

TIPO SOCIETARIO PARA LA PYME EN EL DERECHO ARGENTINO

Emanuel Nagel

ABSTRACT:

En estas líneas pretendo hacer un breve repaso por los tipos societarios pensados por el legislador para dar forma jurídica a las pequeñas y medianas empresas, analizando la evolución legislativa y teniendo en cuenta también la forma en que a lo largo de los años se han dado efectivamente estas constituciones societarias. Dejando planteado también, cual sería a mi criterio –en el estado actual de la cuestión–, el instrumento jurídico más idóneo para organizar estas empresas a la luz de las características de los tipos vigentes.



I. Acerca de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (SRL)

Desde sus orígenes mismos, la SRL ha sido el tipo societario legalmente diseñado para estructurar jurídicamente el negocio propio de una PyME, pretendiendo el legislador canalizar mediante este tipo los intereses de estos empresarios; intentando combinar los beneficios propios de las sociedades anónimas o de capital (principalmente, la limitación de la responsabilidad) y las de interés (fundamentalmente, la relevancia de la personalidad individual de los socios)¹², y su reglamentación fue diseñada de modo tal que su radio

¹ Verón, Alberto V., “Sociedades Comerciales. Ley 19550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada”, Buenos Aires, Astrea, 1983, tomo 2, pág. 701.

² Nissen, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, Astrea, Buenos Aires, 2010, tomo 2, págs. 307; y en el mismo sentido: Zaldívar, Enrique – Manóvil, Rafael M. – Ragazzi, Guillermo E. – Rovira, Alfredo L., “Cuadernos de Derecho Societario”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, vol. II, págs. 143/144.

de acción fuera muy amplio y las trabas y garantías para su constitución se redujeran a lo mínimo indispensable³.

Sin embargo, en Argentina las PyMEs no se ajustaron exclusivamente a ese tipo a la hora de dar forma jurídica a su estructura empresarial, sino que, por el contrario, se ha desarrollado un fenómeno singular, en el que -por diferentes motivos- la mayoría de las PyMEs han decidido adoptar la Sociedad Anónima (“SA”) como tipo societario en desmedro de la SRL, que, paradójicamente, comenzó incluso a ser utilizada por grandes empresas.

Sin perjuicio de ello, existe consenso en señalar que los principales caracteres que definen a la SRL en general –y en nuestro país en particular– están orientados a los intereses propios de la PyME y son, esencialmente, los siguientes: **(i)** Limitación de responsabilidad de los socios a la integración de las cuotas suscriptas, sin perjuicio de la garantía por la correcta integración de los aportes de los demás socios; **(ii)** División del capital en cuotas de igual valor, que no pueden estar representadas por títulos valores pero, en principio, pueden ser cedidas libremente por los socios; **(iii)** Limitación del número de socios: la cantidad máxima de socios es de cincuenta; **(iv)** La administración y representación de la sociedad es ejercida por uno o más gerentes, que pueden o no ser socios; **(v)** Fiscalización ejercida por los socios; **(vi)** Flexibilidad de la legislación: la ley deja margen a la autonomía de la voluntad de los socios para ajustar la estructura de la sociedad a las necesidades de la empresa a través del estatuto.

Las características principales que el legislador ha dado a la SRL han pretendido ajustarse a los intereses del pequeño y mediano empresario, principalmente al permitirle adoptar la estructura de la sociedad a las necesidades particulares de su negocio en ejercicio del margen que brinda para la autonomía de la voluntad. Pese a ello y a las reformas desarrolladas en nuestro país, la realidad ha demostrado que, si bien las SRL constituyen un tipo societario frecuentemente utilizado, continúa siendo la SA el vehículo jurídico adoptado por muchas de las PyMEs para estructurar sus negocios. Algunas de las razones que se han esbozado para pretender explicar este fenómeno han sido:

- La existencia de un régimen de mayorías que exige unanimidad cuando se tratare de una sociedad en donde un solo socio representa el voto mayoritario.
- La omisión de determinar si la muerte del socio provoca la resolución parcial del contrato.
- La existencia de un mayor estatus o prestigio de la SA en relación con la SRL; y

³ Verón, Alberto V., ob. cit., pág. 701.

- La ausencia de diferencias sustanciales entre la SA y la SRL en los costos asociados y requisitos asociados a su constitución.

Por este motivo es que durante los últimos años se han producido importantes cambios legislativos en la materia, que resulta conveniente mencionar:

- Uno de ellos, ha sido la incorporación finalmente de la posibilidad de constituir una sociedad de un solo socio que inicialmente podría haber constituido una alternativa jurídica cierta para el pequeño y mediano empresario individual –mediante la sanción de la Ley 26994, que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, que modificó en este sentido la Ley 19.550–. Sin embargo, las serias limitaciones originalmente impuestas a la sociedad unipersonal desvirtuaron el instituto para su elección por parte de este tipo de empresarios.

