

## LA RACIONALIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DE DECISIONES SOCIALES EN LA SAS

*Diego Coste y José David Botteri (h)*

Según un sector importante de la doctrina nacional, la ley 27.349 otorga libertad suficiente a los integrantes de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) para dejar sin efecto las normas imperativas de la ley 19.550, a través del sencillo trámite de pactar lo contrario en un contrato. Según otro sector, las normas imperativas no dejan de aplicarse a la SAS. A partir de allí, en la mayoría de los trabajos analizados, los autores se expiden a favor o en contra de la nueva regulación y proponen el respeto de la autonomía casi total de la voluntad en la SAS o, en cambio, la urgente incorporación de este tipo societario dentro de la ley 19.550.

El proyecto de reforma integral a la ley 19.550 presentado bajo el expediente 1726/2019 (“El Proyecto) incorpora a la SAS a la ley 19.550 pero en su artículo 325 pareciera excluirla de toda aplicación de sus normas imperativas. En ese sentido, el proyecto, de ser aprobado y sancionado como ley, no modificaría esencialmente el debate que motiva esta ponencia.

Dejando de lado las normas que provienen estrictamente del subsistema jurídico societario, es muy relevante la influencia que tiene en este aspecto la ley 26.994, que sancionó el CCCN y elevó a la categoría de principios generales a la buena fe (art. 9) y al abuso del derecho (arts. 10 a 14). Esto significa -en términos prácticos- que la negociación, celebración, interpretación, ejecución y conclusión de contratos, entre otros ejemplos, quedan sujetos inexorablemente a los principios citados sin necesidad de otras normas específicas.

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. El modo no sería otro que el declarar en la ley que la voluntad de las partes es la fuente principal generadora de derechos y obligaciones en ese tipo societario, al que sólo se le aplicarían las normas imperativas de la ley especial 27.349, no pudiendo los contratos de SAS ser modificados ni invalidados por otra vía distinta a los mecanismos establecidos por las partes. *El Proyecto* tampoco contiene una norma de ese estilo.

Si los accionistas de la SAS pueden dejar de lado las normas imperativas de la ley 19.550 -según lo entiende la mayoría de la doctrina- se aplican a dicho tipo societario las normas imperativas del CCCN. Esto resulta ser así porque el artículo 150 del CCCN establece este orden de prelación para las personas jurídicas privadas: (1) las normas imperativas de la ley especial; (2) las normas imperativas del CCCN; (3) las cláusulas del contrato; (4) las cláusulas del reglamento; (5) las normas supletorias de la ley especial; y (6) las normas supletorias del CCCN.

Siguiendo ese orden de prelación para la SAS, concretamente deben considerarse en primer lugar las normas imperativas de la ley especial 27.349 como así también -por expresa remisión del artículo 33 de dicha ley- los artículos 94 a 112 y 157 de la LGS. En segundo término, las normas imperativas de la ley general (CCCN) entre las cuales podemos citar los artículos 9, 10, 12, 958, 960, 962, 991, 1011, 1012, 1013, 1061 y 1067. Recién en tercer lugar ingresa la autonomía privada a través de las cláusulas pactadas en el instrumento constitutivo y en el reglamento, en ese orden. Luego serán de aplicación las normas supletorias de la ley 27.349 y las restantes normas de la LGS -que respecto de la SAS son consideradas mayoritariamente como supletorias. Por último, las normas supletorias del CCCN.

La sanción de la ley 27.349 ofrece entonces una oportunidad y un desafío: *ampliar a libertad en la estructura jurídica de los negocios, sin caer en los abusos que a mediano plazo podrían retraer el sistema hacia el extremo contrario, o hacia su derogación.*

Desde hace varias décadas el mundo de los negocios cambia rápida y constantemente en virtud de innumerables factores. Lo seguirá haciendo con mayor velocidad en el futuro. Nuestro país tiene deficiencias estructurales crónicas que impiden una competitividad adecuada para que las empresas, sobre todo las pequeñas, puedan posicionarse en el mercado internacional. Nuestro mercado interno es volátil, sin economías de escala para la gran mayoría de bienes y servicios y constituye una anémica oferta en comparación con otros mercados, incluso de Latinoamérica.

