

NORMAS IMPERATIVAS Y LA IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DEL ART. 33 LACE

Marisol Martínez

SUMARIO:

- La norma del art. 33 LACE, en tanto enuncia la introducción de un nuevo “tipo societario” dentro de un cuerpo normativo huérfano de otra conceptualización o estructura normativa general, formula un reenvío explícito, pero también implícito, al concepto de “tipo societario” de la L.G.S.

- Se trata de norma especial de la ley 27.349 de carácter imperativo y que remite a otra disposición también de carácter imperativo.

- La aplicación del art. 1º de la ley 19550 a la SAS, no deriva de lo “conciliable” de dicha norma con otras previstas en la ley 19.550 (reenvío expreso), ni de modo “supletorio”, sino del carácter imperativo del mismo artículo 1º, toda vez que la ley 27.349, la califica como “nuevo tipo societario” (reenvío implícito), siendo esa norma art. 33, en lo pertinente, de las pocas imperativas previstas en la LACE.

- La consecuencia es la remisión implícita/ explícita y por aplicación del orden de prelación normativo indubitable dentro de nuestro sistema jurídico enunciado por el art. 150 C.C. y C.

- Ello asimismo tiene como consecuencia la exclusión de la aplicación de las normas de la Sección IV por la doble razón de tratarse de un tipo societario en una ley independiente, y que remite a la aplicación de la L.G.S., pero en cuanto sociedad “típica”.

- Pese al carácter de ley especial de la ley 27.349, sus normas no desplazan las normas de carácter imperativo de la L.G.S., no existiendo razón suficiente para reconocer a estas nuevas y discutibles figuras un tratamiento diferenciado nada menos que ante la insolvencia.

- La aplicación prioritaria a la SAS de las normas imperativas generales de la ley 19.550 no se deriva simplemente del reenvío “supletorio” a las normas “conciliables” de la misma –segunda oración del art. 33 LACE–; sino de la im-

pública remisión que produce su categoría de “tipo societario” –primera oración de la misma norma–.



1. Desarrollo

1.1. El “nuevo tipo societario”, “Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, introducido por la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor ¹, se encuentra aún en pleno proceso de interpretación e integración.

La nueva figura jurídica societaria evidencia la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad en aspectos destacados unánimemente por la doctrina ².

El artículo 33 de la ley 27.349, define a esta figura como “un **nuevo tipo societario**, con el alcance y las características previstas en **esta ley**. *Supletoriamente*, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, *en cuanto se concilien* con las de esta ley”.

Este primer artículo (Título III) que la ley 27.349 dedica a las SAS, introduce no sólo la figura societaria sino, también, su problemática central.

1.2. En efecto, el nuevo “tipo societario” pretende ser independiente, pero, a su vez, nace ínsitamente ligado a la regulación de la ley general de sociedades, esto último no sólo por la expresa remisión a la aplicación supletoria de las disposiciones de la ley 19.550, sino, también, por su propia entidad de “tipo societario”.

¹ Sancionada el 29/3/17.

² Previsión de objeto plural –inclusive no relacionado–; versión unipersonal (art. 34); capital social con acciones de distintas clases; previsión de aumento de capital en el instrumento constitutivo inferior al cincuenta por ciento (50%) sin requerirse publicidad ni inscripción de la resolución de la reunión de socios (art. 44); posibilidad de captar capitales mediante diversos tipos de acciones o por medio de “crowdfunding”, de aportar prestaciones accesorias de servicios pasados y futuros; aportes irrevocables por dos años; libertad para determinar la estructura orgánica de la sociedad; reuniones del órgano de administración y del órgano de gobierno en la sede social o fuera de ella, utilizando medios de comunicación simultánea; posibilidad de autoconvocatoria de sus órganos, administradores y, socios; fiscalización optativa (art.53 in fine); libertad para establecer la forma de negociación o transferencia de acciones en el instrumento constitutivo (art.48), inclusive estipular la prohibición de la transferencia de las acciones, aunque por un plazo determinado, etc.

