

**UD. DEBERÍA CONFIAR EN QUE AQUELLOS QUE ARRIESGAN
SU PROPIO DINERO HAGAN LOS CÁLCULOS ADECUADAMENTE.
PODRÁN ESTAR EQUIVOCADOS, PERO ESTARÁN MENOS
EQUIVOCADOS QUE LOS ACADÉMICOS Y LOS LEGISLADORES
QUE ESTÁN DECIDIENDO CON EL DINERO DE OTRO**

Lisandro A. Hadad

SUMARIO:

La Ley N° 27.349 en su artículo 33 crea el nuevo tipo social de Sociedad por Acciones Simplificadas con el alcance y las características de dicha ley, y estipula la aplicación supletoria de la ley 19.550, en cuanto se concilie con la LACE.

El punto en cuestión es cómo se aplica supletoriamente la ley 19.550 a la vida de las Sociedades por Acciones simplificadas. Si esto lo hacemos en forma automática, esto es, sino se encuentra regido por la LACE, rige la ley 19.550 –por supuesto siempre hablando de normas imperativas de la LGS–, o si la aplicación no es automática, y en realidad debemos ver si la norma imperativa de la LGS se concilia con la LACE, más precisamente si se concilia con la autonomía de la voluntad que otorga la LACE.

La aplicación supletoria de la LGS a las SAS deberá realizarse teniendo en cuenta los principios jurídicos inspirados en la LACE, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad teniendo como únicos límites a la seguridad jurídica del derecho mercantil, la protección de los derechos de terceros y la sanción de todo fraude o uso indebido de la norma.



Introducción

El título de la ponencia corresponde a una frase de los profesores Frank Easterbrook y Daniel Fischel, quienes frente al debate acerca de quién es el mejor agente del derecho de sociedades para definir la normatividad de las relaciones

entre las distintas partes, plantean que lo son los dueños del dinero, es decir, los propios socios¹.

Los autores entienden que el legislador puede no ver su misión de maximizar la eficiencia de la corporación. Incluso van más allá y afirman que, aun cuando quisiera hacerlo, no tendría los incentivos necesarios, por lo cual, nunca la norma será igual de eficiente que si la realizan las partes.

Sirva el presente a modo de introducción sobre la discusión actual acerca de la aplicación supletoria de la ley 19.550 a la sociedad por acciones simplificadas, y el requisito de la ley 27.349 de la conciliación de ambas normas.

A los fines de continuar con el presente, debemos partir de dos afirmaciones que entiendo están fuera de discusión. La primera de ellas es la opción que tomo el legislador de dejar fuera de la ley 19.550 a las SAS pudiendo éste haberla incorporado dentro de su cuerpo normativo. Y la segunda, la no aplicación supletoria automática de la ley 19.550 a las SAS al requerir una conciliación de ambas normas.

Por lo tanto, y dando por válidas estas dos afirmaciones, nos adentramos a un análisis más profundo sobre la vinculación normativa de ambas leyes.

¿Es la SAS un tipo social basado y legislado en una mayor autonomía de la voluntad de los socios?

Claramente sí. ¿Y de donde se desprende dicha afirmación? No solamente del texto de la norma avalado por la doctrina², sino que también surge literalmente y sin dudas interpretativas del mensaje de elevación del proyecto realizado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación.

El legislador destaca en el mensaje de elevación el derecho a la libertad de asociación como uno de los derechos naturales subjetivos y fundamentales del hombre, y además como uno de los derechos de la persona humana cuya protección debe valorarse dentro del Estado de Derecho, el que se encuentra reconocido por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

¹ EASTERBROOK, F. – FISCHER, D. “The Corporate Contract”, 89 Columbia Law Review, 1989, p. 1442.

² RAMIREZ, Alejandro, “La Entidad de Responsabilidad Limitada de UNCITRAL y la Sociedad por Acciones Simplificadas”, LL, 14.12.2017, LXXXI 237; DUPRAT, Diego, “Las Sociedades por Acciones Simplificadas”, LL, 2017-B-979; PEREZ HUALDE, Fernando, “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas”, LL, 3.11.2017, AR/DOC/2334/2017; HADAD, Lisandro, “La Sociedad por Acciones Simplificadas y la llegada de la modernidad”, LL, 2017-D-971.

Luego continúa afirmando que “en tal sentido, se organiza a través de la Sociedad por Acciones Simplificadas un régimen normativo que destaca y valora muy especialmente –*no especialmente, muy especialmente*–, la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones.”

Por último, agrega: “la necesidad de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, en particular para las micro, pequeñas y medianas y, en especial, para los emprendedores, ha sido una demanda de antigua data, ante la insuficiencia de las formas o tipos regulados en la Ley General de Sociedades, frente a las nuevas expresiones de formas empresarias que requieren marcos normativos más dinámicos, menos rígidos y plazos de inscripción abreviados”³.

Consecuentemente, es clara la voluntad del legislador –no deja lugar a dudas– de incorporar a nuestro plexo normativo un nuevo tipo social basado en la autonomía de la voluntad de las partes. Y esto no es un capricho o un atisbo de ideología, esto es una herramienta jurídica para la creación de riqueza⁴.

