

REFLEXIONES PARA OPTIMIZAR EL TIPO SOCIAL DE LA SAS

Gustavo Adrián Somoza López

1. Objetivo:

Con la presente busco traer a debate una serie de situaciones que podemos calificar de conflictivas relacionadas con el tipo social que surgió en nuestro país con la sanción de la Ley del Capital Emprendedor ¹, cual es la Sociedad por Acciones Simplificada, la que a partir de ahora en este trabajo denominare SAS. El ánimo del presente es analizarlos de la manera más objetiva posible y motivar pensar alternativas para mejorar el régimen proponiendo el análisis y debate sobre diferentes puntos del régimen que regula a las SAS que podemos considerar conflictivos, pero no para limitarnos a ensayar una crítica al respecto, sino para evaluar que riesgos implican para el orden jurídico y crear un ámbito para pensar alternativas que nos permitan elaborar alternativas de mejora de la normativa vigente partiendo de la idea de que la SAS es un tipo útil al desarrollo económico local.

2. Análisis del régimen. Pensando alternativas:

El régimen societario argentino está fundamentalmente contenido en la Ley General de Sociedades N.º 19.550 (LGS) ², pero el tipo social que es objeto del presente se regula a partir de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N.º 27.349 (LACE) a partir del artículo 33. Conforme la LGS las sociedades pueden constituirse por instrumento público o instrumento privado, artículo 4 LGS, excepto las sociedades anónimas que en virtud del artículo 165 LGS exige que solo lo sean por instrumento público, las SAS pueden ser constituidas por instrumento público, privado (con gran amplitud en cuanto a su certificación) y también

¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/273567/norma.htm>.

² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=25553>.

por forma digital y de optar por el instrumento constitutivo modelo aprobado por la IGJ (en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) serán inscriptas en el plazo de 24 horas. Hasta el año 2015 con la reforma de la Ley 26994 en que se introduce la sociedad anónima unipersonal a partir de la reforma al artículo 1 de la LGS la unipersonalidad societaria estaba vedada en nuestro Derecho a pesar de varios intentos previos de introducirla, dicha reforma generó la denominada SAU la cual por sus especiales características fue rechazada como instrumento idóneo para dotar de instrumentalidad el armado de empresas y a partir de abril del 2017 a través de la LACE al introducir la SAS también permite que la misma pueda tener un solo socio pero con la particularidad de eliminar las exigencias que el legislador del año 2015 le impusiera a la SAU con ánimo de evitar el uso fraudulento de dicho tipo social. En la SAS al igual que otros tipos sociales, los socios pueden ser personas humanas (de nacionalidad argentina o extranjera, residentes o no), y personas jurídicas (constituidas en la Argentina o en el extranjero). La totalidad del capital social puede ser de propiedad de personas humanas y jurídicas extranjeras, con la sola exigencia para las primeras de obtener su clave de identificación tributaria (CDI) en la Argentina, y para las segundas de inscribirse previamente en el Registro Público y obtener su CDI. Al respecto lo criticable no es que se permita el ingreso como socios de extranjeros (personas humanas o jurídicas) sino eliminar notoriamente los requisitos para su actuación societaria, al respecto es necesario considerar que en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se simplificó mucho la inscripción de sociedades extranjeras, y el mantenimiento del cumplimiento legal de las mismas, suprimiéndose la necesidad de acreditar activos o actividad económicamente significativa en el exterior, lo cual a mi entender no es el modo más adecuado de regularlo, si debemos facilitar el ingreso de capitales extranjeros pero eliminando casi todo tipo de control, no impidiéndolo a fin de propugnar al desarrollo de negocios y el incremento de la riqueza de los ciudadanos³. En la jurisdicción de Ciudad Autónoma de Buenos Aires el objeto de las sociedades puede ser múltiple. En el caso de las SAS se va incluso más allá, dado que el objeto social podrá ser amplio y plural, y las actividades que lo constituyan podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas; lo cual no es malo per se, pero si es riesgoso si lo sumamos a otras características de la SAS tales como capital social ínfimo y limitación de la responsabilidad de los socios. En algunos tipos de sociedades se requieren legalmente ciertos capitales sociales mínimos. En las SA y las SAS, el capital social se divide en acciones, representadas en títulos nominativos no endosables o escriturales; pero por razones insondables el legislador de las SAS determinó que ante carencias de normas la remisión era

³ Resolución General 6/2018 publicada el 29/08/18 en el Boletín Oficial (“RG 6/18”).

al régimen de la SRL en la LGS, lo cual a mi entender debería ser mejorado haciendo una remisión a la SA.