La aplicación prioritaria de las normas imperativas generales de la ley 19550 no se deriva simplemente del reenvío “supletorio” a las normas “conciliables” de la misma –segunda oración de la norma–; sino de la implícita remisión que produce su categoría de “tipo societario” –primera oración–.

Si bien la regulación en una ley independiente pudiera patentizar una intención de librar a la nueva figura de ciertas disposiciones rígidas que pudieran obstaculizar su virtualidad jurídica, el formato legal asignado tiene por lo menos dos grandes implicancias.

Por una parte, la condición de nuevo “tipo societario”, sin lugar a dudas abrevia desde lo “estructural” en la normativa societaria de la ley general de sociedades, en tanto “general” respecto de la figura nueva de la SAS.

Por otra parte, la inclusión dentro de una ley ómnibus, junto con otros institutos (Registro de Instituciones de Capital Emprendedor, Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Capital Emprendedor, etc.), conduce al planteo acerca de la necesidad de su relación con el “capital emprendedor”. Así, si bien el capital emprendedor podría valerse de otras formas societaria s³, la suerte de la SAS podría quedar atada al “emprededurismo”. Una interpretación diversa implicaría desnaturalizar la figura societaria.

1.3. La nueva normativa adolece de poca sistematicidad: carece de una regulación integral, remite a una aplicación “supletoria” de las disposiciones de la ley general de sociedades, subordinada a que estas disposiciones “se concilien” con las propias de la nueva ley. Este último parámetro de “conciliable” es extraño asimismo a nuestra tradición jurídica lo que involucra mayor complejidad interpretativa.

La ley de SAS de Colombia admite la aplicación supletoria de su ley societaria general en tanto las normas “no resulten contradictorias”.

La sanción de la ley implica la vigencia del principio *lex posterior, lex specialis*, y, en principio, la aplicación en forma supletoria de las normas generales societarias (ley 19550), en todo caso, “**en cuanto se concilien** con las de esta ley” (art. 33 ley 27.349).

A la sazón, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dispone en su artículo 150 un orden de prelación normativa que rige a las personas jurídicas privadas.

³ GRISPO, Jorge D. - MELLONI, Patricio. *Sociedades anónimas simplificadas. Ventajas y desventajas del nuevo tipo social.*

“**Artículo 150.- Leyes aplicables.** Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:

a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;

b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c. por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título”.

La prelación normativa aplicable a la SAS es, en consecuencia, la siguiente:

1° - Las normas imperativas de la ley 27.349.

2° - Las normas imperativas de la ley 19.550 “conciliables”.

3° - Las normas imperativas del Código Civil y Comercial de la Nación.

4° - Las normas pactadas por las partes en el instrumento constitutivo de la SAS.

5° - Las normas supletorias de la ley 27.349.

6° - Las normas de la SRL (ley 19.550) en ciertos supuestos “pertinentes”.

7° - Las normas supletorias de la ley 19.550.

8° - Las normas supletorias del Código Civil y Comercial de la Nación.

Resulta necesario determinar, la “ley especial” aplicable, y las normas que resultan imperativas, radicando aquí el centro del conflicto normativo.

La cuestión podría ser clara respecto de la aplicación de la ley general de sociedades con relación a normas imperativas como sus artículos 1°.; 2°., 13, etc.

La regulación amplia, o abierta, se muestra inconveniente en el régimen de un instrumento a partir del cual se reconoce personería jurídica, derechos y obligaciones, el reconocimiento de “tipología” societaria, no compadeciéndose con una remisión abierta a normas generales o particulares de la ley general de sociedades en forma supletoria.

El predominio de la autonomía de la voluntad en la ley, da lugar a vacíos legales, y muchas SAS son y serán creadas según el Estatuto modelo, que les permitirá acceder al paradigma de la “simplificación” y celeridad en la inscripción societaria, más allá de los desafíos que su implementación suponga.

