

La libertad contractual en la Sociedad por Acciones Simplificada[1]

Alejandro Horacio Ramírez

Al presentar la SAS en Francia, el profesor Guyón la describió como «una pequeña isla de libertad en un océano de regulaciones»[2], de esa forma destacaba la autonomía de la voluntad instaurada y reconocida por el régimen francés con la sociedad por acciones simplificada (SAS), frente a una precedente regulación societaria considerada desde antes hipertrófica[3].

Esa misma preponderancia de la autonomía de la voluntad, común en la mayoría de los ordenamientos modernos, es la que tomó el legislador argentino al regular la SAS en la Ley N° 27.349 de apoyo al capital emprendedor (LACE), quien desde la nota de elevación al Congreso del proyecto de la actual LACE anticipa que concibe a la SAS como «un régimen normativo que destaca y valora muy especialmente la libertad de creación de sociedades, su constitución y regulación contractual, sustentado ello en el principio de la autonomía de la voluntad y dejando librado a las partes la configuración de sus estipulaciones».

Conforme destaca Pérez Hualde «la nota verdaderamente caracterizante del régimen de las SAS, está dada por el amplio margen que la autonomía de la voluntad de los socios tiene en su instrumentación, como consecuencia de la menor injerencia del legislador a la hora de dictar normas imperativas»[4].

Esta autonomía de la voluntad reconocida en la SAS -que explícitamente el legislador confronta con la rigidez de los tipos regulares de la LGS- no es más que el ejercicio del derecho constitucional de asociarse con fines útiles (art. 14 CN), derecho que no puede ser alterado por una norma inferior debido al principio de razonabilidad (art. 28 CN). Además, no debemos olvidar que la SAS es un contrato (art. 4 LGS) -en Francia se la denominó la «sociedad-contrato»[5]- y que, como tal, es en sí misma una expresión de libertad para auto obligarse, lo que significa que las partes pueden elegir entre contratar o no, y, una vez decidido, pueden disponer el contenido de la obligación según sus intereses («principio de la autonomía de la voluntad»)[6].

De esta forma fue como se concibió a la Sociedad Anónima, donde «la libertad estatutaria se vuelve compatible con la limitación de responsabilidad»[7]. De hecho, el Código Napoleónico -fuente de nuestro derecho- destacaba y se basaba en una gran autonomía de la voluntad de las partes para regular sus relaciones privadas[8]. Autonomía que se fue perdiendo con el correr de los años, cediendo frente a diferentes normas imperativas que con el objeto de defender un supuesto orden público, que raramente se correspondía con el derecho mercantil, fueron limitando la libertad dentro derecho societario[9]. El legislador consideró al derecho de sociedades un instrumento de política económica y social, en el que las sociedades eran meros sujetos fiscales y vehículos del ahorro público, por lo que las fueron regulando por normas básicamente de carácter imperativo[10], lo que motivo severas críticas doctrinarias[11].

No podemos olvidar el fin con el que fueron creadas las sociedades, Pailluseau se preguntaba «¿qué es una sociedad?», para luego destacar que «es en primer lugar una técnica de organización de las empresas, las cuales deben poder hallar en el derecho no trabas, sino los útiles necesarios para su desarrollo. La ley debe, pues, poner a su disposición formas sociales lo más flexibles que sea posible pero que garanticen la seguridad jurídica de los asalariados, de los acreedores y de los

clientes. Su rol es menos el de prohibir que el de permitir»[12]. Recordemos que las sociedades son una de las tantas formas de organizar una empresa, no pudiendo pretender centralizar el concepto de empresa con el de sociedad[13].

La LACE, retomando la senda de las libertades, optó por adoptar como eje central para regular la SAS a la autonomía de la voluntad, por lo que incluso la mayoría de sus propias normas son supletorias (default rules) de aquellas que decidan incorporar los socios en los instrumentos constitutivos: es decir, las normas previstas por el legislador solo serán de aplicación ante el silencio de los socios[14]. Ello no implica más que la aplicación del art. 958 CCyCN, el cual categóricamente 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».

El debate sobre el rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario es uno sobre los que más se ha opinado, discutiéndose reiteradamente sobre el rol que deben cumplir las sociedades en la economía. Las tendencias actuales -incluimos a la LACE- se encaminan hacia un mayor contractualismo en libertad, reduciendo el alcance y cantidad de las normas imperativas que interfieren con los negocios entre privados, aunque reconociendo la necesidad de mantener algunas para regular las relaciones entre socios, administradores y terceros en las sociedades abiertas que cotizan sus acciones y comprometen el ahorro público.