Sus socios pueden hacer aportes de dinero irrevocables y a cuenta de futuros aumentos de capital, los cuales pueden mantenerse como cuenta del balance hasta un máximo de veinticuatro meses en caso de las SAS, a diferencia de por ejemplo las SA que tienen plazos de capitalización o devolución mucho más breves. Las SAS se caracterizan por la amplia libertad para determinar sus órganos sociales, los mandatos de los administradores tienen un plazo máximo de tres ejercicios en el caso de las SA, en tanto que en las SAS pueden no tener vencimiento según lo decidan los socios. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los administradores de las SAS están eximidos de presentar seguro de caución o cualquier otra forma de garantía al Registro Público ⁴, lo cual debería ser revisado extendiendo el seguro de caución, pero por valores lógicos no solo en lo referido a las SAS sino también en lo referido a las SA. A diferencia de lo que ocurre con las SA y las SRL, la SAS aun teniendo el capital que indica el inciso 2 del artículo 299 de la LCT es excluida de la fiscalización estatal obligatoria ⁵. En CABA las SAS no pagan tasa anual a diferencia de las SA que son las que si pagan tasa anual al Registro Público. Ahora bien, lo que se destaca como supuestas ventajas de la SAS, son realmente tales para la comunidad donde dichas personas jurídicas actúan o debemos pensar como si serian instrumentos válidos para el actuar en el mercado, pero sin provocar situaciones riesgosas a los que con ellas contraten.

3. Las ventajas son rasgos tipificantes o ventajas para actuar en el mercado:

Algunos autores consideran que la rapidez con la que se deben inscribir las SAS que presentan un estatuto tipo debe ser considerado como un rasgo tipificante, lo cual a mi entender es un error, dado que si pueden ser considerados rasgos tipificantes los siguientes: **a.** Socios que de modo indistintos se los llama socios o accionistas y limitan su responsabilidad al capital integrado. **b.** Objeto social plural y aun sin conexidad. **c.** Capital social mínimo de dos salarios mínimos, vitales y móviles. **d.** Acto constitutivo por instrumento público, privado o digital, debiendo ser inscripto en la IGJ al igual que sus reformas, pero con una IGJ que carecerá de facultades de fiscalización durante la constitución, fun-

⁴ Althabe María Magdalena y otro c/ Efel SA y otros s/ Ordinario. Villanueva - Machin - Garibotto. Cámara Comercial: C. Fecha: 2014/05/15. Citar: eIDial.com - AG358C

⁵ 11399/2018 – “Inspección General de Justicia c/ Akeba SA s/organismos externos”, CNCom., Sala F, 25/10/18.

cionamiento, disolución y liquidación. **e.** Posibilidad de tener un socio o más, vale decir la recepción de la SAS unipersonal. **f.** Flexibilidad en la organización interna merced a un ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Procederé a analizar las cuestiones del tipo que a mi entender merecen repensar el régimen para su mejora, tales como: **a.** Deberíamos encontrar una alternativa a la actual situación en la que respecto a la SAS no se efectúe un control de legalidad por el Registro Público, dado que con la extrema liberalidad con la que se maneja su inscripción el registro público, IGJ en el ámbito de CABA se transforma en un mero registro buzón. **b.** Debe llamarnos la atención para reflexionar y pensar alternativas es la conjunción de capital mínimo, limitación de la responsabilidad de los socios al capital que aporten y de modo simultaneo un objeto polifuncional con lo cual el riesgo de la infracapitalización deja de ser un riesgo y pasa a ser una certeza. **c.** Excesivo plazo para mantener los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones hasta por 24 meses, *contrario sensu* con otros tipos sociales. **d.** Ausencia de la fiscalización estatal permanente aun ante una SAS con un capital del inc. 2 del artículo 299 LGS. **e.** Pareciera claro que ante ausencias normativas de la norma especial se aplica de modo supletorio la LGS en tanto sea conciliable con la LACE. Lo cual merece una observación dado que debemos si considerar la ley especial, la LACE, pero también debemos considerar que existe un Código Civil y Comercial de la Nación que en la parte específica que regula persona jurídica en su artículo 150 determina en cuanto a leyes aplicables, las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las SAS son un tipo social atractivo por razones tales como su digitalización y de una autonomía de la voluntad de los socios que está limitada por muy pocas disposiciones imperativas (por ejemplo, derechos de información y dividendos de los socios, responsabilidad de los administradores, disolución y liquidación) y que, en consecuencia, permite organizar la sociedad de manera mucho más adecuada a las necesidades y deseos de cada empresa en particular.