La ley 27.349 revitaliza la imagen del emprendedor schumpeteriano: innovador, cuya energía y creatividad contagia al resto de los componentes del mercado en un círculo virtuoso de crecimiento sostenido. Bienvenida esa expectativa y los valores que impregna. Sin embargo, sin un cambio sistémico que conceda una verdadera posibilidad a los empresarios argentinos para competir con crédito razonable, impuestos posibles de pagar y seguridad jurídica laboral, no hay figura jurídica que vaya a encauzar la energía creativa en niveles que permitan mover el amperímetro productivo hacia arriba. Como sostuvo

el dramaturgo griego Aristófanes, *una ley nunca podrá obligar a un cangrejo a caminar derecho*.

Bajo el ideal de la autonomía privada se presume que los empresarios argentinos buscarán, con toda su creatividad e inventiva, las mejores soluciones para conducir los negocios con la menor injerencia posible del Estado, sin sufrir las consecuencias de sus propias regulaciones y complicando burocráticamente todo el aparato productivo.

Esa autonomía privada estaría consagrada en la ley 27.349 bajo la posibilidad de desplazar las normas imperativas de la ley 19.550 por vía estatutaria. Pero es allí donde se produce una paradoja: la misma autonomía quedaría condicionada por una, hasta el momento, desconocida interpretación judicial de los artículos 9, 10, 12, 958, 960, 962, 991, 1011, 1012, 1013, 1061 y 1067 del CCCN, entre otros, a los casos concretos que vayan surgiendo.

La búsqueda del equilibrio que permita un mayor grado de libertad sin correr el riesgo de abusos, exige una nueva nueva concepción del interés social que contemple a la causa fin (objetiva y subjetiva societaria) junto con una metodología de rigor racional para la toma de decisiones, donde todos los intereses sean debidamente tomados en consideración.

El criterio de racionalidad que postulamos para las decisiones sociales es el siguiente: ***una decisión y su consecuente acción es racional si y sólo si, procuran lograr un objetivo que, se supone, será beneficioso tanto para la sociedad como para la mayoría de los socios, con el mínimo sacrificio individual posible***. Se combina así la racionalidad formal con la racionalidad material, porque de nada sirve una aplicación formalmente lógica de normas si eso es ineficiente para las partes<sup>1</sup>.

Existen muchas definiciones de racionalidad<sup>2</sup>. Las que tienen mayor aceptación en el presente son las que reclaman coherencia entre los fines propuestos

---

<sup>1</sup> Recordemos que la racionalidad formal consiste en un mero ejercicio donde las normas jurídicas son consideradas una premisa mayor a la cual deben subsumirse los hechos del caso para dar luego una conclusión lógica. No toma en cuenta la racionalidad y coherencia de los fines y medios de la decisión. Sobre la racionalidad en el derecho ver FARIÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

<sup>2</sup> En esta ponencia hemos seguido, fundamentalmente, el enfoque de BUNGE y BOUDON, en sus obras *Las ciencias sociales en discusión*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1999 y *La racionalidad en las ciencias sociales*, Ed. Nueva Visión, Buenos Aires, 2010, respectivamente. Consideramos que son los enfoques más modernos y depurados acerca de la teoría de la decisión y acción racional, superadoras de las críticas que se han hecho a las teorías de la elección racional. Recomendamos la lectura de la obra: “The Oxford

y los medios para lograrlos. Según estas teorías, además, cuando la decisión involucra a dos o más personas, los fines y los medios tienen que ser coherentes con las creencias compartidas por los integrantes del grupo <sup>3</sup>.