La situación cambia radicalmente al analizar las sociedades cerradas, en las que el derecho comparado coincide en un reconocimiento expreso de la prevalencia de una amplia autonomía de la voluntad, a fin de que los socios puedan establecer las normas específicas que regulen sus necesidades particulares; de lo contrario, el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad, en muchos casos llevaría a la imposibilidad de que los socios puedan ajustar sus contratos a sus necesidades o realidades, lo que fuerza a buscar atajos no siempre eficaces, utilizando alguna intrincada y complicada estructura contractual para sortear las restricciones -acuerdos parasocietarios, socios de cómodo, etc.- a peticiones anacrónicas del ordenamiento (ej.: pluralidad de socios, objeto social limitado, capital social suficiente, cláusulas que limiten la transferencia de acciones, etc.)[15].

En la doctrina norteamericana la cuestión de la libertad y la rigidez del tipo se definen con gran elocuencia, al sostener que one size does not fit all, es decir que, una sola estructura no es adecuada para todos, por lo que son los propios socios quienes mejor pueden regular sus relaciones societarias[16] y no el legislador. Las normas de sociedades con tipología similar a la SAS, deben regularse de forma dispositiva y no imperativa[17], dejando librado a los socios la búsqueda de las mejores herramientas que mejor se adapten a sus empresas.

La existencia de normas imperativas en el derecho de sociedades no solo limita las posibilidades empresariales, sino que además restringe la creatividad y el surgimiento de nuevas estructuras jurídicas que puedan adaptarse a las cambiantes necesidades del tráfico mercantil[18]. La creciente utilización de convenios de sindicación de acciones para definir la conducta futura de socios es prueba suficiente de la importancia del componente convencional en la estructura societaria[19]. Sin duda, los suscriptores de estos acuerdos intentan asegurar su inversión y defenderse ante futuras pérdidas de valor derivadas de conductas oportunistas de otros socios o de los administradores[20], no existe motivo para no permitir incorporar tales cláusulas estatutariamente[21].

Esta autonomía de la voluntad también es necesaria dentro del régimen de la LACE, la cual tiende a promover a los emprendedores argentinos, quienes por lo general se encuentran familiarizados con los negocios que buscan llevar a cabo, y por lo tanto, de quienes se presupone, cuentan con una capacidad suficiente para pactar las reglas más convenientes a su propia empresa. En todo caso, no será al legislador a quien le corresponda evaluar sus intereses, sino al capital inversor, quien exigirá determinadas cláusulas para ingresar al proyecto como financista. Es por ello que un exceso normativo imperativo en tutela de un mercado inexistente -como es el de venture capital- se considera innecesario e, incluso, contraproducente[22].

Asimismo, muchas veces las limitaciones a la autonomía de la voluntad en las sociedades regulares pierden sentido cuando aparecen otras figuras dotadas con igual o mayor libertad en el ordenamiento jurídico, que también son oponibles a terceros y otorgan limitación de la responsabilidad (ej. fideicomisos, sociedades residuales de la sección IV LGS, contratos asociativos, etc.)[23].

En este sentido, la LACE ha seguido un criterio sobre la aplicación de la autonomía de la voluntad. Esta se expresa claramente en el régimen de la SAS, en dos normas[24]:

Por un lado, el art. 36, en cuanto dispone que «el instrumento constitutivo, sin perjuicio de las cláusulas que los socios resuelvan incluir, deberá contener como mínimo los siguientes requisitos (...)», haciendo énfasis en las cláusulas que los socios resuelvan incluir, diferenciándose del art. 11 LGS, que guarda silencio al respecto.

Por otro lado, el art. 49 cuando dispone que «los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales», dejando librada a la voluntad de las partes la organización interna de la SAS. La voluntad de las partes prevalece sobre las normas, justamente porque una norma lo dispone.

Estas reglas otorgan un marco normativo dinámico, ya que provocan con la SAS lo que nunca ha sucedido con el resto de las sociedades típicas del capítulo II de la LGS: aquellas podrán ir diferenciándose entre sí y no solo en cuestión de detalle, sino en materias más profundas como su estructura orgánica y la forma de reunión y toma de decisiones válidas en los órganos, etc.[25].

