

QUIÉN SOPORTA EL RIESGO EMPRESARIO DE LAS SAS

María Guadalupe Villagrán

ABSTRACT:

Al sancionar la ley 27.349, el legislador ha tomado la decisión de dejar de lado la función del capital como garantía para los acreedores.

Frente a la pérdida de la función de garantía del capital, lo que luce evidente en la SAS, es necesario contemplar otros mecanismos de garantía para los acreedores, como el test de insolvencia y la responsabilidad de los administradores por la distribución de utilidades, cuando exista incapacidad de la sociedad para asumir el pago de sus obligaciones dentro del giro ordinario de sus negocios.

Estos postulados se asientan en la premisa de que la necesidad de facilitar la creación de MIPYMES -por su valor como fuente generadora de empleo-, no justifica trasladar el riesgo a los acreedores. Es el empresario, por pequeño que sea, quien debe asumir el riesgo de su actividad.



I. Consideraciones sobre la regulación del Capital, en la ley 27.349

La Sociedad por Acciones Simplificada, tal como se encuentra regulada en la ley 27.349 ha sido concebido para canalizar emprendimientos de pequeños y medianos empresarios. La norma está inspirada en el proyecto de guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ¹. Sin embargo, se advierte la recepción parcial de sus recomendaciones. Siguiendo sus lineamientos, se suprime la función del capital como garantía, sin incorporar mecanismos que la re-

¹ Proyecto de guía legislativa sobre una entidad de responsabilidad limitada de la CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo I (MIPYME); 32° período de sesiones, Nueva York, 25 a 29 de marzo de 2019; Asamblea General de Naciones Unidas; A/CN.9/WG.I/WP.114.

emplacen. En nuestra legislación, son los acreedores quienes soportan el riesgo empresario de las SAS.

- En este trabajo se postula que la ley 27.349 preconiza el valor de la pequeña y mediana empresa como generadora de trabajo. Entendido este como un bien jurídico², lo pondera a tal punto, que justifica tácitamente trasladar el riesgo empresario a los terceros, sin advertir que los acreedores de la sociedad, probablemente sean también pequeñas empresas, potenciales damnificadas por la falta de garantía en las transacciones.

- En este sentido, el capital social de las SAS constituye una cifra que resulta simbólica -dos salarios mínimos, vitales y móviles-. Se suprime así a su función de garantía, concepto que viene siendo cuestionado, por su inutilidad práctica para cumplir con esa finalidad.

- No se desconoce que esta postulación -la función del capital como garantía a los acreedores- está en crisis³. Pero, corresponde destacar que ésta reposa en otra idea que hasta el momento no ha sufrido embates. El contrapeso del beneficio de la limitación de la responsabilidad es la necesidad de establecer mecanismo de garantía para los terceros, respecto de la solvencia de la sociedad para cumplir con sus obligaciones.

- Lo que no es posible sostener, sin entrar en contradicción con el principio que surge del artículo 19 de la CN, es que sea lícito trasladar el riesgo empresario a los terceros. Sin embargo, ésta es la posición que deja traslucir la regulación de las SAS, que no ha previsto ningún mecanismo de garantía que reemplace al del capital. Todo parece indicar que en el trasfondo de la ley 27.349, subyace la idea de que la necesidad imperiosa de generar fuentes de trabajo, legitima la traslación del riesgo que comporta la actuación de estas sociedades, a sus acreedores.

² El documento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo I (MIPYME), al declarar la finalidad de la guía legislativa, manifiesta que la mayoría de las empresas del mundo son MIPYME, que constituyen la gran mayoría de los tipos de empresas existentes en todos los Estados y representan la piedra angular de la economía de muchos de ellos. En todas las regiones del mundo, las MIPYME representan una gran parte de la tasa de ocupación y del producto interno bruto. Indica como uno de los factores que afectan su rendimiento y su capacidad de desarrollo a los obstáculos jurídicos a que se enfrentan las MIPYME durante su ciclo de vida.

³ La consecuencia de tal concepción -la postulación de la ausencia de criterio objetivos y la inutilidad del capital para medir la solvencia de las sociedades-, se refleja ya sin reservas en la reglamentación de la ley 27349. En su artículo 40, la norma dispone que el capital social no podrá ser inferior al importe equivalente a dos veces el salario mínimo vital y móvil. En su reglamentación se omite cualquier control sobre este aspecto, toda vez que se menciona la innecesidad de la conformidad administrativa del instrumento constitutivo y su contralor durante su funcionamiento, disolución y liquidación.

Conclusión que se deduce de analizar el patrimonio con que cuentan al momento de su constitución.