La SAS colombiana y la francesa, ha sido denominada por los autores de dichos países como “Sociedad-Contrato”⁴.

⁴ COZIAN, Maurice et ál, *Droit des Sociétés*, 18e éd., Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 365, citado por Ramírez, Alejandro H., “La Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS) en el

1.4. En cuanto a las responsabilidades sancionatorias, no son aplicables sin más a la SAS⁵. Esto por aplicación de la norma de clausura constitucional que dispone que todo lo que no esté expresamente prohibido o resulte obligatorio, está permitido (artículo 17 Constitución Nacional), una responsabilidad ilimitada y solidaria del tipo sancionatorio, frecuente en el derecho societario, sólo podría ser impuesta en forma expresa, no siendo susceptible de interpretación extensiva, no pudiendo la responsabilidad ilimitada presumirse, entre otras razones, por aplicación del principio de reserva o clausura.

Ahora bien, sin perjuicio del imperio de la norma de clausura constitucional, determinadas conductas quedarán atrapadas con igual, menor o mayor extensión por aplicación de la teoría general de la responsabilidad civil, de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, de las acciones de responsabilidad concursal, de la veda al abuso del derecho y el fraude a la ley, la “dispensa anticipada de la responsabilidad” contenida en el artículo 1743 C.C. y C.⁶, etc.

Es que, aun cuando no se encontrare expresamente previsto, las normas de carácter imperativo de la LGS y del C.C. y C., entre otras, no se encuentran de ninguna manera excluidas, todo lo contrario.

Entre ellas las normas que determinan la función de garantía del capital en la ley general de sociedades y en el Código Civil y Comercial de la Nación, tienen indudable carácter imperativo⁷.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se ha encargado de ratificar esta tradición normativa, en especial su artículo 242, una norma de indiscutible carácter imperativo: “**Garantía común.** Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este **Código o leyes especiales**

Proyecto de ley de Emprendedores”, *Cuestiones Actuales y Controvertidas de Derecho Societario, Concursal y del Consumidor*, 1ª Ed., Buenos Aires, 2017, Ed. FIDAS; p. 651

⁵ Tampoco en virtud de una remisión genérica de segunda intención como lo es la norma del artículo 157 L.G.S., para la SRL (único artículo al que remite en forma directa la ley 27.349), que efectúa un reenvío genérico a las normas de la SA.

⁶ “Art. 1743. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder.”

⁷ RICHARD, Efraín Hugo. La Limitada Responsabilidad Limitada de los Socios de la Sociedad por Acciones Simplificada. *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ed. Fidas, Edición Especial año 19, 2018-1, Primera Jornada sobre constitución y funcionamiento de la sociedad por acciones simplificada (SAS) – Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias y concursales, p. 143.

declaran inembargables o inejecutables. Los **patrimonios especiales** autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.”

Ha sido destacado por el Maestro Richard, quien, si bien reconoce que “frente a la pérdida del capital social, donde se impone la liquidación o la capitalización (arts. 94.5, 96, 99 LGS y 167 in fine C.C. y C.), la nueva ley trae algunas previsiones interesantes”, como las primas diferenciadas, que podrían permitir “creativas soluciones concursales, conforme el plan de negocios que se proponga”; préstamos convertibles en acciones (art. 24); etc., aclara expresa y enfáticamente la exclusión de cualquier posibilidad de los socios de eludir responsabilidad o la asunción de pérdidas por los acreedores en forma directa.