Si bien la SAS está legislada sobre un marco jurídico de libertad, bien cabe preguntarse si esta autonomía de la voluntad encuentra algún límite o si por el contrario es una libertad irrestricta. Entendemos que la autonomía de la voluntad no opera en el vacío, sino que la SAS se presenta sobre la base de unos pocos elementos tipificantes básicos contenidos exclusivamente en la LACE, cumplidos los cuales operará la libertad contractual[26]. Estos escasos elementos tipificantes se reducen a la división del capital en acciones, a la utilización del vocablo SAS en su denominación y a su estructuración en órganos[27]. Más allá de ellos, es difícil encontrar otro límite dentro de la propia LACE. Los verdaderos límites los encontraremos fuera de la LACE, en el art. 958 CCyCN, aquellos «impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres», y en los artículos 9 y 10 CCyCN, «abuso de derecho y principio de buena fe»[28].

Aun así, los supuestos de violaciones a dichas normas en materia mercantil deben ser evaluados con cuidado. Hace más de medio siglo, Colombres, al referirse a los límites a la libertad contractual en el derecho societario, decía que «la idea que

debe guiarnos en esta materia es que no es posible extremar la tendencia a proteger a los particulares también en contra de su voluntad». Este, 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»[29], en la actualidad se podría agregar que no habría que proteger continuamente al consumidor, al ni al socio minoritario como si fuesen menores o incapaces. Farina sostenía que la esencia del derecho societario es la de «posibilitar su estructuración contractual, pero sin olvidar la función básica que tiene la libertad contractual para la asignación racional de los recursos. La restricción a tal libertad debe fundarse en motivos concretos de lesión a intereses legítimos, los derechos de terceros, el bien público, el aspecto impositivo»[30].

Si bien el propio CCyCN autoriza a los jueces a modificar los contratos cuando se afecte manifiestamente el orden público (art. 960), dicha situación no parece dable en el marco normativo interno del derecho societario (el cual se plasma en el instrumento constitutivo) donde no hay un interés general comprometido sino el interés de una micro comunidad creada por los socios.

El orden público para ser afectado exige motivaciones superiores constitutivas de las bases en que descansa la sociedad[31]. El orden público consiste en el conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral y, algunas veces, religioso, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social[32]. Es por ello que «la detección de normas de orden público en el régimen societario es una tarea improbable»[33], ya que «nada tiene ello que ver con las normas de derecho societario y lo que se refiera a la estructura orgánica, su funcionamiento y modo de integración»[34]. Las normas de derecho societario establecidas, por ejemplo: para proteger algún derecho de un socio, no son normas de orden público, sino en oportunidades imperativas, destinadas por tanto a la protección de derechos e intereses individuales[35].

Entonces cabe volver a preguntarse dónde encontramos el límite a esta autonomía de la voluntad. En lo que hace al ámbito de actuación exterior de la SAS, entendemos que esta autonomía no puede afectar normas pensadas para proteger intereses de terceros (art. 385 CCyCN la cual dispone la ineficacia y el art. 1021 sobre el efecto relativo de los contratos). Pero, en cambio, en el ámbito interno de la SAS - instrumento constitutivo- sí se puede disponer de toda norma que el legislador haya pensado para proteger recíprocamente a las partes contratantes: los propios socios[36].

Sin embargo, reiteramos, estas normas de afectación intrasocietaria también tendrán un límite, pero que no lo encontraremos ni en la LACE ni en la LGS, sino que estarán en los principios generales del Código Civil y Comercial de la Nación, específicamente en los artículos 9 y 961 (principio de buena fe), 10 (abuso del derecho), 11 (abuso de posición dominante) y 1067 (confianza) [37].

En este sentido, será recomendable, para los contratantes, justificar -mediante antecedentes o dentro de la misma cláusula- los motivos que llevan a restringir un determinado derecho, con el fin de evitar futuros planteos de abuso de derecho o similares[38].

Es en virtud de esta autonomía de la voluntad que, mediante una justificación razonable, los socios de una SAS podrían dejar de lado normas que contrariaran el art. 13 LGS[39], si consideraran que ello fuera necesario para su contrato y el éxito de su empresa[40]. Estas cláusulas «leoninas», que tienen como fin evitar que se

vulnera el principio distributivo que surge del art. 1 LGS y que tienden a resguardar la igualdad entre los socios, deben ser reconsideradas como contrarias a los propios fines de los socios y cuyas voluntades confluyeron para plasmar el negocio[41], y por lo tanto las partes pueden disponer de ellas, incluso limitando derechos a dividendos, al voto[42] u otros que consideren. En este sentido, autores como Balbín no encuentran inconvenientes en que el instrumento constitutivo contenga cláusulas que permitan que alguna clase de socio reciba todos los beneficios o que por el contrario se los excluya de ellos o que a los socios inversores se les restituya el aporte con un premio -exista o no ganancia-, o que se determine un precio de adquisición de las acciones alejado del real al momento de hacerse efectiva aquella, o incluso disponerse la renuncia a impugnar estados contables, o a ejercer el derecho de receso. En esencia, todo derecho privado de los socios es disponible[43].

