

LA SAS COMO SOCIEDAD Y SUS IMPLICANCIAS NORMATIVAS

Julia Villanueva

SUMARIO:

Para la ley 27.349 la SAS es una sociedad (art. 33), lo cual exige admitir que, en la medida necesaria para interpretar esa concepción, esa ley se integra en forma directa –no subsidiaria- con la LGS. De tal modo, no sólo se aplican a la SAS los arts. 1 y 13 de la LGS, sino también sus derivados: a) por un lado, las normas que regulan los conflictos de intereses, que, en tanto reglamentaciones del “interés social” que hace a la causa fin del negocio societario, no podrían ser suprimidas sin desnaturalizar esa causa fin y, con ella, el negocio societario (arts. 239, 241, 248, 271, 272 y concs.); b) y, por el otro, las normas que regulan los derechos de los partícipes que, previstas sólo en la LGS, deben considerarse vigentes también en la SAS por ser inherentes a la condición de socio: el derecho al dividendo (art. 68 LGS), el derecho de información (arts. 55, 67 y 69, LGS) y el derecho a obtener, en ciertos casos, la emisión con prima (art. 13 inc. 5).



1. La SAS es una sociedad ¹

El art. 33 de la ley 27.349 dispone que la SAS es un nuevo tipo societario.

Esto implica afirmar que ella es lo que el art. 1º de la LGS dice que toda sociedad es, y significa también que le son aplicables las normas de esa misma LGS que son sólo predicados de tal concepto.

¹ La presente ponencia reproduce, en lo sustancial, el pensamiento de la autora expuesto en “La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario”, publicado en La Ley 2018-F, 890.

En esa medida, la ley 19.550 no tiene la vigencia “supletoria y condicionada” que el citado art. 33 le atribuye, sino que, a esos efectos, ambos ordenamientos se integran.

En lo que ahora nos interesa, destacamos que, si la SAS es una sociedad en los términos del citado art. 1, es necesario que en ella:

a) los otorgantes “... se obliguen a realizar aportes...”;

b) su causa-fin sea la que aparece expuesta cuando se requiere que el o los otorgantes asuman el negocio “... participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”.

El aporte es la contrapartida del derecho del socio a participar de los resultados de una actividad económica de la que espera obtener beneficios y en esto consiste la médula del negocio societario: sin aportes, de cuyo conjunto surja el fondo social que se aplicará a esa actividad cuyos riesgos serán compartidos, no hay sociedad.

A la SAS se aplican, entonces, todas las consecuencias implícitas en la noción definida.

La causa-fin que guía a quienes constituyen este tipo es la misma que para quienes constituyen cualquier otro tipo social y, en el aspecto que también ahora nos interesa resaltar, esa causa mira hacia “adentro”, es decir, a la situación de los socios frente al riesgo que han decidido asumir en común.

De ese riesgo común se extrae -en el aspecto que estamos considerando- la noción de “interés social”², como noción reguladora y ordenadora de la vida en sociedad, de cuyo respeto depende, a su vez, la validez de las decisiones que se adopten.

Forzosa consecuencia de esto es que rige también aquí el art. 13 de la LGS, que no hace sino regular lo mismo, esto es, aspectos vinculados con la causa-fin del negocio societario y con el derecho de los socios a la integridad de su participación³.

² ANAYA, Jaime L., “Consistencia del interés social”, en AA.VV., *Anomalías Societarias - Homenaje a Héctor Cámara*, Córdoba, 1992; MANÓVIL, Rafael M., “El control económico externo, fenómeno ajeno al derecho societario y concursal: crítica a un obiter dictum en una extensión de quiebra y reflexiones sobre el interés social”, Ed. La Ley, Sup. Cy Q 2004 (noviembre), 02/11/2004, 28.

³ Por un lado, esa norma se ocupa del riesgo; y, por el otro, del derecho de cada socio a su “parte” en la sociedad.

Del riesgo, dice que todos deben asumirlo y, al establecer de qué modo, define los límites del derecho a “participar de los beneficios y soportar las pérdidas” previsto en el citado art. 1º LGS.

