

## Alto el fuego contra las SAS

### La prevalencia de la Autonomía de la Voluntad frente a las normas imperativas del art. 13 de la LGS

#### Una mirada distinta a la del Inspector General de Justicia

Estanislao Gómez Data (LLM)\*

#### I. Introducción [\[arriba\]](#)

El día 15/05/2020 la Editorial La Ley publicó un artículo[1] escrito por el Inspector General de Justicia[2]. En el mismo, el autor no ha ahorrado en críticas para atacar a las Sociedades por Acciones Simplificadas, afirmando que éstas fueron presentadas como “el mejor regalo del legislador a quienes siempre buscan los resquicios necesarios para actuar en fraude a la ley”.

Agregó que la creación de las Sociedades Anónimas Simplificadas en la Ley N° 27.349 tuvo por objeto mantener alejadas de manera absolutamente deliberada a las SAS de las normas de orden público de la LGS, y, palabras más, palabras menos, afirmó que su creación, en épocas de gobierno neoliberal, ha tenido como propósito obtener extravagantes y desmesuradas ventajas reservadas para otro sector de nuestra población, en clara alusión a quienes habían hecho o acrecentado su fortuna a través de sociedades constituidas en guaridas fiscales.

Afirmó que su creación fue un artificio, un verdadero “Caballo de Troya” en una ley que en apariencia estaba destinada a regir una determinada y específica actividad, pero cuyo propósito era utilizar sus privilegios por los “vivos de siempre” para burlar a los acreedores al permitir la constitución de estas sociedades con un irrisorio capital social.

Además, refirió que fue se presentaron como “la panacea de la modernidad” pero que nada han aportado al crecimiento de la economía nacional”.

Confieso que me llamó mucho la atención el tono utilizado en la publicación. Es por tal motivo que elegí este trabajo para intentar rebatir algunos de sus argumentos. Y no porque el Inspector General de Justicia no merezca mi respeto como un especialista en materia societaria, sino porque ha comparado a las SAS con verdaderas sociedades delictivas lo cual resulta una verdadera exageración.

En el acotado marco formal y con el objeto de cumplir con las pautas objetivas establecidas para realizar este trabajo, tomaré sólo una de las críticas efectuadas por el Dr. Nissen, concretamente la referida al pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad en el instrumento constitutivo que, según el autor, sirve de justificación para evadir las normas de orden público societario y afectar derechos de las minorías y de terceros. (El destacado y las cursivas corresponde al autor)

#### II. Autonomía de la voluntad vs. Orden público societario [\[arriba\]](#)

En una de las primeras aproximaciones al tema, el Dr. Nissen considera que las Sociedades por Acciones Simplificadas permiten la evasión de las normas de orden

público previstas en la LGS, en particular aquellas establecidas en su artículo 13°, consideradas por alguna doctrina como “leoninas”.

Puntualmente analizaremos si los socios pueden resolver el modo en que se distribuirán las utilidades y repartir las pérdidas de modo distinto a la previsión del art. 13° inc. 1° que proscribe con la nulidad cuando alguno de los socios reciba todos los beneficios o se los excluya de ellos, o que sean liberados para contribuir a las pérdidas.

A modo introductorio, no compartimos la posición del Dr. Nissen.

Para así opinar, sostenemos que el espíritu de las sociedades por acciones simplificadas es, justamente, la plena vigencia de la autonomía de la voluntad, a partir de la cual los socios tienen amplia libertad para regular aquellos intereses que consideren más apropiados para el negocio que desean emprender. Es así que aquellos pueden apartarse de las disposiciones de la LGS en caso que así lo hubiesen dispuesto en el instrumento constitutivo.

En efecto, el artículo 36° de la Ley N° 27.349, establece:

“Contenido del instrumento de constitución. El instrumento constitutivo, sin perjuicio de las cláusulas que los socios resuelvan incluir, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos: ... El inciso 8°) del mencionado artículo dispone: “... Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas”.

De lege lata, no podría haber otra interpretación posible, habida cuenta de la claridad del texto legislativo. El legislador ha dejado en manos de los socios las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas.

Para llegar a la conclusión a la que pretendemos arribar, consideramos preciso efectuar un primer interrogante. ¿En interés de quien existe la sociedad comercial? ¿Quién la organiza? ¿Quién invierte con la intención de participar en las ganancias o contribuir en las pérdidas? ¿Es acaso el legislador o es el propio socio que desea invertir, emprender y asumir ciertos riesgos?