En dicho sentido, cabe también preguntarse si por ejemplo se puede limitar el derecho de información de los socios (art. 55 LGS)[44], el de aprobación de los estados contables (art. 69 LGS) o, incluso, los deberes de lealtad o fiduciarios, tanto de los socios como de los administradores (por ej.: estas cláusulas están expresamente permitidas en Delaware para las LLC) [45].

Y si bien pudiera resultar llamativo otorgar estatutariamente un deslinde de responsabilidad anticipado a un administrador, ello resulta posible en el derecho norteamericano cuya doctrina lo considera una herramienta útil para poder atraer administradores eficaces a una empresa con una situación financiera complicada, quienes de otra forma no aceptarían el cargo o incluso necesaria para evitar pagar altas sumas en seguros de caución para los administradores.

En estas cláusulas, muchas veces podremos ver un choque entre el interés social y el de los socios[46], cuestiones que ameritan ser revisadas. Incluso debe revisarse si el interés social no puede -o debe- ceder ante determinados intereses individuales, o comunes, diferentes de aquel[47]. Entendemos que siempre que no se dé una situación de abuso, o en un ejercicio irregular de un derecho, ello resulta viable.

Asimismo, corresponde diferenciar entre una cláusula adoptada al momento de la constitución de la sociedad -o posteriormente por unanimidad-, de otra adoptada por mayoría afectando derechos de una minoría en desacuerdo, lo cual no sería viable[48], toda vez que no nos encontraríamos modificando derechos sociales, sino afectando el derecho de propiedad de un socio[49], para el cual se necesitaría su consentimiento -expreso o tácito- (art. 13 CCyCN).

Hasta lo aquí referido, queda en evidencia que el hecho de que se la denomine sociedad simplificada no significa de ninguna manera que la SAS sea en sí misma simple[50]. De allí la comparación de Guyon con un auto de carreras fórmula uno: nos va a permitir el máximo rendimiento, pero los socios deben ser correctamente asesorados por un profesional para utilizarla en toda su extensión[51].

Si las partes deciden apartarse de las normas dispositivas o de los instrumentos constitutivos modelo que proveen la SAS, deben hacerlo de forma detallada[52], ya que de otra manera dará lugar a riesgos innecesarios[53], lo que podrá dar lugar a dificultades interpretativas debido a los vacíos que podrían presentarse[54].

La experiencia irá viendo hasta dónde los operadores jurídicos ejercerán esta autonomía de la voluntad; el desafío será que en un futuro cada SAS fuera diferente

entre sí, lo que podría aumentar los costos de transacción, toda vez que se requiriera analizar los instrumentos constitutivos de forma más detallada[55].

Esta libertad debe ser ejercida con responsabilidad y cuidado para poder garantizar los objetivos que se han propuesto los participantes. Pero no debemos olvidar que quienes optan por ser parte de una sociedad tienen un interés directo en el éxito de la misma, que contrasta con los intereses que tiene la burocracia encargada de regularlas[56], lo que demuestra que no son recomendables mayores limitaciones que las que se quieran imponer los propios interesados.

Notas

[1] Capítulo sobre autonomía de la voluntad en la SAS del libro: Ramírez, Alejandro Horacio; Sociedad por acciones simplificadas, SAS; B de F, Buenos Aires, 2019.

[2] “Un îlot de liberté dans un océan de réglementation”; Yves GUYON, Présentation générale de la société par actions simplifiée, Francia, RS, 1994, pág. 207.

[3] Bruno Oppetit, “Les tendances actuelles du droit français des sociétés”, en 7e journées juridiques franco-bulgares (Paris 1-3 junio 1989) de la Société de législation comparée; Claude Champaud, “Le contrat de société existe-t-il encore?”, en Le droit contemporain des contrats, Obras coordinadas por Loïc Cadet, coll. Obras e investigaciones, serie Facultad de ciencias jurídicas de Rennes, Économica, 1987, pág. 125.