La SAS ha producido un bienvenido cambio de sistema en nuestro derecho al establecer una regulación que, hasta su aparición, era inconcebible en los tipos accionarios.

Pero sigue canalizando el negocio societario tal como aparece conceptualizado en el art. 1º, LGS.

La “sociedad por acciones simplificada” no es sino eso: una sociedad.

Lo es para la propia ley 27.349, que así la califica; y, como esa ley no dice que la noción de sociedad sea para ella distinta de la prevista en el citado art. 1º, elementales razones dogmáticas exigen acudir a dicho art. 1º -el que, como es sabido, ha unificado tal noción para todo el derecho argentino- para saber si estamos o no ante un negocio de este tipo.

Y si eso hacemos, la SAS sólo podrá canalizar el aludido negocio, definido por su causa-fin, cual, es la de asumir un riesgo común con vistas a compartir sus resultados.

Y de “la parte” que corresponde a cada socio en la sociedad, la misma norma le da contenido al asociarla al derecho de aquél a su “valor real”, estableciendo la recíproca necesidad en que se encuentran los socios de respetar el interés económico que cada uno de ellos tiene en el valor de su participación.

Dos son los mandatos, entonces; y ambos revisten la calidad de “principios” por su generalidad y naturaleza, de modo que, sin regular ninguna situación particular, alcanzan a todas las que puedan ser conceptualmente comprendidas dentro de su esencia.

Por virtud del primero de esos mandatos, los socios deben asumir aquel alea: su derecho a “ganar”, entonces, presupone que la sociedad haya -a su vez- “ganado”, sin que sea viable la promesa de ningún resultado positivo a hacerse efectivo cuando hubiere pérdidas.

Y presupone también que ese resultado sea compartido, esto es, distribuido entre todos, lo cual exhibe ese interés “común” entre ellos que venimos mencionando.

Con esta consecuencia: ningún socio podría ser privado de toda ganancia, si la hubiera; ni, correlativamente, podría ser dispensado de contribuir a las pérdidas, so pena de contrato leonino, noción que se funda aquí, no en una falta de equivalencia entre contraprestaciones -al modo en que esto sucede en un contrato de cambio-, sino en la violación del alea común en la explotación que hace a la causa fin del negocio societario (HALPERÍN, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, 1972, t. I, ps. 212 y ss., a cuyas citas remitimos).

Por virtud del segundo de los referidos mandatos, lo protegido es el derecho de cada uno a mantener el “valor real” de su parte; protección que, como es claro, no sólo funcionará cuando de lo que se trate sea de determinar su “precio”, sino en cualquier caso en el que ese valor pueda verse vulnerado, pues, si es claro -porque lo dice la ley- que un precio notoriamente inferior debe entenderse nulo, lo mismo y con mayor razón sucederá ante toda decisión que, sin importar formal transferencia de acciones -ni, por ende, necesidad de fijar ningún precio-, conduzca a ese enriquecimiento incausado de un socio a favor de otro.

De tal modo, si por medio de una SAS fuera canalizado un negocio distinto, él podría ser judicialmente recalificado, con la consecuente posibilidad de que, por no ser una sociedad, los socios perdieran la protección que para ellos significa la actuación bajo una persona jurídica diferenciada.

Esto no desmerece la libertad sobre la que se cimenta el tipo.

Así se concluye a poco que se tenga presente que la regulación del derecho a participar en los resultados tiene dentro de la misma ley 19.550 un espacio para el ejercicio de la autonomía de la voluntad casi tan amplio como la imaginación permita (art. 11, inc. 7°).

Con este límite: “asegurar un resultado”, “privar de toda ganancia”, o incurrir en “la total dispensa a contribuir con las pérdidas” no son cláusulas permitidas, pues las prohíbe el citado art. 13, que no es sino un reflejo del riesgo necesario que, como carácter determinante del negocio societario, exige el también citado art. 1.

Pero esas cláusulas entrañan nociones extremas, que son las únicas prohibidas, lo cual ratifica que su vigencia en la SAS no desmerece la libertad que caracteriza al tipo.