Estos interrogantes no son novedosos, sino que han sido fuente de debate entre la doctrina internacional y nacional.

En efecto, la postura del autor se enrola en un cariz intervencionista que entiende que es el Estado quien mejor protege a los contratantes, por ello considera que la autonomía de la voluntad de ninguna manera puede sobrepasar los límites del orden público societario que, justamente restringe esta autonomía. Parte de la premisa que los socios contratantes son inexpertos o incapaces de ponderar los riesgos que puede traer aparejada determinadas cláusulas.

No compartimos para nada esta posición. En efecto, tal como se ha sostenido[3], “esta protección estatal es una falacia”. Es más, en términos económicos se la ha denominado “la falacia de nirvana”, utilizada por los intervencionistas para justificar la intromisión del Estado en el desarrollo de la Economía en cada país argumentando que el mercado no es perfecto, y que, para corregir dicha imperfección, debe ser regulado por el Estado, partiendo de la utopía de que el Estado tiene conocimientos perfectos sobre la materia. Se parte de una situación

utópica que es considerar al Estado como una institución infalible que puede corregir los resultados que el mercado espontáneamente arroja.[4]

Ya hace más de medio siglo, Colombres, al referirse a los límites a la libertad contractual en el derecho societario, decía que no es posible extremar la tendencia a proteger a los particulares también en contra de su voluntad. Este autor, a su vez, citaba a Malagarriga quien solía decir que -todo andaría mejor- en las cosas del país, si el estado no estuviera continuamente protegiendo al hombre mayor de 22 años no interdicto”[5].

A su vez, reconocida doctrina[6] ha expresado que:

“En el derecho societario no es posible hablar de violación del orden público cuando se afecta su normativa. No hay, en el derecho societario, interés general comprometido sino el interés de la microcomunidad creada por los socios y los terceros allegados a la sociedad”.

Volvamos al interrogante inicial. ¿En interés de quien existe la sociedad comercial? Bueno, en primer lugar, y sin temor a equivocarme, son los socios los principales interesados en constituir una sociedad comercial, y es en interés de ellos mismos que éstos deciden emprender un negocio y asumir ciertos riesgos. Sobre tal afirmación, sostenemos que son ellos quienes se encuentran en mejores condiciones de delinear el instrumento constitutivo con las cláusulas que mejor se adecuen al negocio mismo y en su propio interés. Porque razón el instrumento constitutivo no podría establecer libremente que algunos de los socios reciban todos los beneficios o que se los excluya de ellos, sea temporalmente o a perpetuidad, si de lo que se trata es de derechos patrimoniales, plenamente disponibles para las partes de cualquier negocio jurídico. No estamos hablando aquí de derechos indisponibles como podría suceder en el caso de derechos como el honor, dignidad, nombre, religión, etc.

Así lo han receptado reconocidos autores[7] postulando que:

“La materia del art. 13 LGS, no involucra al orden público, y su aludida imperatividad respecto de los tipos previstos en la LGS no aplica derechamente para la SAS. Su normativa se ocupa de cuestiones vinculadas al interés patrimonial particular de los socios, por tanto, de materia -derechos- disponible”.

Autores contemporáneos de reconocido prestigio[8], sostienen que, aun cuando se consideraran imperativas -con relación a las estipulaciones prohibidas del art. 13 LGS-, su aplicación cede en caso de existir en el instrumento constitutivo disposiciones voluntarias en el sentido contrario, en razón de la integración de los arts. 33, 35 y 36 LACE.

Es que, la autonomía de la voluntad que la SAS reconoce, no es más que el ejercicio del derecho constitucional de asociarse con fines útiles reconocido en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, y del precepto consagrado por el art. 958 del CCyC en cuanto 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”, todo lo cual significa que son las partes mismas quienes pueden elegir si contratar o no, y disponer libremente el contenido de los derechos y obligaciones según mejor respondan a sus intereses.