Así como las herramientas previstas por el art. 54 ter de la ley 19550, ratificadas por el art. 144 C.C. y C., la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, reafirman la normativa general: veda del fraude a la ley, perjuicio de terceros, ratificación del orden público, buena fe, otro tanto ocurre con las figuras previstas por la extensión de quiebra plasmadas en las figuras de extensión de quiebra del artículo 161 L.C.Q. Conforme la enseñanza del inolvidable maestro Otaegui, campea en estos supuestos la noción de abuso de personalidad con la consiguiente desestimación de ésta, no estando ausente la idea de simulación, pudiendo tratarse de un supuesto de desestimación de personalidad por vicios de simulación en la causa de los negocios societarios respectivos (arg. art. 502 C.C. –ya no vigente–), mientras la solución del inc. 3 (art. 161 L.C.Q.) concuerda sensiblemente con la doctrina de la desestimación de la personalidad societaria (art. 54 L.S.C.), en el supuesto de las personas físicas concuerda con la normativa más general de la simulación ilícita (art. 957, a contrario, C.C. entonces vigente). En definitiva, el Maestro predicó que la regla del art. 54 de la hoy L.G.S., es una solución particularizada de los regímenes generales de la simulación ilícita y del abuso del derecho ⁸.

Se trata de normas que en forma directa resultan absolutamente indisponibles por su carácter de orden público, así como en forma indirecta receptan principios generales del derecho también de orden público ⁹.

⁸ OTAEGUI, Julio C., *La extensión de la quiebra*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998.

⁹ Evidente vinculación existente entre los dos procesos, no obstante la diversa naturaleza de sus objetos. Situación que involucra una acción típicamente concursal. Procedencia de la acumulación sobre el juicio de extensión de quiebra, sin perjuicio de la autonomía de trámite entre ambas causas. “Bosnic Lopez Feltrin y asociados c/ Sidus SA s/ ordinario”, CNCom., 13/3/13 Sala A.

1.5. Se han citado reconocidas opiniones sobre la revisión del concepto de capital, sobre lo cual habría tenido influencia la reforma en Estados Unidos de la Model Business Corporation Act de 1980, que habría optado por prescindir del concepto de capital social, solución ratificada por la Revised Model Business Corporation Act de 1984 y su reforma de 1987¹⁰.

Por otra parte, se debe destacar que inclusive en Colombia donde las SAS han proliferado, si bien se ha dado bastante libertad en la organización y funcionamiento de las SAS, también se han dispuesto reglas cuya finalidad es proteger a los terceros o a los mismos accionistas de eventuales abusos¹¹.

Se ha considerado por la doctrina que la responsabilidad social de los accionistas nace de las buenas prácticas, en donde no es solamente importante el crecimiento financiero de la empresa y de los accionistas, sino también, el crecimiento integral de la empresa.

Por su misma flexibilidad en la constitución y forma de administración, las SAS pueden prestarse para que personas inescrupulosas adulteren la figura inicial, para poder cometer actividades ilícitas, así como la creación de personas jurídicas “fantasma”, lo cual es compartido por la doctrina tanto mexicana como colombiana.¹²

¹⁰ RIBEIRO, Álvaro, “Irrelevancia y crisis del concepto de capital social”, E.D. 204-729, citado por PALLADINO, J., 2015. Sobre la importancia del capital social en las sociedades en las que los socios poseen el beneficio de limitación de la responsabilidad y el nuevo Código Civil y comercial de la Nación, Revista del Departamento de Ciencias Sociales, Vol. 2 Nro. 3. En resumen, la omisión de capitalizar a la sociedad y el desprecio de la función de garantía que frente a terceros cumple el capital social, constituye culpa grave de los socios, en la medida que esa actuación permite, facilita y prolonga la disminución de la responsabilidad patrimonial de la sociedad deudora. La situación mejoraría, como en otras materias, si se respetara la ley y se sancionara a los infractores. La fiscalización estatal es necesaria aunque generalmente genere resistencias por parte de ese control.

¹¹ Ley 1258 de 2008. “**Artículo 1º. Constitución.** La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.”

“**Artículo 42.- Desestimación de la Personalidad Jurídica.** Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados...”