- Luego de un tiempo, se debatió y sancionó una ley orientada a promover el emprendedurismo, en el marco de la cual se creó un nuevo tipo societario: la Sociedad por Acciones Simplificada (“SAS”), con la expresa finalidad de convertirse en el vehículo societario idóneo para las PyMEs. Simultáneamente, se dictaron normas tendientes a simplificar la constitución de las SRL, con la intención de poder constituir las en un período muy corto de tiempo. Y finalmente, se reglamentó la ley que creó la SAS, impulsando nuevamente su constitución en nuestro país como el vehículo societario idóneo para los modelos de negocios propios de las PyMEs.

II. La sociedad anónima unipersonal

El proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación volvió a tomar forma la posibilidad efectiva de que la sociedad unimembre o unipersonal obtuviera consagración legislativa en nuestro ordenamiento jurídico. Aparentemente, esta incorporación abría una posibilidad cierta para la constitución de un vehículo societario idóneo para las PyMES, dando lugar a una posible regulación ajustada a los intereses propios de estos empresarios.

Sin embargo, luego de su revisión por el Poder Ejecutivo Nacional, el proyecto de CCyC elaborado por la comisión creada por el Decreto N° 191/2011 sufrió severas reformas que tornaron inviable esa posibilidad. A partir de entonces, la sociedad unipersonal quedó prevista única y exclusivamente para la SA, debiendo ser constituida con un capital mínimo de \$ 100.000 y con la obligación de ser integrado en su totalidad al momento de constitución (que, además, debe ser obligatoriamente mediante escritura pública), y encontrándose sujeta a control estatal permanente, además de la obligatoriedad de un órgano de administración y de fiscalización pluripersonal.

Si bien la Ley N° 27.290 dejó sin efecto la exigencia vinculada a la pluralidad de directores y síndicos en la SAU, ésta aún permanece sujeta a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor. Ello, sumado a las desventajas propias de un tipo que no está diseñado específicamente para el pequeño y mediano empresario individual y a la consagración legislativa de la SAS (que admite su versión unipersonal), todo lo que conduce a concluir que efectivamente es poco probable que los pequeños y medianos empresarios opten por este tipo para organizar jurídicamente su actividad, lo cual es visible en la realidad de los negocios.

III. La sociedad por acciones simplificada

El 29 de marzo de 2017 se sancionó la Ley N° 27.349, a través de la cual se creó la SAS como un nuevo tipo social destinado a facilitar la constitución, promoción y crecimiento de pequeñas y medianas empresas en Argentina⁴.

En base a las normas contenidas en la referida ley, es posible determinar que la SAS presenta las siguientes características:

(i) Estructura normativa autónoma: la SAS se encuentra regulada por la Ley N° 27.349 y no está incorporada en la LGS. Este último cuerpo normativo se aplica supletoriamente en la medida en que se concilie con las disposiciones propias de la SAS⁵.

(ii) Limitación de responsabilidad de los socios a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de la garantía de los socios hacia los terceros por la correcta integración de los aportes⁶.

(iii) Ausencia de limitación sobre el número de socios: la SAS puede ser constituida por un único socio o por varios sin limitación de número.

⁴ Verón, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada de la ley 27.349”, LA LEY 2017-B, 1018.

⁵ Cfr. artículo 33 de la ley 27.349. Varios autores han cuestionado la decisión del legislador de regular la SAS por fuera de la LGS, considerando preferible que se incluyera su regulación en este último cuerpo legal (en este sentido: Molina Sandoval, Carlos A., “Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, LA LEY 2017-B, 991; Rovira, Alfredo L., “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada”, LA LEY 2016-F, 515; Verón, Alberto V., “La sociedad por acciones simplificada de la ley 27.349”, LA LEY 2017-B, 1018; Vitolo, Daniel R., “La Sociedad Anónima Simplificada (SAS)”, LA LEY 2016-E, 1134).

⁶ Cfr. artículos 34 y 43 de la ley 27.349.

(iv) Capital social mínimo y dividido en acciones: la ley exige que la SAS tenga, como mínimo, un capital social equivalente a dos salarios mínimos, vitales y móviles. El capital social se divide en acciones, en un modo similar al previsto para la SA.

(v) Objeto múltiple: se admite expresamente la posibilidad de que la SAS posea un objeto plural, debiéndose precisar en forma clara y precisa las actividades que desarrolle, aun cuando ellas no guarden relación entre sí.

(vi) Libertad de formas para su constitución: la SAS puede ser constituida por instrumento público o privado y, en este último caso, la firma de los socios debe ser certificada, pero puede serlo mediante forma judicial, notarial, bancaria, por autoridad competente del Registro Público respectivo o, incluso, por medios digitales con firma digital.