No escapa a nuestro análisis que, en cuanto a la recepción por alguno de los socios de todos los beneficios, los Tribunales han resuelto su aplicación por considerar que “esta convención elimina el riesgo que supone toda sociedad y destruye la igualdad jurídica de los socios”. [9]

Sin embargo, estas cuestiones que vienen a limitar la autonomía de la voluntad en cuestiones patrimoniales y donde el orden público no se ve afectado, deben matizarse, puesto que, así como el individuo evoluciona, la sociedad y los Estados también lo hacen, y el derecho no puede permanecer ajeno a esa idea de evolución, so pena de quedar enmarcado como una ciencia de la prehistoria.

Adviértase que, al tiempo de redactarse el Código Civil, Pothier sostenía la validez del contrato de sociedad por el cual se liberaba a uno de los socios de contribuir en las pérdidas, cuando hubiera traído a la sociedad una ventaja más relevante.

Por citar algunos ejemplos, ordenamientos jurídicos como el francés o la nueva Ley de Sociedades por Acciones Simplificadas de Colombia en el año 2008 van en esa idea de evolución dando prevalencia a la autonomía de la voluntad por sobre aquellas normas que se consideraban imperativas en protección de ciertos sujetos.

La Ley N° 27.349 sancionada en el año 2017 en nuestro país va en la misma dirección de los ordenamientos jurídicos citados, dando plena validez y eficacia a la autonomía de la voluntad por sobre normas imperativas.

Tan amplio es el margen de la autonomía de la voluntad previsto en la LACE que sus normas son supletorias de aquellas que las partes mismas han decidido incorporar en el instrumento constitutivo.

Ahora bien, este modo de ver las cosas no significa que avalamos una suerte de “vale todo” que justifique, al constituirse una sociedad por acciones simplificadas, actuar de manera desleal, abusiva y en contra de los postulados de la buena fe. Es decir, reconocer la prevalencia de la autonomía de la voluntad por sobre ciertas normas que pueden considerarse imperativas o, por algún entusiasta, como refiere el Inspector General de Justicia como de orden público, no implica que pregonemos la existencia de un bill de indemnidad para aquellos socios que, en el plano interno, hayan incurrido en abusos para con sus consocios, o supuestos en los cuales alguno de los contratantes haya sido estafado en su buena fe, o que hayan actuado sin discernimiento, intención o libertad.

Para evitar estas situaciones, consideramos que al redactarse en el instrumento constitutivo alguna cláusula que rompa con la idea de la igualdad, los socios deberán justificar por qué se han apartado del postulado por el art. 13 inc. 1° de la LGS y porque, tal o cual socio, viene a quedar eximido de participar en las ganancias o soportar las pérdidas.

Por otro lado, el hecho que las SAS hayan sido reguladas por fuera del microsistema normativo de la LGS, no implica que, en casos de advertirse que uno de los socios haya actuado de manera abusiva, con mala fe, o que se haya aprovechado de la inexperiencia o ligereza de otro de sus consocios, ese accionar no pueda ser corregido con todo el peso de la Ley. En efecto, independientemente del tipo social de que se trate, existen límites que vienen impuestos por los principios generales del derecho, como la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, que han sido considerados por el legislador como las piedras angulares de nuestro

sistema normativo al haber sido incluidos en el Título Preliminar de nuestro Código Civil y Comercial y que devienen de plena aplicación al instituto que estudiamos. Y, por otra parte, el propio artículo 33° de la LACE establece que “Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”.

Bajo tal prelación normativa, nada impide que, de advertirse las situaciones expuestas precedentemente, éstas no deban corregirse bajo la aplicación de normas previstas en la LGS, siempre que se concilien con las de la LACE, por ejemplo, el instituto recogido por el art. 54°, párrafo 3°) en cuanto prevé la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando la sociedad por acciones simplificadas sea utilizada como mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar derechos de terceros, supuesto en el cual, ante el ejercicio abusivo de esta figura - y de cualquier otra- los socios deberán responder de manera solidaria e ilimitada frente a terceros y acreedores que pudieren verse estafados en sus legítimos derechos e intereses.

Concluimos entonces que en las sociedades por acciones simplificadas prevalece la autonomía de la voluntad por sobre las normas imperativas de la LGS, con los límites impuestos por la propia Ley N° 27.349, y, en subsidio, con aquellas normas de la LGS en cuanto se concilien con ésta, y por último con los principios generales del derecho, como la buena fe y el ejercicio regular de los derechos.

