

## LA INSOPORTABLE LEVEDAD DEL SER (SOCIETARIO)

*Susana Monzó*

### SUMARIO:

La SAS es hija dilecta de la libertad. Su ratio es hallable en la necesidad de que las ideas puedan realizarse. La ley de su creación alardea y presume de “despublicación” y “huida” de todo aquello que obstruye el fluir de los negocios, como así también de “huida” de la insoportable levedad del esoterismo societario, representado en el sesgo imperativo de la estructuración orgánica y en el escaso margen para la creatividad.

Pero la euforia del hallazgo y el alivio que produce la “huida” de los rigorisimos, no permitirá ver con claridad los vicios y problemas que trae aparejada la libertad cuando no se da en el marco de un orden.

El objetivo de la ponencia radica en diagnosticar aristas y vacíos para asegurar el buen futuro de la SAS.

El primer planteo refiere a: *¿quién ponderará la conciliación de las normas de la LGS con la naturaleza de la SAS?* No se trata de una conciliación automática, requiere ponderación normativa y las posibles respuestas no resultan satisfactorias: si se trata del organismo de contralor, de un árbitro o del juez competente, la solución estribará en recurrir a aquello de lo que se huye.

El segundo planteo se centra en la conclusión: *“hay que pactar derecho por derecho, so pena de perder el derecho”*. He aquí una laguna no cubierta por ninguna norma de clausura en caso de no estipulación. Referimos en especial al derecho de receso, instituto creado para descomprimir tensiones y disipar el conflicto.

Proponemos un agregado al art. 36 ley 27.349, art. 328 LGS: “la regulación o supresión expresa del derecho de receso de los socios”

De lo contrario se daría una paradoja: “morir como esclavo en la más libre de las sociedades”



## **Las Tendencias Maximalistas Recurrentes y el peligro de caer en ellas**

La iusfilosofía describe un fenómeno que denomina “Tendencias Maximalistas Recurrentes” consistente en adoptar posturas extremas o casi extremas sobre una materia, de modo que los efectos que generan los excesos de la postura adoptada producen, como efecto sistémico, el abrupto pasaje hacia el otro extremo o antípoda. A su vez, colocados en la nueva postura antagónica a la anterior, el fenómeno se repite, y los vicios o defectos de esta última generan un regreso a la primera.

En el campo que refiere al Derecho Societario, hemos experimentado en los últimos 12 años, dos posturas antagónicas, siendo la última de ellas un producto de la gestación surgida por impulso del hastío devenido de los defectos de la primera, cuyo dogma no sólo resultó obsoleto sino además inadecuado, habida cuenta de los tiempos y del cambio de paradigmas en materia de negocios y adopción de figuras jurídicas.

A tenor de lo expuesto, podemos observar: una etapa marcada por la Resolución 7/2005 IGJ, propia de una época de organismos de contralor que cual Oráculo de Delfos tenían la facultad de predecir la viabilidad del proyecto, por ejemplo meritando la relación capital social- objeto social, época ésta caracterizada por la construcción de altares de adoración hacia las formas jurídicas y sus rigorismos. Concordantemente con el fenómeno descripto, observamos el pasaje hacia una realidad que pretende inmolar las formas jurídicas ante aquellos mismos altares construidos para su adoración, una realidad que también ha sido analizada por la iusfilosofía bajo la denominación “Huida del Derecho público” o “Despublicación”, consistente en despojarse del anquilosado andamiaje del aparato estatal, del rigorismo de las formas, de los controles estatales que obstaculizan la agilidad de negocios que requieren una dinámica diferente acorde a la vertiginosidad del cambio.

Es en esta nueva vertiente de la realidad económica y jurídica que se inserta la SAS. La ley de su creación alardea y presume de esta “despublicación”, de la “Huida” de todo aquello que obstruye e inmoviliza el fluir de los negocios. Pero también alardea y presume de “Huida” de la insoportable levedad del esoterismo societario, representado en los rituales assemblearios, en el sesgo imperativo de la estructuración y funcionamiento del directorio, en la poca flexibilidad y poco margen para la creatividad propias de un mundo que exige cambios y estructuras que se adaptan a las nuevas necesidades de un entorno de escenarios turbulentos.