Todas estas explicaciones pueden resumirse en un argumento bastante simple: *cuando se pretende afectar el interés de alguien, hay que explicarle muy bien los motivos.*

En materia societaria y en función del criterio de racionalidad que hemos propuesto, tanto los objetivos de las decisiones sociales como los medios para ejecutarlas no pueden ser arbitrarios. La pauta para determinar el grado de racionalidad de los objetivos y medios es el interés social definido previamente.

Así, el objetivo que marca la pauta de racionalidad de cada decisión social es la búsqueda, en el caso concreto, de la satisfacción de los intereses personales de la mayor cantidad de socios y exigiendo, en simultáneo, el menor sacrificio posible de quienes puedan verse afectados. Este objetivo es *instrumentalmente* racional porque procura un beneficio para el sistema y es *moralmente* racional (desde nuestra perspectiva utilitarista) porque intenta la mayor cantidad de bien con el menor sacrificio posible.

Si bien no resulta en principio elegante incluir formulas complejas para describir conceptos, entendemos que vale la pena transcribir la idea central de la teoría de la acción sistémica y realista de Mario A. Bunge sugiriendo detenerse pacientemente en ella <sup>4</sup>:

*“Un medio **M** para un objetivo **O** es, a priori, instrumentalmente racional si y sólo si **M** es necesario y suficiente para **O**. Pero debe tenerse en cuenta que en virtud de los efectos colaterales imprevisibles (positivos o negativos) que puede*

---

Handbook of Analytical Sociology”, dirigida por Peter Hedström y Peter Bearman, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

<sup>3</sup> HIDALGO, *Racionalidad y Método en Ciencias Humanas: La Noción de Comparación Adecuada*, publicado en “La Racionalidad en Debate”, dirigida por Oscar Nudler y Gregorio Klimovsky, Tomo II, ps. 216 y ss., Ed. Centro Editor de América Latina, Bs. As., 1993.

<sup>4</sup> BUNGE, *Las Ciencias Sociales en Discusión*, ps. 332 y ss., Ed. Sudamericana, Bs. As., 1999. El enfoque es similar al de Raymond Boudon: “Sea X un objetivo, un valor, una representación, una preferencia, una creencia o una opinión. Se dirá que X se explica por la racionalidad ordinaria si X es a los ojos del individuo que adhiere a X la consecuencia de un sistema de razones S todos cuyos elementos son aceptables para él y si al alcance de su vista no existe un sistema de razones S’ preferible que lo llevaría a suscribir a X’ más que a X. En este caso, se dirá que S es la causa de la adhesión del individuo a X”. Hemos preferido el de Mario A. Bunge porque este último logró un grado de formalización superior, facilitando la aplicación del criterio a casos concretos del ámbito societario.

*generar la acción, el resultado **R** puede no coincidir con **O**. Entonces la fórmula debe corregirse en los siguientes términos: **M** resulta ser, a posteriori, un medio instrumentalmente racional de **O** si y sólo si **M** es necesario y suficiente para **O**, y **R** es más valioso que **C** (que es el efecto colateral indeseado)”.*

Hasta aquí está expuesto un diseño de racionalidad instrumental, es decir, una elección de medios eficientes desde el punto de vista funcional para el logro del objetivo planteado, tomando en consideración los posibles efectos colaterales indeseados. Falta la inclusión de aspectos valorativos en la fórmula, pues el mal puede ser tan racional como el bien.

Así: “Un objetivo **O** es moralmente racional si y sólo si contribuye a satisfacer un interés legítimo sin poner en riesgo el interés legítimo de otras personas. Del mismo modo, un medio **M** es moralmente racional si y sólo si el medio es necesario y suficiente para aquel **O**”.

Esta moralidad está vinculada con los aspectos axiológicos considerados en este trabajo, que en síntesis comporta lo siguiente: es bueno procurar el beneficio individual y social. **El interés social, como valor, exige que la elección de los medios para el logro de los objetivos sociales necesarios para la sustentabilidad del sistema, genere el menor sacrificio posible para los socios** <sup>5</sup>.

