

## **LAS SAS, LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, Y EL FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES EN GENERAL**

*Alberto Antonio Romano*

### **SÍNTESIS:**

1. Los principios generales del derecho privado, las normas imperativas de la LGS, los principios generales del derecho societario contenidos en normas imperativas, hacen al buen funcionamiento de las sociedades en general

2. La autonomía de la voluntad se aplica a la SAS de una manera más extendida a la que estábamos acostumbrados (era conveniente contar con un tipo social más flexible) pero no con carácter ilimitado: las normas imperativas aplicables a las sociedades en general no pueden ser suprimidas por cláusulas insertas en el estatuto de una SAS (por ejemplo, los artículos 13 y 69 de la LGS).

3. También contamos con normas imperativas, que hacen a la esencia del funcionamiento de las sociedades de capital, como el artículo 70, primer párrafo, de la LGS o el artículo 206 de dicho texto legal, que comprenden a las SAS.

4. Hay normas imperativas, irrenunciables, de las que derivan derechos que pueden ser renunciados cuando el socio se encuentra en condiciones de ejercerlos (por ejemplo, el derecho de suscribir preferentemente, o el derecho de exigir se emita con prima).

5. Hay normas imperativas, irrenunciables, en una SA o en una SRL que no se aplican a una SAS (por ejemplo, es factible que una cláusula estatutaria en una SAS disponga que los administradores sólo puedan ser removidos con causa, o que impida la posibilidad de excluir a los socios de la misma).

6. Nos parece impensable que en el estatuto de una SAS se pueda establecer un régimen de inscripción de transferencia de acciones que no sea fidedigno: en el derecho argentino vigente las acciones son nominativas no endosables.

7. El tráfico negocial no necesita de la autonomía de la voluntad a ultranza en el marco societario. Menos aún creemos que ello sea conveniente como política legislativa.

## **I. Proyección de las SAS como modelo de organización**

Cabe señalar que nuestro país cuenta con una gran cantidad de sociedades anónimas (en lo sucesivo (SA) con un alto contenido personalista y un muy pequeño número de sociedades abiertas que cotizan sus acciones en el mercado de valores; entre las que cotizan, muy pocas son de capital disperso y con cotización directa, encontrándose generalmente un porcentaje importante del capital social en cabeza del controlante. Esta es una realidad que nos acompaña desde hace muchos años en las sociedades anónimas argentinas.

Si analizamos la composición de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada (en adelante SRL) existentes -que son las formas de organización más usadas por los operadores en los últimos años hasta la aparición de las SAS en el régimen argentino-, se concluye fácilmente que nos encontramos con empresas en las que los socios controlantes aparecen ocupando directa o indirectamente a través de terceros que responden a ellos, la mayoría de los cargos en el órgano de administración. Ante la existencia de un grupo de control o un control compartido, quien o quienes controlan designan a los integrantes del órgano de administración y, ellos mismos o terceros que suelen comportarse como simples mandatarios de éstos, ocupan dichos cargos (no hay separación entre gestión y propiedad).

Los operadores en general han optado por las SA como forma de organización cualquiera fuere las características del emprendimiento y del elenco de socios. Tanto las SA como SRL a las que aludimos, en su gran mayoría de carácter familiar, generan un parte importante del producto bruto interno del país y del empleo. Sin dudas que frente a ello, un régimen de organización más flexible en el derecho societario argentino es bienvenido: el tema está en cómo se lo interpreta, y en función de ello su aplicación y sus consecuencias.

La flexibilidad que presentan las SAS puede ocasionar que gran parte las SRL y SA constituidas se transformen en aquel tipo legal. Las facilidades de constitución y funcionamiento de las SAS pueden generar en poco tiempo que tengamos un mayor número de SAS, que de SRL y de SA. ¿Es necesario, es conveniente, que consideremos que a las SAS no se le aplican los principios generales en materia societaria, o algunas normas imperativas que se aplican a las SA y a las SRL en funcionamiento? Si se produce el fenómeno al que aludimos, ¿es razonable que los principios generales, las normas imperativas, sólo se apliquen a tipos sociales que los operadores van a ir dejando de utilizar con el correr del tiempo?

Las interpretaciones que se hacen sobre cualquier régimen legal, la aplicación de las normas contenidas en el mismo, la sanción de un régimen legal, deben realizarse partiendo de la realidad sobre la que se van a aplicar y los valores

que tales normas tienden o deben tender a proteger. No advertimos las ventajas para los operadores que mediante la constitución o transformación en SAS puedan dejar de lado principios generales que rigen el buen funcionamiento de las sociedades. Por ejemplo, que mediante una cláusula estatutaria se admita: que una clase de socios reciba todos los beneficios, que se pueda adquirir la participación de un socio por un precio alejado del real, o la posibilidad de renunciar a impugnar los estados contables.