La SAS es hija dilecta de la libertad. Su ratio es hallable en la necesidad de que las ideas puedan realizarse. Responde a los postulados de Ascarelli que recordaba siempre la función económica de la sociedad como un medio técnico para que los socios puedan ejercer el comercio con responsabilidad limitada. La

sociedad es sólo un instrumento o herramienta para que los negocios sean posibles y esa es la verdadera esencia del “ser societario”.

Pero la libertad sin reglas claras desnaturaliza su postulado. Es por ello que, conociendo los principios que rigen la historia, debe evitarse caer en las “Tendencias Maximalistas Recurrentes”, por cuanto, por ahora, la euforia del hallazgo y el alivio que produce la “Huida” de los rigorismos, no permitirá ver con claridad los vicios y problemas que trae aparejada la libertad cuando no se da en el marco de un orden. Ello nos lleva a prever y prevenir para no generar el movimiento pendular hacia la otra postura que se ha pretendido superar. En este sentido, Ortega y Gasset observaba: curioso es que la solución al problema consista en recurrir a aquello que lo generó.

Nuestra ponencia es proactiva hacia una SAS que se consolide y para ello deben buscarse y limarse las aristas susceptibles de generar conflictos, puesto que si ello sucede la solución vendrá del lado de los organismos estatales, justamente de una realidad que se ha pretendido superar por no resultar saludable dentro de una ontología constructiva y creativa como es la del mundo de los negocios.

### **¿Quién ponderará si las normas de la LGS “concilian” o no con la naturaleza de la SAS?**

En esta búsqueda que hemos anticipado como teleológica, puesto que el fin está colocado en diagnosticar aristas y vacíos para asegurar el buen futuro de la SAS, nos encontramos con una primera situación que debe ser resuelta por cuanto el vacío puede ser conducente a “soluciones” que ya se ha experimentado, no son tales.

Sea que se tome el texto de la ley 27.349 en su art. 33, o el art. 325 de la LGS proyectada, lo cierto es que la Parte General de la ley 19.550 resultará aplicable a la SAS en cuanto esta norma concilie con el alcance y características del nuevo tipo social.

En este sentido, surge el planteo: ¿quién ponderará la conciliación o no de las normas de la LGS con la naturaleza de la SAS? No se trata de una conciliación automática, requiere ponderación normativa y por tanto de un agente que esté facultado para llevarla a cabo, atento a que deberá basarse en principios de razonabilidad.

Las posibles respuestas no resultan satisfactorias: si se trata del organismo de contralor, de un árbitro o del juez competente, parece cumplirse el presagio de Ortega y Gasset y de la iusfilosofía en las “Tendencias Maximalistas Recurrentes”, en cuanto la solución estribará en recurrir a aquello de lo que se huye.

Pero nuestro análisis va más lejos. Nos planteamos si el texto normativo de la SAS (se trate de la ley 27.349 o de la LGS) es autosuficiente o deja vacíos o lagunas que puedan dar lugar a conflictos societarios en el devenir del giro empresarial.

### **El derecho de receso y su omisión regulatoria como pérdida del derecho**

Analizamos las normas que disciplinan los elementos necesarios para constituir válidamente una SAS, y de ello surge:

En materia orgánica, la organización jurídica interna de la sociedad es obra de la autonomía de la voluntad y se diseñará de la forma más conveniente a las necesidades del negocio, aplicándose las normas de la ley de SAS (27.349 o 19.550) conforme a las cuales se confeccionará el instrumento constitutivo de la sociedad.

En caso de existir lagunas en la estructuración interna de la sociedad, la propia ley establece la norma de clausura en la aplicación supletoria del régimen de las sociedades de responsabilidad limitada. Ello resulta del art. 49 ley 27.349 (341 de la ley 19.550 LGS proyectada) como así también del 52 ley 27.349 (art. 344 LGS proyectada). Es decir, deja cubiertos los vacíos con una norma integradora para los aspectos que puedan haber quedado desprovistos de regulación en el contrato constitutivo.