La fórmula final sería la siguiente:

*“Un medio **M** para un objetivo **O** es, a priori, instrumental y moralmente racional si y sólo si **M** es necesario y suficiente para **O** y **O** satisface un interés legítimo sin poner en riesgo intereses legítimos de otras personas. Pero debe tenerse en cuenta que en virtud de los efectos colaterales imprevisibles (positivos o negativos) que puede generar la acción, el resultado **R** puede no coincidir con **O**. Entonces la fórmula debe corregirse en los siguientes términos: **M** resulta ser, a posteriori, un medio instrumental y moralmente racional de **O** si y sólo si **M** es necesario y suficiente para **O**, y **R** es más valioso que **C** (que es el efecto colateral indeseado)”.*

Tomemos como ejemplo un caso que se suele dar en el ámbito de las sociedades regulares de la ley 19.550, pero que puede servir como disparador para conflictos que eventualmente se desarrollen en el seno de una SAS porque más allá del contenido de los intereses en conflicto el sistema racional para la solución es el mismo. Es el caso del aumento de capital o la constitución de reservas

---

<sup>5</sup> Se condice también con lo afirmado por uno de los fundadores del utilitarismo, Jeremy Bentham, quien en su libro “*Los Principios de la Moral y la Legislación*”, página 34, Ed. Heliasta, Bs. As, 2008, postuló que en la búsqueda de placer había que evitar dolores para uno mismo y para otros; y si el dolor era inevitable, debía minimizarse extendiéndose a la menor cantidad de personas posibles.

facultativas para el logro de determinados objetivos estratégicos a mediano o largo plazo. Las opciones con las que cuenta la sociedad serían básicamente dos: financiamiento interno o del mercado.

Con excepción de las sociedades que cotizan sus acciones o ciertos productos financieros en bolsa, el costo de financiamiento interno para las sociedades denominadas “cerradas”, aparentemente sería cero.<sup>6</sup> En ese contexto, también en apariencia, siempre sería inconveniente recurrir al crédito en el mercado porque la sociedad debería pagar intereses.

Veamos, a continuación, como debería estructurarse una decisión social en el caso práctico típico de considerar un aumento de capital o la constitución de reservas facultativas<sup>7</sup>, para cumplir con los recaudos de racionalidad desarrollados:

Planteo de los objetivos estratégicos, como por ejemplo la necesidad de ingresar en nuevos mercados, afrontar una crisis, investigar o desarrollar nuevos productos, mantener posicionamiento ante la aparición de un nuevo competidor, exigencias de integración vertical u horizontal, entre otros;

Justificación técnica y contextual, contrastable empíricamente, acerca de la necesidad de cumplir los objetivos estratégicos para que la sociedad produzca ganancias sustentables durante el plazo previsto por el artículo 11 inciso 5 de la LGS. La justificación contextual se vincula con los datos previos y presentes de la sociedad en cuestión, que deberían ser coherentes con los nuevos objetivos planteados;

Elección de los medios que resulten instrumental o funcionalmente más eficientes para la sociedad a los efectos del logro de los objetivos propuestos<sup>8</sup>.

En caso de oposición de socios a la elección de los medios referidos en el ítem anterior, tal elección debería ajustarse recurriendo a los medios que resulten

---

<sup>6</sup> En las sociedades abiertas, más allá del esquema MODIGLIANI-MILLER, que ha sido objeto de sólidos cuestionamientos, el financiamiento interno también tiene costos relevantes que se traducen en las expectativas del mercado en torno a la política de dividendos como elemento para decidir invertir en la empresa. Pero estos supuestos tienen una relevancia ínfima en el universo de conflictos vinculados a la noción de interés social en la República Argentina.

<sup>7</sup> En este supuesto estaría en juego el respeto de la *causa fin objetiva*.