Entre esos extremos hay un abanico inmenso que es, por ende, propicio para albergar la más amplia diversidad de fórmulas, o las que más se concilien con los intereses que en cada caso se persigan.

Vale, entonces, convenir que las utilidades se distribuyan sin guardar ninguna proporción con el aporte, o que esa desproporción se configure en las pérdidas, o que alguna clase de acciones vea suspendido el derecho respectivo por la cantidad de ejercicios que se quiera, o que sólo acceda a tal derecho tras la liquidación social, y cuanta otra alternativa que, sin caer las cláusulas nulas del art. 13, permitan diseñar el negocio “a medida” del interés de las partes.

Es más: nos atrevemos a afirmar que en la SAS podría incluso establecerse sin vulneración del art. 13 una regulación del riesgo que no fuera igual para todos los miembros, previéndose por ejemplo que, sin perjuicio de participar del riesgo general, cierta clase de acciones tuviera derecho a desplazar a las otras en el resultado de algún negocio social particular, siempre y cuando esto estuviera justificado y la exclusión se viera compensada por la creación de una mejor expectativa en el negocio global del que todos participan ⁴.

⁴ Una idea semejante parece ser admitida a través del moderno instrumento del *Targeted Stock*, *Tracking Stock* o de las *Spartenaktien* (acciones divisionales). Según comenta Rafael Manóvil, mediante este instituto se comienza desde una unidad jurídica omniabarcativa, y se van dividiendo negocios a los que se asocian personas que no participan de la totalidad del riesgo. Para participar de cada uno de esos negocios se pueden emitir ac-

2. Implicancias normativas de la admisión de la SAS como sociedad.

Si estas líneas generales fueran aceptadas, habría que admitir, como se dijo, que la ley 27.349 *se integra con la LGS* cuando dice que la SAS es una sociedad.

De esa integración resulta la aplicación necesaria a la SAS no sólo de los arts. 1 y 13 LGS a los que hicimos referencia, sino también de sus consecuencias, que transitan dos carriles:

a) por un lado, las normas que regulan los conflictos de intereses, que tampoco podrían ser suprimidas, porque:

- son reglamentaciones del “interés social” que hace a la causa fin del negocio societario, de modo que su supresión desnaturalizaría esa causa fin y, con ella, el negocio societario (arts. 239, 241, 248, 271, 272 y concs.):
- son derivados del principio general que, establecido de modo imperativo por el art. 159 del Cód. Civ. y Com., rige aquí por aplicación de lo dispuesto en el art. 150, inc. a) del mismo Código;

b) y, por el otro, ciertos derechos de los partícipes que, previstos sólo en la LGS, tampoco podrían ser desconocidos en la SAS sin alterar el aludido negocio en su sustancia.

Nos referimos, por un lado, al derecho al dividendo (art. 68 LGS) y, por el otro, al que hace las veces de contrapartida de éste, cual es el derecho de información (arts. 55, 67 y 69, LGS).

A esos dos derechos regulados en la parte general, se agrega otro que también debe considerarse esencial, pues no sólo se encuentra protegido por el citado art. 13 inc. 5, sino que se vincula con el aludido derecho sobre las utilidades, cuando ellas, aun sin haber sido distribuidas, permanecen incrementando el patrimonio social y, con éste, el valor real de la participación del socio: el de obtener que, en ciertos casos, el aumento de capital sea efectuado con una razonable prima de emisión ⁵.

Esos derechos, nos parece, podrán ser regulados de diverso modo en la SAS -sin alterar la sustancia-, pero nunca suprimidos.

ciones diferenciales, con derechos vinculados a esa sola división de la empresa (MANÓ-VIL, Rafael M., “Esquicio introductorio a la problemática de los grupos de sociedades”, ponencia presentada al Segundo Congreso Internacional de Derecho Comercial y de los Negocios, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, junio de 2009).

⁵ La consistencia de este derecho y las razones por las cuales no podría ser soslayado fueron expuestas en la sentencia dictada *in re* “Akerman, Julián y otros c. Biorecovery SA s/ ordinario” CNCom., sala C, 23/02/2017, publicada en La Ley, cita online: AR/JUR/4809/2017.