[4] Pérez Hualde, Fernando; “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificada”; LL, 2017-F, 561

[5] Cozian Maurice, Droit des Sociétés, 18 ed, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 365; cit. en Reyes Villamizar, SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada, 2da Ed., 2010, Legis Editores, Colombia, 63

[6] Lorenzetti, Ricardo, Tratado de los contratos. Parte general, Rubinzal Culzoni, p. 135

[7] Guyon Yves, L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3), RS 1999, p. 505

[8] Anaya, Jaime; “La sociedad como contrato”, en Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p.15

[9] Pierre Henri Conac, La Société par actions simplifiée une révolution démocratique, en La Société par actions simplifiée, Paris, Dalloz, 2016, cit en Reyes Villamizar, Francisco; “The organization of American States ´Modelo Law on Simplified Corporation”, Trabajo presentado en Paul M Hebert Law Center, Louisiana State University, Center for Civil Law Studies, 39th lecture, 2017.

[10] Duprat, “Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)”, LL 2017-B, 979; “El nivel de autonomía de la voluntad en el derecho societario está vinculado a la relación que exista en un momento determinado entre el estado y las empresas o sector productivo, dependiendo del rol de aquel con respecto a estas. Existen 3 enfoques: a) Estado liberal burgués, b) Estado social de Derecho c) Estado Neoliberal. En el primer se enalteció la autonomía, en el segundo se reprimió y en el tercero reaparece la autonomía, provocando un péndulo que influye directamente en el derecho societario. Existen dos tesis paradigmáticas: contractualismo e institucionalismo. La primera considera la adaptación de la sociedad a las nuevas realidades económicas, y la necesidad de abandonar los presupuestos doctrinales que alimentan la imperatividad de fondo con el objeto de lograr un modelo más

productivo. La sociedad se ve como un espacio de innovación. Se busca la ordenación privada de intereses, las sociedades son instituciones de naturaleza económica, donde la autonomía es una herramienta fundamental para organizarse y crear” Vazquez Palma, María Fernanda. “Sobre los tipos de sociedades en el Derecho Chileno” en Embid Irujo, José Miguel, Navarro Matamoros Linda, Oviedo Albán, Jorge (directores), La tipología de las Sociedades Mercantiles: Entre tradición y Reforma, Editorial Ibañez, Bogotá, 2017, pág. 158.

[11] Le Pera sostenía que “el control que el legislador quiere reservarse de los tipos societarios; el monopolio que en realidad los organismos administrativos ejercen sobre la redacción de los específicos contratos o estatutos sociales; la sobrevaloración de la inscripción registral para determinar las relaciones entre las partes y la de éstas con terceros; el requerimiento de información nunca procesada que es inútil para la administración e inútil para los demás; la amenaza de prohibiciones, sanciones y anatemas por razones de principio; el sujetar la actividad económica a la obtención de sellos y aprobaciones irrelevantes; el querer encerrar al mundo en expedientes polvorientos es, según por lo menos se creía en la época de la Revolución de Mayo, propio de la Casa de Contrataciones, pero no del mundo industrial”, Sergio Le Pera, Joint Venture y Sociedad, Astrea, 1984, pág. 203.

[12] Jean Pailluseau, “La modernización del derecho de las sociedades comerciales - Una nueva concepción del derecho de las sociedades comerciales”, LL 1997-E, 1408.

[13] Coase, Ronald; “The Nature of the firm”, en Richard Posner y K. E. Scott, Economic of corporation law and securities regulation, Boston, 1989.

[14] Ayres, Ian y Gertner, Robert, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 1545, 1989.

[15] Reyes Villamizar, Francisco; “The organization of American States’ Modelo Law on Simplified Corporation”, Trabajo presentado en Paul M Hebert Law Center, Louisiana State University, Center for Civil Law Studies, 39th lecture, 2017.

[16] La sociedad es un conjunto complejo de contratos y cláusulas, tanto explícitos como implícitos, y el derecho societario les permite elegir a las partes las cláusulas acordes a los riesgos y oportunidades que decidan enfrentar en dicha sociedad, y de todas las que puede llegar a ofrecer una gran economía, de ahí que ningún conjunto de cláusulas será el mejor para todos y por ello es que se justifica la estructura “Habilitadora” del derecho societario. Cfr. Easterbrook, Frank H. y Fischel Daniel R., The Corporate Contract, Columbia Law Review, 1989. De la misma forma se ha dicho que “Las leyes societarias, muchas veces intentan que las sociedades cerradas, que están en manos de unos pocos accionistas, utilicen el mismo ropaje legal que usan las sociedades abiertas, que cotizan. Pero es un error. Es probable que los accionistas de una sociedad cerrada se consideren socios que registraron sus empresas para obtener una responsabilidad limitada o, a veces, por razones tributarias. A menudo encuentran que las leyes societarias de administración centralizada y control mayoritario están en desacuerdo con sus expectativas de igualdad descentralizada. Es posible que se pregunten por qué no pueden simplemente administrar su empresa de la forma que ellos mismos acuerden” Cfr. Palmiter, Alan y Partnoy, Frank; Corporations: A Contemporary Approach, West, 2010, 1001.