## II. Aplicación a las SAS de la LGS

Hay principios generales del derecho privado (arts. 9 10,11, 279, 958, 961, 1004 y 1061 del Código Civil y Comercial), hay normas imperativas en la Ley General de Sociedades (por ejemplo, los artículos 13 y 69 de LGS), hay principios generales del derecho societario contenidos en normas imperativas (por ejemplo, el derecho de información, el derecho a mantener la participación social) que hacen al buen funcionamiento de las sociedades en general. Una sociedad por acciones simplificada (en adelante SAS) no escapa, no debería escapar, de dicho paradigma (arg. artículo 150 del Código Civil y Comercial).

Estamos de acuerdo en que la SAS es un tipo social de carácter híbrido en el que se combinan aspectos de la SRL y de la SA conformando una forma de organización más de las denominadas sociedades de capital <sup>1</sup>. Pero, ¿no se le aplican a las SAS los principios generales contenidos en normas imperativas que hacen a la esencia del funcionamiento de las sociedades de capital, como por ejemplo, el artículo 70, primer párrafo, de la LGS o el artículo 206 de dicho texto legal?

No creemos que el tráfico comercial necesite de la autonomía de la voluntad a ultranza en el marco societario. Menos aún creemos que ello sea conveniente como política legislativa. Tampoco creemos que el legislador de la Ley 27.349 (artículos 33 y 49) haya instaurado un régimen en el que la autonomía de la

---

<sup>1</sup> VITOLLO, Daniel Roque Ley 27.349 Comentada, 1ra. Edición, La Ley, pág. 117.

voluntad<sup>2</sup> no tiene límites<sup>3</sup>. Nos lleva a tal conclusión una interpretación coherente del ordenamiento societario (artículo 2 del Código Civil y Comercial) conforme el orden de prelación establecido en el artículo 150 del Código Civil y Comercial.

### III Aplicación de la LGS a las SAS

Las normas imperativas restringen la autonomía de la voluntad. Hay algunas normas imperativas en nuestro régimen societario sustentadas en el bien o interés general, en nuestro caso, estrictamente, en pos del buen funcionamiento de las sociedades. Además, hay normas imperativas, irrenunciables, previstas para las SRL o las SA que no tienen por qué aplicarse a las SAS, ya que tienen que ver estrictamente con una regla prevista para tal tipo social que no hacen al funcionamiento de las sociedades en general. Asimismo, hay ciertos derechos, que derivan de normas imperativas, irrenunciables, que cuando el socio tiene la posibilidad de ejercerlos son susceptibles de ser renunciados<sup>4</sup>. Veamos.

Los cinco incisos del artículo 13 de la LSC son normas imperativas e irrenunciables por una cláusula estatutaria, pues hacen a la causa fin del contrato de sociedad<sup>5</sup>, son cláusulas que hacen a la esencia del funcionamiento de las socie-

---

<sup>2</sup> Resultando la autonomía de la voluntad en las SAS y la conveniencia en la no aplicación a ese tipo social de las normas imperativas de la LGS puede verse DUPRAT, Diego A. J. y HADAD, Lisandro, “Sociedades por acciones simplificadas. Normas de la Inspección General de Justicia”, AR/DOC/2265/2017; RAMÍREZ, Alejandro H., La libertad contractual en la Sociedad por Acciones Simplificada, en Revista Argentina de Derecho Societario - Número 21 - mayo 2019. En parecido sentido, aludiendo que en las SAS las normas imperativas han quedado reducida a su mínima expresión VAN THIENEN, Pablo A. y DI CHIAZZA, Iván, “Sociedad por Acciones Simplificada y supletoriedad de la ley General de Sociedades”, AR/DOC/1533/2017.

<sup>3</sup> Conf. MESSINA, Gabriel E. y SÁNCHEZ HERRERO, Pedro “Autonomía y eficiencia de la Sociedad por Acciones Simplificada”, quienes dicen: “De acuerdo con una primera interpretación, en esencia, la ley 19.550 se aplica a la SAS de la misma forma que a las otras sociedades. Por consiguiente, sus normas imperativas le son aplicables, salvo que una norma de la ley 27.349 establezca lo contrario...”. En igual sentido, COSTE, Diego y BOTTERI, José David, “Los límites de la voluntad en la SAS”, en Revista de las Sociedades y Concursos, 2019-1, pág.14, quienes enfatizan: “...Si el legislador de la Ley 27.349 hubiera pretendido un máximo grado de seguridad jurídica en la SAS a través del ejercicio de la autonomía privada, debería haberlo previsto de manera expresa...”.

