

SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA Y EL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO

E. Daniel Balonas

SUMARIO:

Desde la sanción de la Ley 27.349 ha nacido una corriente doctrinaria importante que pregona que este nuevo tipo social no es alcanzado por las normas generales de la Ley 19.550, 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 27.349 y por ende no nos parece ajustada a derecho.

En resumen, las normas de orden público de la Ley 19.550 y la doctrina y jurisprudencia construida a lo largo de las últimas décadas en torno a las sociedades resulta, por principio, plenamente aplicable a las S.A.S.



1. Introducción

La Ley 27.349 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 19.550 –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.

Se ha dicho que en este nuevo tipo societario la autonomía de la voluntad se impone a las normas imperativas de la Ley 19.550.

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:

- a. Da nacimiento a un sujeto de derecho, que luego se interrelaciona con el resto de las personas –humanas 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.)
- b. 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.

Tales características requieren, como contrapeso, 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 mismos son característicos del contrato de sociedad comercial y, por tanto, pueden ser regulados, pero no abolidos por 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

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, pág. 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.

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 que las normas sean imperativas 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. La sociedad unipersonal, donde la característica mencionada en segundo término no resultaría aplicable en tanto se mantenga la unipersonalidad no escapa a esa regla, dado que en ese caso la primera característica, o sea la necesaria protección de terceros se exacerba.

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.

El mismo autor explica que el modelo impuesto por la Ley 27.349 “*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 de este Congreso reconocidos autores, como Guillermo Ragazzi, Ariel A. Dasso, Julia Villanueva, Rafael Manóvil y Reyes Villamizar.

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.

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

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 19.550*”⁷.

Otros autores han concluido que la inmunidad a las normas imperativas de la Ley 19.550 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 195.550

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 27.349 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 27.349 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 19.550 “*en cuanto se concilien con esta Ley*”

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

- a. Prevalece la Ley 27.349 sobre la Ley 19.550.
- b. Lo no previsto en la Ley 27.349 se rige por la Ley 19.550 en tanto ello “*se concilie*” con las normas sobre S.A.S.

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.

- c. 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 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
- d. Conforme lo dispone el art. 150 del Código Civil y Comercial, por tratarse de una persona jurídica (art.148.a C.C.y C.), subsidiariamente se le aplican las normas del Capítulo I (Parte General) del Título II (Persona Jurídica) del Libro Primero de dicho Código. Es más, conforme esa norma las normas imperativas del código se imponen a las supletorias de la Ley 27.349 y de la Ley 19.550.

Dicho ello, queda claro que en todo lo no resuelto por la Ley de S.A.S., las normas de la Ley 19.550, que en su mayor parte son imperativas, resultan aplicables, en tanto “*se concilien*” con la Ley 27.349.

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 19.550, 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 19.550.

5. Las principales características de las S.A.S. conforme el texto de la ley 27.349

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:

5.1. 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 27.349 no difieren sustancialmente de los arts. 6 a 10 de la Ley 19.550. Los

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.

recaudos del art. 36 no difieren sustancialmente del art. 11 de la Ley 19.550 excepto en lo que mencionaremos luego.

La celeridad tampoco importa conflicto o incompatibilidad con la L.G.S.

5.2. Amplitud del objeto

Que puede ser amplio y plural.

Ello es una regulación contraria a la Ley 19.550, aunque no incompatible con sus normas.

Tampoco excluye la aplicación de la doctrina –hoy consolidada- en cuanto a que un objeto muy amplio requiere un capital acorde al mismo. Podría discutirse si es viable el control previo, mas de ningún modo puede cuestionarse la responsabilidad que deriva de la omisión de cumplimiento de estos principios.

Y recordemos que en el nuevo ordenamiento impuesto por el Código Civil y Comercial, la responsabilidad incluye la prevención del daño, y se ha regulado, expresamente, la acción preventiva del daño.

5.3. Prestaciones accesorias

Han sido 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 19.550.

Sin embargo ello no alcanza para considerar incompatible a ninguna norma de la Ley 19.550, salvo la que regula las prestaciones accesorias, que ni es imperativa ni resulta de uso habitual.

5.4. 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.

Se trata de un tipo distinto a los conocidos, aunque no difiere de los tipos conocidos más de lo que difieren esos tipos entre sí.

5.5. Autoriza las reuniones autoconvocadas

Es otra regla propia de este nuevo tipo, que solo se contradice con la regulación de la sociedad anónima, mas no con las de los demás tipos sociales que no la prohíben.

Se trata de una característica del tipo, pero que no lo hace incompatible con el régimen societario tradicional

5.6. Establece la contabilidad digital y un contenido distinto de los Estados Contables.

En forma opcional pueden llevar estas sociedades la contabilidad en forma digital, tal como también ahora la prevé el art. 61 de la Ley 19.550 modificada por Ley 27.444.

Luego las normas administrativas impusieron el sistema digital.

Se trata de otra variante que no alcanza para considerar incompatible el régimen general de la Ley 19.550 con este tipo. Lo mismo podemos decir de la imposición de un esquema de instrumentos digitales.

El contenido de los Estados Contables debe ser definido por la AFIP, organismo que finalmente se remitió a las normas contables profesionales, idénticas a las que aplican a las demás sociedades.

5.7. Otras Diferencias

No hemos encontrado otras diferencias, incluso sostenemos que no la es el capital mínimo exigido, ya que en la Ley 19.550 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 27.349 encontramos notables similitudes con las conocidas normas de la Ley 19.550. 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 Art. del Capítulo I de la Ley 19.550 se concilian

perfectamente con las disposiciones y principios de la Ley 27.349, de allí que resulten aplicables a las S.A.S., que no pueden evadirse de ellas.

Así, las reglas del art. 13, las de los arts. 58 y 59, las reglas de las nulidades derivadas de los arts. 16 en adelante, la intangibilidad del capital social (art.68), la desestimación de la personalidad ¹⁰, 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 19.550 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.

Asimismo resulta aplicable el art. 17 de la Ley 19.550 en cuanto deriva a su sección IV al supuesto de S.A.S. que por no inscribirse no obtenga la oponibilidad del tipo ¹¹.

Si no se compartiera nuestra posición, llegaríamos a similares soluciones por imperio del art. 150 del Código Civil y Comercial y la derivación a las reglas de este código.

A dicho repertorio han de sumarse los derechos principios que surgen de la jurisprudencia y doctrina de las últimas décadas fundadas en la Ley 19.550 y sus principios.

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 del Capítulo I por imperio del art. 1 de la Ley 19550, con lo que carecería de personalidad jurídica.