¹² GALEANO Inclán, Héctor, presidente del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, Forbes, México. Sostiene la inexactitud de la publicidad de creación de empresas en un día y en forma gratuita, ya que el costo se traslada al erario, y sólo reduciría en un día la consti-

Para el derecho colombiano, el profesor Reyes Villamizar esclareció que el impacto económico en su país ha sido a nivel de la canalización de la inversión extranjera, además del aumento en las contribuciones tributarias. En el tema de seguridad, y en particular en lo relativo al lavado de activos, aclaró que son temas que escapan a esta disciplina, aunque sería viable incluir un artículo para establecer un registro.¹³

Dentro de los antecedentes en el derecho comparado podemos encontrar los casos de la legislación estadounidense de la Limited Liability Partnership (LLP) y la Limited Liability Company (LLC), los cuales otorgan una flexibilidad contractual considerable. En Francia existen las Sociétés par actions simplifiées (SAS), creadas en el año 1994, y modificadas y flexibilizadas posteriormente en los años 1999, 2001 y 2008, en España la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización prevé un régimen expreso para la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y en el Reino Unido encontramos la Limited Company.

El Grupo de Trabajo de Pequeñas y Medianas empresas de la ONU ha elaborado una serie de recomendaciones a fin de elaborar proyectos de ley modelo sobre las entidades.

Sin perjuicio de lo antedicho, consideramos que en un futuro cercano, debería modificarse la ley 19.550, incorporando elementos del actual proyecto de ley a la parte general, y la SAS debería incorporarse a la misma conforme lo viene sosteniendo gran parte de la doctrina¹⁴, agilizando de esta forma todo el derecho societario, y no sólo un tipo societario.

2. Conclusiones

Aun cuando se aceptara un predominio ilimitado de la autonomía de la libertad, ello no sería razón suficiente para reconocer a estas nuevas y discutibles figuras un tratamiento diferenciado ante la insolvencia.

tución a cambio de una serie de vulnerabilidades a la seguridad jurídica y la oportunidad de creación de empresas fantasma.

Afirma que el 75% de las nuevas empresas cierran antes de los dos años de vida y 90% no rebasan los cinco años, lo que no atribuye a los costos de arranque de una sociedad, sino a su capacidad para enfrentar el entorno altamente competitivo en que se inserta.

¹³ REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, *Sociedad por Acciones Simplificadas*, 2ª ed., Legis, Bogotá. Autor de la ley colombiana de SAS y de la ley modelo de la CIJ.

¹⁴ ROVIRA, Alfredo, “Necesaria reforma integral de la ley general de sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, La Ley 2016-F, 17 de octubre de 2016.

Por muy devaluado que consideremos el principio de *par conditio creditorum*, unido al vigente principio de la integridad del patrimonio con respaldo constitucional, aun así, ello implica la sujeción de este tipo societario nuevo a la normativa imperativa de la insolvencia.

Así, cuando se sostiene la aplicación del art. 1º. de la ley 19.550 para conceptualizar a la SAS, como sociedad, ello no deriva simplemente de lo “conciliable” de dicha norma con aquellas de la SAS –aun cuando pudieran juzgarse conciliables–, sino del carácter imperativo de dicha norma, toda vez que la ley 27.349 dispone que se trata de “un nuevo tipo societario”, siendo esa norma de las pocas imperativas de la LACE.

Afirmar lo contrario conduciría a derribar la razón misma de la aplicación del art. 1o. L.G.S. inclusive, y privar entonces a la nueva figura de regulación.

Aun cuando la intención, no legislativa, sino de los legisladores, o de determinados intereses, pudiera orbitar alrededor de la creación de una figura societaria o pseudosocietaria que pudiera actuar como un comodín del que la figura del “emprendedor” pudiera valerse para lograr objetivos que la ley debería contemplar, la entidad de la SAS como “tipo societario” ata su suerte a la normativa de la LGS de carácter imperativo por sobre las de la LACE de carácter supletorio.