### **III. Consideraciones finales [\[arriba\]](#)**

No quiero dejar este trabajo sin antes hacer una breve reflexión del artículo publicado por el Inspector General al referirse como “plumas entusiastas” a aquellas que pretenden justificar la prevalencia de la autonomía de la voluntad por sobre las normas que él considera de orden público en la LGS, considerando “un verdadero dislate que solo pueden provenir de aquellos sectores de opinión para quienes la transparencia y legalidad en la actuación de personas jurídicas no constituye un tema que merezca demasiada protección”.

En verdad, el autor citado ha comparado a las sociedades por acciones simplificadas con sociedades delictuales, refiriendo que se trata de un “verdadero regalo del legislador a quienes buscan los resquicios necesarios para actuar en fraude a la ley”.

Creemos que estas afirmaciones constituyen un disparate. Constituye un acto de gran hipocresía encasillar a las Sociedades por Acciones Simplificadas como verdaderas sociedades delictivas, u off shore como pregona el autor. Basta con ver la infinidad de sociedades anónimas que habrían sido utilizadas con fines espurios, no solo para frustrar derechos de sus acreedores, sino también para ocultar actos de corrupción, lavado de dinero y otras yerbas que han afectado a la comunidad en su conjunto. Nombres como Austral Construcciones S.A., Hotesur S.A., Los Sauces SA. son solo algunos ejemplos de sociedades anónimas, regularmente constituidas, con escasos o nulos empleados activos, que, en el caso de la primera, ha sido beneficiada con licitaciones millonarias para realizar obras públicas que, conforme surge de información periodística que es de público conocimiento, no habrían sido ejecutadas, y en las restantes sociedades, también conforme fuente periodística de público conocimiento, con facturación millonaria y casi sin actividad ni empleados, todo lo cual nos hace presumir que han sido constituidas como pantalla para burlar la ley, el orden público y derechos de terceros.

Tampoco debemos soslayar aquellas otras sociedades anónimas que habrían retenido aportes efectuados por los propios empleados que ni siquiera eran integrados a la Seguridad Social, devengando millonarias deudas con el Fisco en desmedro del resto de los ciudadanos, siendo también sociedades anónimas regularmente constituidas.

Los ejemplos citados, nos demuestran que no debemos encorsetar a las sociedades por acciones simplificadas con actividades delictivas, pues existen un sinnúmero de sociedades comerciales regularmente constituidas bajo las normas de la LGS que habrían sido utilizadas como mero recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe y para frustrar derechos de terceros. Por ello, señalar a las SAS como un verdadero regalo del legislador para actuar en fraude a la ley, no es más que un verdadero acto de hipocresía.

#### Notas [\[arriba\]](#)

\* *Estanislao Gómez Data*

*Abogado T° 93 F° 183 C.P.A.C.F.*

*DNI 25.567.290*

*Alumno LLM. -Universidad Austral*

*Prof. Adjunto Obligaciones Civiles y Comerciales Universidad de la Marina Mercante.*

[1] Nissen, Ricardo, “Sobre los concretos resultados de la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas (SAS) en la legislación societaria argentina y las medidas necesarias para evitar su abuso”. Editorial La Ley, 15/05/2020, Tomo 2020-C, p. 1-5.

[2] Dr. Ricardo A. Nissen.

[3] Hadad, Lisandro, “La Sociedad por Acciones Simplificada y la llegada a la modernidad”, La Ley, 27/07/2017, Cita On Line AR/DOC/1387/2017.

[4] Demsetz, Harold, “Information and Efficiency: Another point of view J. L. & Econ. 12”, 1969, pág. 2 y ss.

[5] Colombes, Gervasio R., “La teoría del órgano en la sociedad anónima”, volumen N° 89 de Monografías Jurídicas, Abeledo- Perrot, 1964, pág. 79.

[6] Vitolo, Daniel Roque, “La Sociedad Anónima Simplificada”, La Ley, 2016-E, 1134.

[7] Cfr. Duprat D., “Derechos de los socios en el marco de la SAS”. “Máximo ámbito de libertad de autorregulación”, en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

[8] Cfr. Balbín, Sebastián, “Sobre la Autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario”, Thomson Reuters, Cita On Line AR/DOC/11/2020.

[9] CN. Com, Sala C, 13/03/1989, “Hibert, Beatriz c. Romero, Eduardo”.