<sup>4</sup> Conf. el artículo 948 del Código Civil y Comercial la renuncia a los derechos no se presume y la interpretación de los actos que permiten inducirlos es restrictiva.

<sup>5</sup> Sobre el particular cabe tener en cuenta el artículo 1013 del Código Civil y Comercial.

dades y por ello también se aplican a las SAS<sup>6</sup>. Lo mismo ocurre con el derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables previsto en el artículo 69 de la LGS. Por tanto, pensamos que no sería válida una cláusula estatutaria en una SAS que deje sin efecto lo dispuesto en los artículos 13 y 69 de la LGS. No encontramos justificación que aquello que hace a la esencia del funcionamiento de una SA o de una SRL no se aplique a una SAS.

Nos parece que en salvaguarda de la coherencia en el ordenamiento societario, a las SAS también se le aplican, por ejemplo, los arts. 16, 17, 18 19, 31, 32, 54, 55, 58, 59, 67, 68, 60, 70 y 71 de la LGS<sup>7</sup>. Ejemplificamos una vez más: el derecho de información podrá ser regulado pero no suprimido. Si una SAS no cumple con el régimen de inscripción se le aplicará la Sección IV del cap. I de la LGS.

El derecho de suscribir preferentemente, regulado en detalle para las SA, que juega también para las SRL (arg. Artículo 160, quinto párrafo de la LGS)<sup>8</sup>, se aplica a los socios de las SAS independientemente de si el estatuto posibilita su ejercicio<sup>9</sup>. Consideramos que una norma estatutaria no puede disponer lo contrario, porque ello vulnera el artículo 13 inc. 5 de la LGS (norma imperativa, irrenunciable). También ocurre lo mismo ocurre con la prima, que consideramos obligatoria cuando hay diferencia entre el valor nominal y el valor real<sup>10</sup> de la

---

<sup>6</sup> Conf. MANÓVIL, Rafael M. “La SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, La Ley, ejemplar del 29 de mayo de 2019, pág. 2.

<sup>7</sup> Sobre la aplicación a las SAS de normas contenidas en la LGS, entre otros puede verse MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Sociedad por Acciones Simplificada” (SAS), La Ley, 21 de abril de 2017.

<sup>8</sup> Conf. SANCHEZ HERRERO, Pedro, “Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada”, Astrea, Tomo 1, pág.245. Sin perjuicio que como bien dice Nissen: “...El derecho de mantener intangible su participación societaria es otro de los derechos que la ley 19.550 otorga a los integrantes de toda sociedad comercial...” (NISSEN, Ricardo A. Curso de Derecho Societario, Hammurabi, 3ra. Edición actualizada, pág. 243.

<sup>9</sup> En contra, MANÓVIL, Rafael M., Op. cit., pág. 4, quien afirma: “...El derecho de suscripción preferente no aplica a la SRL, no se refiere a la organicidad de la sociedad, ni está en la parte general de la LGS. Además, debe tenerse presente que el espíritu y el propósito de la SAS es el de permitir desigualdades para poner en práctica incentivos de los que se espera un mejor resultado. Por ello, la conclusión debe ser que esos institutos no son aplicables en una SAS, salvo pacto en contrario...”.

<sup>10</sup> El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades recientemente elevado al Senado de la Nación, por la Comisión integrada por los Dres. Rafael Mariano Manóvil, Guillermo Enrique Ragazzi, Julio César Rivera, Alfredo Lauro Rovira Gabriela S. Calcatera, y Arturo J. Liendo Arce, con acierto, alude al valor real y establece la obligatoriedad de la prima cuando hay notable diferencia con el valor nominal (artículo 202).

acción<sup>11</sup>; es decir, sería inválida una cláusula estatutaria por la cual los socios renuncian a exigir la emisión de acciones con prima cuando ella corresponde. Repetimos, en estos casos están en juego principios generales que hacen al buen funcionamiento de las sociedades. Y el hecho que el derecho de suscribir preferentemente y el derecho a que se emita con prima cuando existe la diferencia aludida, estén previstos en la Parte Especial de la LGS, no obsta a su aplicación en todos los tipos sociales. Si por donde están ubicadas las normas aludidas concluimos que sólo se aplican a las SA, podríamos caer en la impensable conclusión que las únicas decisiones sociales que se pueden impugnar son las adoptadas en sociedades con tal forma de organización, ya que el sistema de impugnación de las mismas, como todos sabemos, está dentro del régimen que regula a las SA.