Lo propio sucede en materia de distribución de utilidades y soporte de pérdidas. Esta vez por obra de la ley 19.550 proyectada, que en el art. 328 inc. 8) establece que en caso de silencio se hará en proporción a las acciones de cada uno. En el art. 11 inc. 7 amplía: “si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa”.

La disolución y liquidación quedan cubiertas en los aspectos no estipulados en el instrumento constitutivo por remisión directa a la LGS.

En cuanto a los aspectos de la Parte General, resulta de aplicación el Capítulo I de la LGS proyectada, en cuanto concilien con la naturaleza de la SAS, como ya se ha visto, conforme al art. 325.

El análisis parece encontrar terreno en materia de derecho de los socios. En este aspecto la ley 27.349 contempla en el art. 36 inc. 9: “las cláusulas necesarias para establecer los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros” y luego en los art. 46 y art. 47 se ocupa de referir a la estipulación de los derechos económicos y políticos reconocidos en cada clase, como así también a la expresión en el instrumento constitutivo de los derechos de voto que correspondan a cada clase de acciones, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o plural, si ello procediere. Todo esto cuidadosamente

replicado en el proyecto de reforma de la LGS en los arts. 338 y 339 y en el art. 11 inc. 8) que parece poner luz en el 36 de la ley 27.349 por cuanto detalla “las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión dos derechos y obligaciones de los socios frente a la sociedad y los de ésta y aquéllos frente a terceros, sin perjuicio de las cláusulas que los socios pacten para reglar derechos y obligaciones entre sí”.

De la hermenéutica normativa, en cuanto a derechos de los socios se refiere, parece resultar claro que deben estipular los derechos económicos y políticos correspondientes a cada clase de acciones como así también los derechos de voto. Pero nada se expresa respecto de los otros derechos, y atento a que no rige para la SAS ninguna de las normas imperativas establecidas para los demás tipos sociales (art. 325 LGS proyectada), pareciera ser que la regla es: “*hay que pactar derecho por derecho, so pena de perder el derecho*”. Esto con un agravante, los socios son emprendedores que al momento de la estipulación piensan en el negocio y su éxito y no en las implicancias jurídicas de no pactar sus derechos de socio.

He aquí un vacío que no resulta cubierto por ninguna norma de clausura. Y en este aspecto nos preocupa un derecho especial del socio que es el derecho de receso, instituto creado para descomprimir tensiones en el seno de la sociedad y con ello disipar el conflicto. Se trata de un derecho cuya dinámica va en el sentido de la SAS y de la libertad, por cuanto se respeta la situación del socio que frente un evento de descausalización de la sociedad no quiere verse obligado a seguir soportando el riesgo en común y no puede obligárselo a seguir corriéndolo. Este derecho es considerado “sagrado” por el Derecho comunitario europeo. En el Derecho español se otorga primordial importancia al “derecho de separación” como inherente a la condición misma de socio.

La duda metódica estriba en dilucidar si la omisión en la estipulación de este derecho implica su lisa y llana supresión o si por el contrario se considera que el socio tiene este derecho. A tenor de lo analizado, la respuesta parece indicar que en caso de no habérselo estipulado el socio carece del derecho. Situación que recién advertirá cuando necesite ejercerlo por haberse producido la situación que lo origina. Será entonces que deberá recurrir al juez o “soportar” su condición de socio hasta la extinción de la sociedad, lo que implica ingresar en el conflicto que tanto se intenta evitar en este tipo social.

## Conclusión

A modo de conclusión proponemos y propugnamos un agregado al art. 36 ley 27.349, art. 328 LGS en su proyecto de reforma. En el inc. 9 de ambas nor-

mas consideramos pertinente colocar: “la regulación o supresión expresa del derecho de receso de los socios”.

De este modo, el socio frente a una decisión, por ejemplo, de prórroga de la sociedad, no se verá obligado a seguir asumiendo el riesgo en común más allá del plazo estipulado en el contrato constitutivo. De lo contrario se daría una paradoja: “morir como esclavo en la más libre de las sociedades”.