Aplicación automática vs. conciliación normativa. El rol de la autonomía de la voluntad

En punto en cuestión es cómo se aplica supletoriamente la ley 19.550 a la vida de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Si esto lo hacemos en forma automática, esto es, sino se encuentra regido por la LACE, rige la ley 19.550 –por supuesto siempre hablando de normas imperativas de la LGS–, o si la aplicación no es automática, y en realidad debemos ver si la norma imperativa de la LGS se concilia con la LACE, más precisamente si se concilia con la autonomía de la voluntad que otorga la LACE.

Lo cierto es que el legislador incorporo la frase “en cuanto se concilien con las de esta ley”, por lo tanto, no podemos hacer oídos sordos a la redacción normativa e intentar realizar una aplicación automática de la LGS porque claramente no es lo que quiso el legislador.

³ Mensaje de elevación del PE al Honorable Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, mesa de entradas, 5 de septiembre del 2016.

⁴ En Colombia la SAS ha tenido un gran impacto en materia de empleo dado que actualmente cerca de un millón y medio de personas están vinculadas laboralmente a este tipo social. REYES VILLAMIZAR, Francisco, “Análisis económico del derecho societario”, Astrea, Bs. As. 2019, p. 119.

Lo cierto es que cada normativa legal puede plasmar principios jurídicos disímiles, con lo cual, el rol de la autonomía de la voluntad en la LACE no es el mismo que tiene en la LGS, y lamentablemente deberemos ver en cada caso concreto, en cada intento de aplicación supletoria, si las normas de la LGS se concilian con las de la LACE, sin dejar de lado el lugar que la LACE otorga a la autonomía de la voluntad.

Es realmente complejo afirmar que un tipo social regulado en el año 2017 en la era de la tecnología y el emprendedurismo, tenga los mismos principios jurídicos que una ley del año 1972, y clara prueba de esta afirmación es el anteproyecto de reforma de la ley 19.550 que se presentó en estos días ante el Senado de la Nación.

Sin que lo presente deje de ser una opinión del autor, la aplicación supletoria de la LGS a las SAS no deberá ser en forma automática, sino que deberá realizarse teniendo en cuenta los principios jurídicos inspirados en la LACE, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad de los socios con los límites de la seguridad jurídica del derecho mercantil, de la protección de los derechos de terceros y del uso indebido de la norma ⁵.

Conclusiones

El derecho de sociedades es una rama del ordenamiento jurídico que tiene la capacidad de afectar de manera significativa al emprendimiento, a la innovación, a la financiación de empresas, el desarrollo del mercado de capitales y el crecimiento económico de los países ⁶.

Para que se pueda cumplir con estos objetivos, resulta necesario que la norma societaria cumpla con dos objetivos: i. Facilitar la constitución y puesta en funcionamiento de sociedades, y ii. Reducir los posibles conflictos existentes entre las diferentes partes involucradas en la sociedad ⁷.

⁵ FRIDMAN, Susana, “Hacia un nuevo orden publico societario”, p. 2 afirma que: “podemos concluir que en el derecho positivo argentino existen principios generales de derecho para cada instituto jurídico y para cada materia. El derecho comercial argentino tiene los suyos propios. Por ello la imperatividad de las leyes es la excepción”.

⁶ LA PORTA, Rafael, LOPEZ DE SILANES, Florencio, SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Roberto, “Los orígenes del law and Finance como disciplina científica”, blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, 19 de agosto del 2017.

⁷ GURREA MARTINEZ, Aurelio, CORONEL JONES, Cesar, “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador”, Working Paper Series 2/2019, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, p. 6.

Este proceso de modernización del derecho corporativo está sucediendo hace ya varios años en toda América Latina, y estos objetivos aquí descriptos son objetivos que claramente se propone la LACE. Consecuentemente, no podemos realizar una interpretación de la ley de SAS por fuera de un fenómeno más global, una era del derecho societario en la cual el legislador busca la facilitación de normas dispositivas para dar más libertad a los operadores económicos⁸.

Por lo tanto, la aplicación supletoria de la LGS a la LACE entiendo debe ser realizada sin perder de vista el fenómeno global que se encuentra transitando el derecho corporativo. No creemos conveniente continuar forzando la aplicación de normas imperativas de la LGS que lo único que logró en algunos casos fue la disminución en inversión de capital. Porque la realidad es que tampoco así lo quiso el legislador, porque si así lo hubiera querido nunca hubiera agregado la fórmula “en cuanto se concilien con las de esta ley”. Porque con dicha fórmula es evidente que hay algo que se concilia y algo que no se concilia, pero en ese análisis, en esa búsqueda de la conciliación, no podemos dejar de realizar un enfoque más global del proceso que estamos viviendo, y consecuentemente no podemos ser limitativos de la autonomía de la voluntad que el legislador nos otorgó.

La Sociedad por Acciones Simplificadas vino a terminar con la era paternalista del derecho de sociedades, vino a eliminar el prejuicio tecnocrático de pensar que el legislador y la doctrina están en mejores condiciones que los socios y sus abogados para brindar a las sociedades reglas más eficientes. Esto significa un cambio de paradigma en el derecho corporativo que no podemos perder de vista en el presente análisis.

⁸ EASTERBROOK, Frank, FISCHER, Daniel, “The Economic Structure of Corporate Law”, Harvard University Press, 1991, ps. 34-35.