4. Remedios ante el posible uso fraudulento de la SAS:

Los críticos de este tipo social consideran que la SAS es un tipo social que facilitaría el uso fraudulento del ropaje de la persona jurídica diferenciada, pero la realidad es que el orden jurídico vigente nos da una herramienta idónea para poder resolver dicha problemática cual es la inoponibilidad de la persona jurídica tanto en la regulación del artículo 144 del CCCN como del artículo 54 de

la LGS .Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió por este tema en la causa “Palomeque” (fallo del 03.04.03) ⁶, en el cual el dictamen del Procurador Fiscal, Dr. Felipe Obarrio diseñó el marco jurídico de referencia señalando que : “La personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades anónimas, y que ésta configura un régimen especial, porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía”. Limitó, en ese contexto, la eficacia de la norma en cuestión a los supuestos en los que se trate de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, que prevaleciéndose de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales, esto es, como resulta del voto de los Dres. Moliné O’Connor y López en la causa “Cingiale, María v. Polledo Agropecuaria S.A.” (Fallo del 05.03.02) que haya mediado utilización ilegal del contrato de sociedad y no ilegalidad de ciertos actos por ella realizados. Esta tesis, restrictiva, según la distinción que hace la doctrina, postula, en síntesis, la diferenciación de la personalidad de la sociedad con la de los socios y la limitación de responsabilidad de éstos; de forma tal que la existencia de empleados “en negro”, si bien es un acto ilícito, no constituye una actuación extrasocietaria, y por tanto, no justifica la caída del velo societario y la responsabilidad de los controlantes ⁷. “Por su sola calidad de socio, ante la aplicación del instituto referido y quedando a la vista el verdadero accionar e interés de los demandados, debe responder por los actos llevados a cabo por la sociedad que él integraba, en claro perjuicio de los acreedores en tanto que con su voluntad autorizó que el objeto social en virtud del cual fue constituida TI Intertele SRL se desviara ⁸. “No cabe duda que el instituto de la extensión de la responsabilidad patrimonial a todo el conjunto económico de una multinacional es un recurso genuino del derecho contemporáneo para hacer justicia en una sociedad globalizada. Aquella decisión de noviembre de 1971, confirmada por la Corte el 4 de septiembre de 1973 ⁹.... El art. 54, tercer párrafo, de la ley 19.550 consagra una acción cuyo efecto es imputar directamente a ciertos sujetos la responsabilidad civil derivada de una actuación de la

⁶ Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ Recurso de hecho. Sentencia 3 de abril de 2003.Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires Magistrados: Eduardo Moliné O’Connor - Augusto Cesar Belluscio - Enrique Santiago Petracchi - Antonio Boggiano (en disidencia)- Adolfo Roberto Vázquez - Juan Carlos Maqueda. Id SAIJ: FA03000090.

⁷ “Cingiale, María v. Polledo Agropecuaria S.A”, C.S.J.N. (fallo del 05.03.02).

⁸ “Migal Publicidad S.A. c/ Ti Intertele S.R.L. s/ Ordinario”, CNCom., 30/10/2014. Cámara Nacional en lo Comercial Sala C.

⁹ Compañía Swift de La Plata SA s/quiebra. CSJN 1973.

sociedad que el legislador reputa contraria a derecho por perseguir fines extrasocietarios, o ser un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe, o bien frustrar derechos de terceros. Y para lograr ese particular efecto jurídico, la referida acción se vale de un vehículo determinado, a saber, la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica societaria, no del tipo social, como alguna doctrina ha creído (véase mis votos en las causas: “Merlo, Juan Manuel c/ Ponce, Diego Martín y otros s/ despido”, sentencia del 25/2/08; y “Gasulla, Eduardo y otro s/ Altos Los Polvorines S.A. y otros s/ sumario”, sentencia del 27/9/09).” (Del voto de la mayoría) ¹⁰. Debemos considerar que la SAS tiene personalidad jurídica diferenciada de la de sus socios. Para lo cual tenemos fundamento no solo en la ley de capital emprendedor sino también la LGS dado que por aplicación del artículo 33 de la ley nro. 27.349 podemos aplicar supletoriamente en tanto se concilie con dicha ley del capital emprendedor., y en la LGS encontramos el artículo 2 que determina que la sociedad tiene personalidad propia con el alcance fijado por la ley, en el caso de la SAS tanto de la ley de capital emprendedor como de la LGS. Dado que puede ser constituida tanto por una o varias personas humanas o jurídicas las cuales limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban, con lo cual vemos dos situaciones simultáneas cuales son la persona de la SAS diferente de la del socio/s que la integran y la limitación de la responsabilidad. Pero ante la producción de un supuesto que configure un obrar destinado a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros hace que podamos aplicar el remedio que se regula tanto el artículo 54 in fine de LGS como en el artículo 144 del CCCN inserto en la parte que regula la persona jurídica en el código unificado.