(vii) Libertad de formas para su organización: los socios pueden determinar libremente en el estatuto la estructura orgánica de la sociedad y las normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales, de modo que la administración, el gobierno y la fiscalización de la sociedad se regirá, en principio, por las normas previstas en el instrumento constitutivo.

(viii) Inscripción expedita: en la medida en que se constituya de acuerdo con el modelo tipo que aprueben los Registros Públicos respectivos, la inscripción de la SAS debe efectivizarse en un plazo expedito de 24 horas.

(ix) Registros digitales: la SAS debe llevar obligatoriamente cuatro libros (de actas, registro de acciones, diario e inventario y balances) que se deberán individualizar por medios electrónicos ante el Registro Público respectivo.

(x) Resolución de conflictos mediante arbitraje: la Ley N° 27.349 prevé expresamente la posibilidad de que los conflictos que se susciten en el seno de la sociedad podrán ser sometidos a arbitraje.

Como se puede advertir, la regulación sustancial de la SAS está dirigida a satisfacer los intereses propios de la PyME y, en especial, a la dinámica propia de los negocios como se desarrollan en la actualidad. La rapidez en la inscripción de la sociedad y en la obtención de la clave fiscal para operar en el mercado⁷, así como el empleo de medios digitales y la amplia libertad de los socios en determinar la estructura jurídica del ente (incluyendo la posibilidad cierta de establecer un objeto múltiple) constituyen un claro ejemplo de ello.

⁷ Cfr. artículo 60 de la ley 27.349.

IV. La autonomía de la voluntad en la SAS.

La preponderancia de la autonomía de la voluntad, común en la mayoría de los ordenamientos modernos, es la que tomó el legislador argentino al regular la SAS en la Ley N° 27.349 de apoyo al capital emprendedor (LACE), quien desde la nota de elevación al Congreso del proyecto de la actual LACE anticipa que concibe a la SAS como un régimen normativo que destaca y valora 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.

Conforme destaca Pérez Hualde ‘la nota verdaderamente caracterizante del régimen de las SAS, está dada por el amplio margen que la autonomía de la voluntad de los socios tiene en su instrumentación, como consecuencia de la menor injerencia del legislador a la hora de dictar normas imperativas’⁸. Es decir, que las normas previstas por el legislador solo serán de aplicación ante el silencio de los socios, todo lo cual no implica más que la aplicación del art. 958 CCyCN, el cual categóricamente dispone que ‘las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres’.

Es por ello que, atendiendo a la finalidad en virtud de la cual son creadas las sociedades, y siguiendo Pailluseau en el interrogante sobre ‘qué es una sociedad’, debemos destacar que ‘es en primer lugar una técnica de organización de las empresas, las cuales deben poder hallar en el derecho no trabas, sino los útiles necesarios para su desarrollo. La ley debe, pues, poner a su disposición formas sociales lo más flexibles que sea posible pero que garanticen la seguridad jurídica de los asalariados, de los acreedores y de los clientes. Su rol es menos el de prohibir que el de permitir’⁹.

En este sentido, el debate sobre el rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario es uno sobre los que más se ha opinado, discutiéndose reiteradamente la función que deben cumplir las sociedades en la economía. Las tendencias actuales -incluimos a la LACE- se encaminan hacia un mayor contractualismo en libertad, reduciendo el alcance y cantidad de las normas imperativas que interfieren con los negocios entre privados, aunque reconociendo la necesidad de mantener algunas para regular las relaciones entre socios, administradores y terceros en las sociedades abiertas que cotizan sus acciones y

⁸ Pérez Hualde, Fernando; “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificada”; LL, 2017-F, 561

⁹ Jean Pailluseau, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales - Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales”, LL 1997-E, 1408.

comprometen el ahorro público. La situación cambia radicalmente al analizar las sociedades cerradas, en las que el derecho comparado coincide en un reconocimiento expreso de la prevalencia de una amplia autonomía de la voluntad, a fin de que los socios puedan establecer las normas específicas que regulen sus necesidades particulares; de lo contrario, el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad, en muchos casos llevaría a la imposibilidad de que los socios puedan ajustar sus contratos a sus necesidades o realidades, lo que fuerza a buscar atajos no siempre eficaces, utilizando alguna intrincada y complicada estructura contractual para sortear las restricciones.