Pero frente a un aumento de capital, el socio puede renunciar al derecho de suscribir preferentemente y también puede renunciar a que se emitan acciones o cuotas con prima cuando ésta corresponde, porque en ese momento aparece la posibilidad de ejercer tales derechos, sólo está comprometido su interés particular, ya no hay razón para el Estado impida lo que el sujeto beneficiado por la norma quiere hacer con su derecho.

Asimismo, tampoco se aplican a las SAS, en base al flexible régimen que las rige, normas que son imperativas, que son irrenunciables, en las SA o en las SRL, como ser la posibilidad de remover sin causa a los administradores conformes lo previsto en los artículos 256, tercer párrafo, y 157, último párrafo, respectivamente, de la LGS. En concordancia con ello coincidimos en que no habría inconvenientes en pactar en una SAS que los administradores sólo puedan ser removidos con causa<sup>12</sup>, lo que sabemos es un aspecto negocial de interés en el funcionamiento de las sociedades familiares. O que la cláusula estatutaria de una SAS impida la posibilidad de excluir a los socios de la misma.

Por la repetida flexibilidad, nos sumamos a quién ha opinado que es factible en una SAS pactar una regulación del riesgo que sea idéntica para todos los socios, pudiendo preverse que si bien todos participan del riesgo general, cierta

---

<sup>11</sup> Como bien dijo la sala B de la Cámara Nacional Comercial, el 19-05-97, in re “Lurie, Jorge A. c/ Ponieman Hnos. SA s/ Sumario”, la locución “se podrá”, utilizada por el artículo 202 de la LGS, “...no tiende a denotar alternatividad o facultad para elegir libremente acudir al mecanismo de emisión con prima o sin ellas: más bien tiende a subrayar la legitimidad de la emisión con prima ... Del empleo de la locución “se podrá”, empleada por el artículo 202 de la ley 19.550, no se sigue necesariamente que no exista obligatoriedad”.

<sup>12</sup> FAVIER DUBOIS, Eduardo y SPAGNOLO, Lucía “El “ADN” de la empresa familiar y la sociedad por acciones simplificada”, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 20-2019/1, pág. 54.

clase de acciones tenga 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 <sup>13</sup>.

A pesar de lo dispuesto en el artículo 48, primer párrafo, de la Ley 27.349, nos parece impensable que en el estatuto de las SAS se pueda establecer un régimen de inscripción de transferencia de acciones que no sea fidedigno<sup>14</sup>, ya que ello colisiona con el principio general aplicable a la transferencia de acciones en particular y a las transferencias de participaciones sociales en general. Más aún, mientras las acciones en nuestro país sigan siendo nominativas no endosables.

#### IV. Conclusiones

Las SAS tienen una flexibilidad en su constitución y funcionamiento que no encontramos en las SA o en las SRL. Y ello constituye una ventaja para los operadores.

La autonomía de la voluntad se aplica a la SAS de una manera más extendida a la que estábamos acostumbrados pero no de manera ilimitada: las normas imperativas aplicables a las sociedades en general no pueden ser suprimidas por cláusulas insertas en el estatuto de una SAS.

Cabe tener en cuenta que hay normas imperativas, irrenunciables, de las que derivan derechos que pueden ser renunciados cuando el socio se encuentra en condiciones de ejercerlos (por ejemplo, el derecho de suscribir preferentemente, o el derecho de exigir se emita con prima).

Finalmente, hay normas imperativas, irrenunciables, en una SA o en una SRL que no se aplican a una SAS (por ejemplo, es factible que una cláusula esta-

---

<sup>13</sup> VILLANUEVA, Julia “La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario, La Ley, ejemplar del 11 de diciembre de 2018, punto 4, último párrafo. Es lo que el Proyecto de Reforma a la Ley General de Sociedades citado en la nota 11 denomina Acciones Sectoriales, y regula en el Artículo 216 bis).

<sup>14</sup> Resaltando la incongruencia entre disposiciones aplicables en la materia a las sociedades en general y el artículo 48, primer párrafo, de la Ley 27.349, puede verse NISSEN, Ricardo A., Régimen de Transferencia de las acciones en las sociedades por acciones simplificadas. Su inscripción en el Libro de Registro de Acciones y la posibilidad estatutaria de evitar esa registración interna”, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 20-2019/1, págs. 103/108.

tutaria en una SAS disponga que los administradores sólo puedan ser removidos con causa, o que impida la posibilidad de excluir a los socios de la misma).