5. Conclusiones

La SAS es un nuevo tipo social que se regule por fuera de la LGS (me pregunto porque decimos ley general si sancionamos leyes por fuera como en el caso de la SAS como en el proyecto de las sociedades B o BIC) que se fundamentó en la necesidad de dar un instrumento jurídico valido para facilitar la constitución de sociedades a los emprendedores. Ante ello la pregunta es si so pretexto de dar un instrumento jurídico flexible para un emprendedor debo regular el tipo social por fuera de la LGS, tengo que fijar un capital mínimo,

¹⁰ “Merlo, Juan Manuel c/ Ponce, Diego Martín y otros s/ despido”, sentencia del 25/2/08; y “Gasulla, Eduardo y otro s/ Altos Los Polvorines S.A. y otros s/ sumario”, sentencia del 27/9/09.

¿con responsabilidad social limitada y un objeto múltiple sin limitación alguna? y sumado a ello excluir de toda la vida social de la SAS al Registro Público. Al respecto al analizar el Derecho comparado donde se regulan tipos sociales similares, en particular el mejicano, el chileno y el francés vemos que no se optó por una ley especial además de incluir determinadas limitaciones, y considero que en nuestro Derecho sería también lo más saludable, regulando el tipo social SAS del siguiente modo:

1) El art. 260 de la Ley General de Sociedades mexicana, texto según la última modificación del 14.03.16, define a la sociedad por acciones simplificada como aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil a que se refieren las fracciones I a VII, del artículo 1º de esta Ley, si su participación en dichas sociedades mercantiles les permite tener el control de la sociedad o de su administración, en términos del artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores. Los ingresos totales anuales de una sociedad por acciones simplificada no podrán rebasar de 5 millones de pesos. En caso de rebasar el monto respectivo, la sociedad por acciones simplificada deberá transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley, en los términos en que se establezca en las reglas señaladas en el artículo 263 de la misma. El monto establecido en este párrafo se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación. La Secretaría de Economía publicará el factor de actualización en el Diario Oficial de la Federación durante el mes de diciembre de cada año. En caso de que los accionistas no lleven a cabo la transformación de la sociedad a que se refiere el párrafo anterior responderá frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido. El capital puede ser variable. El art. 20 exonera a la SAS de la obligación de detraer anualmente de las utilidades netas de toda sociedad, el cinco por ciento como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social.

2) El art. 424 del Código de Comercio de Chile, incorporado por la Ley N° 20.190, define a la SpA en los siguientes términos: la sociedad por acciones, o simplemente la sociedad para los efectos de este Párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones. La sociedad tendrá un estatuto social en el cual se

establecerán los derechos y obligaciones de los accionistas, el régimen de su administración y los demás pactos que, salvo por lo dispuesto en este Párrafo, podrán ser establecidos libremente. En silencio del estatuto social y de las disposiciones de este Párrafo, la sociedad se registrá supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas.

3) El art. 227-1 del Cód. Com. Francés sencillamente dispone que una sociedad por acciones simple podrá ser constituida por una o varias personas que solo responderán de las pérdidas hasta el importe de su aportación ¹¹. Si el legislador hubiera incluido al nuevo tipo en la LGS podríamos evitar algunas situaciones controversiales del régimen y lograr traer con el aire del nuevo tipo social un aggionamiento más que necesario de la LGS pero sin destruir principios que hacen que se protejan a los socios (mayoritarios y minoritarios), contratantes con la sociedad y en definitiva a toda la comunidad donde la SAS actúen. Es innegable que la SAS trae novedades que son interesantes y entiendo debería ser extendida a otros tipos sociales (ejemplo: flexibilidad en las convocatorias de las reuniones de socios y de órgano de administración; libros digitales; simplificación en la estructura interna de la sociedad) si bien al respecto sería dable recordar que el alcance del principio de autonomía de la voluntad del CCCN recoge el principio de libertad contractual al establecer en su art. 958 que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, pero limita esta facultad a las restricciones impuestas por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, vale decir se establecieron limitaciones expresas a ese principio, que tienen su antecedente en el art. 1198 del Código Civil anterior o Código de Vélez Sarsfield.

Como mejoras al régimen podemos someter a la reflexión las siguientes: a). incluir la regulación en la LGS, b). limitación del objeto plural con mínimo capital y responsabilidad limitada a dos objetos no conexos o cuatro conexos). limitar el uso de la SAS en relación al capital social y/o número de trabajadores y/o volumen de facturación, d). recuperar el rol de control de legalidad del Registro Público respecto a las SAS, e). Regulación clara del derecho de receso sin caer en el posible planteo de inconstitucionalidad del actual artículo 245 de la LGS que a mi entender afecta el derecho constitucional de propiedad y f). limitar el uso de este tipo a emprendedores, debiendo definir claramente que entendemos por tal.

¹¹ Un instrumento útil en la conformación del capital de las sociedades por acciones. Las acciones relacionadas o vinculadas. Dr. Rafael Barreiro.