BALBIN, Sebastián, *SAS Sociedad por Acciones Simplificada*, Edit. Cathedra Jurídica, Bs As., 2019, p. 40.

no son compatibles con las posibilidades que la ley 27.349 otorga a los socios de una SAS para autorregular sus derechos.

La circunstancia de que la SAS contenga elementos de sociedades reguladas por la LGS y que en más de una oportunidad la ley 27.349 reenvíe a la aplicación supletoria de aquel ordenamiento, no permite inferir que, siempre y bajo cualquier circunstancia, la parte general de la LGS será de aplicación imperativa a las SAS.

## **5. ¿Existe alguna categoría de derechos que sea de aplicación, aun cuando nada se dispusiera en el instrumento constitutivo?**

Me estoy refiriendo concretamente a tres importantes derechos dentro del marco de una sociedad, que tienen la particularidad de devenir necesarios frente a un conflicto o desavenencia entre los socios o incumplimiento de la ley en sentido amplio.

Estos son: a) el derecho a impugnar las decisiones sociales; b) el derecho a desestimar la personalidad jurídica y c) el derecho a acceder a la información de la sociedad. Adelantamos que los dos primeros no podrían prohibirse, mientras que el último podría ser limitado y hasta prohibido para determinada información.

Veámoslos.

**a) El derecho a impugnar las decisiones sociales**, tanto las que emanen del órgano de administración como del de gobierno, está garantizado por el CCyC, sea por la acción de nulidad por vicios de la voluntad (arts. 265 a 278, CCyC); por ilicitud del objeto u objeto prohibido (arts. 279 y 1004, CCyC); por causa ilícita (art. 1014, CCyC); por fraude (art. 12, CCyC); por incumplimientos o defectos formales (arts. 284 y 1015 y ss, CCyC); por falta de competencia del órgano; por abuso del derecho (art. 10, CCyC); por lesión (art. 332, CCyC) o simulación (art. 333, CCyC) y, eventualmente, por acciones contrarias al interés social y por falsa causa o ausencia de ella.

**b) Tal como está redactada la ley 27.349, y no obstante que el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica** no está expresamente contemplado en su texto (como sí lo hace la ley colombiana sobre S.A.S.), no me cabe duda que los socios mantienen el derecho a plantear la desestimación de la personalidad, en los casos y bajo los presupuestos previstos por la ley.

La cuestión está en definir si se aplica el régimen del art. 54 ter de la LGS, o el art. 141 del CCyC.

Para nosotros se debe aplicar la regulación del art. 141, CCyC porque la LGS no es la ley especial (sino que la ley especial es la 27.349) y, por ende,

ante el silencio de la ley especial, debiera ser de aplicación las normas del CCyC (art. 150, CCyC).

**c) Derecho de acceso a la información de la sociedad:** Entiendo que este es un derecho ínsito al carácter de socio y resulta la contracara de los deberes fiduciarios impuestos a los administradores, además de ser necesario para la impugnación de decisiones sociales, y se justifica en la obligación genérica de rendir cuentas por parte de quién actúe en interés ajeno (art. 860, CCyC), hasta el límite de los demás derechos que se le otorguen al socio.

## 6. Comentarios finales

Por último, debemos tener especialmente en cuenta que la libertad de disposición de los derechos de los socios que brinda el régimen de las SAS, implica serias consecuencias y responsabilidades.

Porque si bien las SAS suelen considerarse sociedades simples (como su propio nombre lo indica), no implica que no sean entidades sofisticadas -como bien las definió la Corte de Cancillería de Delaware<sup>4</sup>, (refiriéndose, por supuesto, a las LLC)-, cuyo diseño y redacción estatutaria requiere un asesoramiento profesional, oportuno y de calidad.

Darle preeminencia al principio de libertad contractual implica dejar que las partes se autorregulen y definan un estatuto social de acuerdo a sus necesidades e intereses y que, muchas veces, lo hagan sin un plexo normativo que integre los vacíos o las deficiencias contractuales.

Lo que se pacta vale, y lo que no -o se lo hace en forma ambigua, incompleta o ineficiente- perjudicará a las partes, salvo reenvío expreso a normas supletorias y salvo, también, casos de abuso del derecho, violación a los principios de buena fe y confianza, casos de fraude, etc.

Si las cláusulas sobre los derechos de los socios en el instrumento constitutivo (o en las disposiciones sobre las nuevas emisiones de acciones) de las SAS fueron adoptadas con voluntad (discernimiento, intención y libertad), con la suficiente información, con un adecuado asesoramiento técnico, con pleno conocimiento de las consecuencias de cada disposición contractual y sin vicios que pudieran afectar al acto en sí, entonces, dichas cláusulas serán plenamente válidas, aunque difieran de los derechos “típicos” de las sociedades de la LGS. Ya

---

<sup>4</sup> Morris v. Spectra Energy Partners (De) GP, LP, C.A. 12110-VCG (Junio 27, 2017).

Por tal motivo, si no hay una reenvió expreso a las normas de la parte general de la LGS, el plexo de derechos que ésta consagra no será de aplicación a las SAS.

Por supuesto, siempre será de aplicación el CCyC en la forma y con el alcance que lo determinan sus normas de correspondencia y concordancia con otras leyes (arts. 150, 963 y 1079, CCyC), debiéndose actuar de buena fe (9, CCyC), sin abuso de derecho (10, CCyC), sin dolo (art. 271, CCyC), evitando el enriquecimiento sin causa (art. 1794, CCyC), evitando la comisión o agravamiento de un daño (art. 1710, CCyC), no cometiendo fraude (arts. 12 y 338, CCyC), ni simulación ilícita (arts. 333 y 334, CCyC), absteniéndose de aprovecharse ilegítimamente o abusarse de la personalidad jurídica societaria (art. 141, CCyC), actuando con lealtad y respetando la confianza generada (art. 1067, CCyC), entre otros parámetros y pautas de conducta.