<sup>8</sup> Dejamos fuera del análisis, deliberadamente, los modelos y herramientas diseñadas por las disciplinas empresariales que normalmente se ven involucrados en esta clase de conflictos. Su consideración excedería el límite conveniente de este trabajo. Por el momento consideramos suficiente afirmar que integran un aspecto de praxiología citada: la elección de los medios adecuados para lograr el objetivo planteado, dentro del marco axiológico realista adoptado.

idóneos para el cumplimiento de los objetivos sin necesidad de que los socios deban suscribir un aumento de capital o postergar su derecho al dividendo <sup>9</sup>:

Tanto la sociedad como los socios deberán buscar y generar los medios mencionados en el ítem d). La sociedad deberá colaborar con los socios hasta el máximo de sus posibilidades para ese fin.

En el supuesto que esta última elección no sea viable, se deberá ofrecer la justificación técnica y contextual por intermedio de la cual los objetivos planteados sólo pueden lograrse mediante un aumento de capital o constitución de reservas facultativas. Aquí, de ser cierto, los socios minoritarios deben someterse al principio mayoritario.

Si los objetivos planteados no son, luego, perseguidos y ejecutados por los controlantes sobre la base de los términos y condiciones fijados en la decisión racional planteada, se deberán distribuir de inmediato las utilidades reservadas o reducirse el capital social de manera tal que la situación vuelva al estado original a fin de que los minoritarios no sufran ningún perjuicio. No se está exigiendo el éxito del objetivo planteado (que es aleatorio), sino que se requiere que dicho objetivo sea realmente intentado mediante la ejecución de la estrategia descripta, fundada racionalmente en la decisión social que justificó el aumento de capital o constitución de reservas pertinentes.

El dinero de la reserva o el aumento de capital no podría tener una afectación distinta pues para ello deberá convocarse y adoptarse una nueva decisión racional como la que aquí se ha planteado.

Frente a las posibilidades que ofrece la ley 23.749 a las que ya existían en la ley 19.550 -y que no se ven modificadas en esencia por El Proyecto- afirmamos que las decisiones sociales adoptadas por cualquier órgano de la SAS a la que resulten aplicables las normas imperativas del Código Civil y Comercial de la Nación, requieren como presupuesto de validez el cumplimiento de algún criterio de racionalidad pues de lo contrario no existirá fundamento lógico -al menos explícito- que justifique la ponderación y solución de los intereses en conflicto <sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial emitió hace tiempo un fallo que encuadra dentro de esa teoría de la acción, resolviendo que no corresponde la capitalización de pasivos que implica una limitación del derecho de preferencia de los socios, cuando el saneamiento financiero de la empresa podía obtenerse mediante un aumento de capital, mecanismo alternativo que impedía la licuación de los socios preexistentes (CNCom., sala A, 29/5/79: “*Suixtil S.A. c/ Comisión Nacional de Valores*”, citado por NISSEN en su “Ley de Sociedades Comerciales”, Tomo 2, p. 540, Bs. As., 2010).

<sup>10</sup> El Dr. Manóvil, en un muy recomendable y reciente trabajo, parece coincidir con esta conclusión: “*Otro relevante apartamiento del principio de proporcionalidad que permite la ley 27.349 es el de su art. 44, cuando autoriza a fijar primas distintas para las*

---

*acciones que sean emitidas en un mismo aumento de capital, siempre que sean diferenciadas por clases, aunque esas clases pueden reconocer derechos económicos y políticos diferentes. La admisión de estas desigualdades permite resolver un sinfín de problemas que se presentan en la práctica de sociedades que estructuran negocios de integración compleja. No me detendré en ejemplificaciones, pero sí importa sostener que, por aplicación de los principios societarios sustentados en la LGS, o inducidos de sus normas, e incluso también del nuevo Cód. Civ. y Com., ninguna de esas desigualdades sería válida si fuera abusiva y si no respondiera, cada una de ellas, a un principio de racionalidad que las justifique”* (Manóvil, Rafael M.: “La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades”, La Ley 29/05/2019, 1; Cita Online: AR/DOC/718/2019).