II. Las recomendaciones de la guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

- La guía legislativa sobre la entidad de responsabilidad limitada de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional recomienda reducir los obstáculos jurídicos a que se enfrentan las MIPYME durante su ciclo de vida. Señala como una buena práctica facilitar su constitución, concebir y reglamentar una forma jurídica simplificada, que pueda favorecer su éxito y la sostenibilidad de esas empresas y, de ese modo, fomentar el espíritu empresarial y la innovación -finalidad que se comparten-.

- Ahora bien, al analizar el requisito del capital mínimo para la constitución de sociedades, a cambio de otorgar a sus miembros la protección que brinda la responsabilidad limitada, señala que estos requisitos, incluso los de monto progresivo, pueden afectar negativamente a las pequeñas empresas en formación. Sugiere su eliminación, porque se entiende que esta decisión podría influir favorablemente en el número de entidades mercantiles que se constituyen y señala que un problema particular, relacionado con el establecimiento de requisitos de capital mínimo, es la dificultad que plantea la cuantificación del monto apropiado y la rigidez inherente a esa elección. En este punto se sugiere suprimir el control respecto de la suficiencia del capital con relación al objeto⁴.

- Sin embargo, el mismo documento sugiere adoptar otros mecanismos generales de protección de los acreedores y terceros. Entre ellos nos parecen relevantes por su utilidad práctica, los siguientes: hacer responsables a los miembros de la sociedad de toda distribución indebida, obligarlos a devolver a la entidad lo que hayan percibido indebidamente y establecer normas de conducta, incluidos el deber de buena fe y las obligaciones fiduciarias en cabeza de los administradores.

⁴ Llama la atención la mirada coincidente sobre este aspecto, expresada en los considerandos de la Resolución General 8/16 de la IGJ. Allí se afirma que la LGS no establece un capital mínimo para tipos societarios diferentes de las Sociedades Anónimas y que si bien se encuentra fuera de discusión la conveniencia de que el mismo sea adecuado a la envergadura y naturaleza del objeto social que se pretende alcanzar, respecto a la cuantía del capital social, no existen parámetros objetivos para evaluar su suficiencia a priori. Se señala también que el capital social no es el único recurso con el que cuenta la sociedad para cumplir su objeto, ya que también inciden de forma relevante factores patrimoniales, financieros y organizativos, al igual que decisiones de política empresarial.

III. Mecanismos propuestos para la protección de los acreedores

- Aceptada la premisa de la inutilidad del capital como garantía para los acreedores⁵, de la que parece partir la ley 27.349 -conclusión que, a mi juicio, merece todavía discusión-, corresponde indagar acerca de otros mecanismos posibles para protegerlos. La primera cuestión a considerar es quienes son los terceros que contratan con la MIPYME y determinar si todos ellos se encuentran en igual situación frente a su insolvencia. En este punto, es pertinente diferenciar a aquellos acreedores que tienen poder de negociación y acceso a la información necesaria, para asumir el costo de la transacción -tanto porque conocen el riesgo que genera contratar con una SAS, cuanto para exigir garantías-, de los débiles, ya sea por la necesidad de contratar -asumiendo el riesgo de la insolvencia-, por la dificultad para acceder a información o, simplemente, porque son acreedores involuntarios.

- Este segundo grupo -los débiles- no cuentan con mecanismos para protegerse de la insolvencia de su deudor y soportan en mayor medida que los otros acreedores, el riesgo de las transacciones. Es posible identificar en esta categoría, a los trabajadores en relación de dependencia, a los consumidores y a los acreedores involuntarios, pero no están exentas de tener que soportar las consecuencias de la insolvencia, también las MIPYMES que la legislación tanto busca proteger. Repárese que, en épocas de crisis económica, probablemente se vean obligadas a asumir mayores riesgos.

- La guía legislativa sugiere diversos mecanismos de protección de los acreedores y se advierte que ninguno ha sido contemplado por la ley 27.349. De todos ellos, luce interesante aquel que consiste en prohibir la distribución de utilidades entre los miembros si, como consecuencia de ésta, la empresa no pudiese pagar sus deudas a medida que fueran venciendo en el curso ordinario de sus negocios o el total del activo fuese inferior a la suma total de su pasivo⁶. En consonancia

⁵ L. Henao. "Hacia un nuevo modelo de capital social", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, julio-diciembre de 2014, pp. 237-273. DOI: 10.18601/01234366.n28.09. Bajo una idea de simplicidad y agilidad, parece que las normas que regulan el capital mínimo y la distribución de beneficios están llamadas a replantearse para ser adaptadas a las formas y principios pregonados por el sistema anglosajón sin perder de vista los mecanismos de tutela de los socios y acreedores. El planteamiento de un capital mínimo y estático contrasta con la naturaleza misma de la gestión social, los altos costes, y la eficacia y competitividad empresarial que demandan ser reguladas desde otra perspectiva.