En la doctrina norteamericana la cuestión de la libertad y la rigidez del tipo se definen con gran elocuencia, al sostener que *one size does not fit all*, es decir que, una sola estructura no es adecuada para todos, por lo que son los propios socios quienes mejor pueden regular sus relaciones dando forma a su negocio, y no el legislador predisponiendo de forma general las estructuras empresarias. Debe dejarse a los socios la posibilidad de búsqueda de las herramientas que mejor se adapten a sus empresas. La existencia de normas imperativas en el derecho de sociedades no solo limita las posibilidades empresariales, sino que además restringe la creatividad y el surgimiento de nuevas estructuras jurídicas que puedan adaptarse a las cambiantes necesidades del tráfico mercantil. La creciente utilización de convenios de sindicación de acciones para definir la conducta futura de socios es prueba suficiente de la importancia del componente convencional en la estructura societaria.

La preponderancia de la autonomía de la voluntad es particularmente necesaria dentro del régimen de la LACE, la cual tiende a promover a los emprendedores argentinos quienes –al conocer sus emprendimientos y negocios–, se presupone, cuentan con una capacidad suficiente para pactar las reglas más convenientes a su propia empresa.

V. Límites a la autonomía de la voluntad

Cabe preguntarse, en este punto, donde aparecen entonces los límites legales a las facultades de los socios de darse la configuración y estructura empresarial más adecuada a la realidad de sus negocios. Debe entenderse que la autonomía de la voluntad no opera en el vacío, sino que la SAS se presenta sobre la base de unos pocos elementos tipificantes básicos contenidos exclusivamente en la LACE, cumplidos los cuales operará la libertad contractual y que son: la división del capital en acciones, a la utilización del vocablo SAS en su denomina-

ción y a su estructuración en órganos¹⁰. Más allá de ellos, es difícil encontrar otro límite dentro de la propia LACE. Los verdaderos límites los encontraremos fuera de la LACE, en los principios generales que trae el CCyC, particularmente en el art. 958 que refiere a aquellos ‘impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres’, y en los artículos 9 y 10 CCyC, ‘abuso de derecho y principio de buena fe.

Asimismo, en lo que hace a la actividad empresarial de la SAS –es decir, el aspecto exterior o dinámico del funcionamiento de la sociedad–, las cláusulas pactadas en ejercicio de esta autonomía no podrán afectar normas pensadas para proteger intereses de terceros (art. 385 CCyC la cual dispone la ineficacia y el art. 1021 sobre el efecto relativo de los contratos). Pero, en cambio, en el ámbito interno de la SAS -instrumento constitutivo- sí se puede disponer de toda norma que el legislador haya pensado para proteger recíprocamente a las partes contratantes: los propios socios¹¹. Sin embargo, estas normas de afectación intrasocietaria también tendrán un límite, que estará en los principios generales del CCyC, específicamente en los artículos 9 y 961 (principio de buena fe), 10 (abuso del derecho), 11 (abuso de posición dominante) y 1067 (confianza).

Conclusión

La posibilidad ha sido dada con amplitud por el legislador, el que, recepitando las tendencias modernas en el derecho empresarial, adoptó una postura definida dando a los particulares la posibilidad de dar –con gran amplitud– configuración a sus empresas. El desafío será –quizás– que en un futuro cada SAS fuera diferente entre sí, lo que –como obstáculo–, quizás implique lentitud y aumento de los costos de transacciones, toda vez que se requiriera analizar los

¹⁰ Villanueva por su parte considera que además de los elementos tipificantes, la SAS como sociedad “debe reunir, por ende, los elementos específicos que para todas las sociedades, cualquiera que fuere su tipo y aún si no lo tuviera (art. 21, LGS), requiere el art. 1º, LGS, a saber: a) que los otorgantes “...se obliguen a realizar aportes...”; b) que la sociedad tenga finalidad empresarial, exigencia que se exhibe implícita en el designio de que esos aportes se apliquen “...a la producción o intercambio de bienes o servicios...”; y c) que 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...”; Cfr. Villanueva, Julia, “La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario”, La Ley 2018-F, 13 de diciembre de 2018.

¹¹ “Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se convenga en contrario” Favier Dubois, Eduardo, “La ‘sociedad por acciones simplificada’ y el sistema societario: cuatro preguntas y el ‘miedo a la libertad’.” LL, 28/06/2017

instrumentos constitutivos de forma más detallada. Sin dudas que la experiencia a lo largo del tiempo permitirá advertir hasta dónde los operadores jurídicos ejercerán esta autonomía de la voluntad.

Esto me permite concluir manifestando que hoy por hoy se constituye en la herramienta más adecuada para dar forma jurídica a las PyMES y emprendimientos incipientes. Ahora bien, esta libertad –como todas las que reconoce el orden jurídico– debe ser ejercida con prudencia y responsabilidad por quienes la tienen a su alcance para poder garantizar los objetivos propuestos en su constitución, debiendo reconocer como límite no solo los lineamientos estructurales que la Ley 27349 establece, sino también los principios generales establecidos en el CCyC –aplicables a toda relación contractual–.