⁶ Recomendación 19 de la guía legislativa citada: La ley debería prohibir que se distribuyeran utilidades entre los miembros si, como consecuencia de esa distribución la ERL-CNUDMI no pudiese pagar sus deudas a medida que fueran venciendo en

con esta recomendación, debería preverse un medio para exigir a cada socio que devuelva lo que haya recibido a raíz de una distribución indebida ⁷.

- Este arbitrio, que se conoce en doctrina como test de insolvencia, cuanto menos asegura que la sociedad próspera irá incrementando su patrimonio con el transcurso del tiempo. La insolvencia no solo marca el punto de mayor materialización del riesgo de los acreedores, sino que es también una limitación que ha sido usada ampliamente como un mecanismo de seguridad alternativo al capital social. La sociedad no podrá distribuir utilidades, si antes de tomar esa decisión ya es insolvente o, como consecuencia de ésta deviene así, esto es, incapaz de asumir el pago de sus obligaciones dentro del giro ordinario de sus negocios ⁸.

- En conclusión, conforme a este método de garantía para los acreedores, la solvencia se juzga por la aplicación de un doble test. Es necesario establecer si la sociedad es capaz de pagar sus deudas a su vencimiento en el curso normal de sus negocios y si su activo total es inferior a su pasivo, sumado al momento de pagar a los accionistas privilegiados, en caso de liquidación ⁹.

- El doble test debe complementarse con un régimen de responsabilidad de los administradores por distribuir utilidades, en caso que la sociedad se encuentre en estado de insolvencia, previsión que puede ser inferida actualmente de la Ley General de Sociedades, cuyo proyecto de reforma amplía la regulación respecto de la responsabilidad de los administradores¹⁰.

el curso ordinario de sus negocios; o el total del activo de la ERL-CNUDMI fuese inferior a la suma total de su pasivo.

⁷ Recomendación 20: En la ley debería establecerse que todo miembro que haya recibido utilidades distribuidas total o parcialmente en contravención de lo dispuesto en la recomendación 19 estará obligado a devolver a la ERL-CNUDMI lo que haya recibido en concepto de distribución indebida.

⁸ L. Henao. “Hacia un nuevo modelo de capital social”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, julio-diciembre de 2014, pp. 237-273. DOI: 10.18601/01234366.n28.09.

⁹ Araya Miguel, *El Capital Social*, RDPyC, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. 2003-2, pág. 235.

¹⁰ En este sentido, el artículo 59 quinquies del proyecto de reforma de la ley 19550 establece que los administradores o representantes no son responsables por el resultado de los negocios que hubiesen decidido, a no ser que se pruebe que obraron de mala fe, sin la diligencia profesional exigible o sin considerar la información disponible sobre la materia objeto de la respectiva resolución, situación en la que puede encuadrarse la distribución de utilidades cuando la sociedad se encuentra en estado de insolvencia. Con esta orientación, también el artículo 72 del proyecto dispone que la aprobación de la gestión sólo es válida cuando las cuentas no adolezcan de omisiones ni incluyan datos que disimulen la real situación patrimonial o financiera de la sociedad.

- Si bien el proyecto de reforma, al incorporar la regulación de las SAS, no establece ningún mecanismo de garantía para los terceros, que reemplace al del capital, el proyecto constituye un avance, en tanto incorpora su regulación a la Ley General de Sociedades. En consecuencia, son aplicables las disposiciones de la parte general y específicamente las que regulan la responsabilidad de los administradores.

- Luce acertada la decisión de los redactores del proyecto de reforma de la LGS de incorporarla al cuerpo del Código Civil y Comercial de la Nación ¹¹. Deberán ser interpretadas conforme los principios generales contenidos en su título preliminar, porque no es posible sostener en el estado actual de nuestro derecho privado unificado, que puedan escapar a la aplicación de los criterios de interpretación que allí se enuncian.

V. Consideraciones finales

- Al sancionar la ley 27.349, el legislador ha tomado la decisión de dejar de lado la concepción del capital como garantía para los acreedores.

- Es necesario contemplar otros mecanismos de garantía para los acreedores, como el test de insolvencia al momento de decidir la distribución de utilidades, en conjunción con un régimen de responsabilidad de los administradores por la distribución de utilidades, cuando exista incapacidad de la sociedad para asumir el pago de sus obligaciones, dentro del giro ordinario de sus negocios.

- Estos postulados se asientan en la premisa de que la necesidad de facilitar la creación de MIPYMES -por su valor como fuente generadora de empleo-, no justifica trasladar el riesgo a los acreedores. Es el empresario, por pequeño que sea, quien debe asumir el riesgo de su actividad.

¹¹ El artículo 2 del proyecto de ley dispone que sus disposiciones integran el Código Civil y Comercial de la Nación y el artículo 3 deroga los artículos 33 a 59 y 61 de la ley 27349, que quedan incorporados en el proyecto de reforma.