[17] Paz-Ares, Cándido, “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de sociedades? (reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en Paz-Ares, Cándido (coord.), Tratado de la Sociedad Limitada, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, pág. 163.

[18] Joseph McCahery et al., Corporate Governance and Innovation: Venture Capital, Joint Venture and Family Businesses, Tilburg University, 2006.

- [19] Cfr. Paz-Ares, Cándido “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, Actualidad jurídica Uría Menéndez, N°. Extra 1, 2011, págs. 252-256, quien diferencia entre dos clases de normas imperativas, las sustanciales y las tipológicas, sosteniendo que estas últimas son disponibles por los socios
- [20] Cfr. Reyes Villamizar, F. “Sociedad por Acciones Simplificadas. Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos”. Presentación ante la CAJP en la reunión del 4 de diciembre de 2014, OEA, Consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos.
- [21] Cabanellas, Guillermo; “Función Económica del Derecho Societario”, RDCO 1989, año 22, N° 127/8.
- [22] Vietti, M, Nuove società per un nuovo mercato. La riforma delle società commerciali, Salerno, Ed. Roma, 2003; cit. en Martí Moya, Vanessa. “Simplificación del Derecho Societario Italiano en un contexto de crisis: La Società a Responsabilità Limitata y sus Derivados”, en Embid Irujo, José Miguel, Navarro Matamoros Linda, Oviedo Albán, Jorge (directores), La tipología de las Sociedades Mercantiles: Entre tradición y Reforma, Editorial Ibañez, Bogotá, 2017, 381-400.
- [23] Cfr. Welch, Edward P. and Saunders, Robert S., “Freedom and its Limits in the Delaware General Corporation Law”, 2 de diciembre de 2008; Delaware Journal of Corporate Law (DJCL), Vol. 33, N° 3, 2008.
- [24] Ragazzi, Guillermo, “La Sociedad por Acciones Simplificada (Breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)”; RDCO, N° 285, agosto 2017, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 757 y ss.
- [25] Duprat, cit.
- [26] Cfr. Embid Irujo; “El significado de la tipología societaria en el derecho de sociedades contemporáneo”; en Embid Irujo, José Miguel, Navarro Matamoros Linda, Oviedo Albán, Jorge (directores), La tipología de las Sociedades Mercantiles: Entre tradición y Reforma, Editorial Ibañez, Bogotá, 2017, pág. 56; Van Thienen, Pablo y Di Chiazza, Iván; “Sociedad por Acciones Simplificada y supletoriedad de la Ley General de Sociedades 19.550. ¡Vive la Liberté!”; RDCO 285, pág. 889.
- [27] Villanueva por su parte considera que además de los elementos tipificantes, la SAS como sociedad “debe reunir, por ende, los elementos específicos que para todas las sociedades, cualquiera que fuere su tipo y aún si no lo tuviera (art. 21, LGS), requiere el art. 1º, LGS, a saber: a) que los otorgantes “...se obliguen a realizar aportes...”; b) que la sociedad tenga finalidad empresarial, exigencia que se exhibe implícita en el designio de que esos aportes se apliquen “...a la producción o intercambio de bienes o servicios...”; y c) que su causa-fin sea la que aparece expuesta cuando se requiere que (el o) los otorgantes asuman el negocio “...participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”; Cfr. Villanueva, Julia, “La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario”, La Ley 2018-F, 13 de diciembre de 2018.
- [28] Marcelo Barreiro, “El abuso de derecho como causal de impugnación de los actos societarios. La acción de abuso regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación” ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), pág. 1319 y Lucas Ramírez Bosco, “La situación jurídica abusiva y su valor para resolver conflictos societarios”, ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), pág. 128.
- [29] Gervasio R. Colombes, La teoría del órgano en la sociedad anónima, Volumen N° 89 de Monografías jurídicas, Abeledo-Perrot, 1964, pág. 79.
- [30] Farina, Juan M.; Derecho de las sociedades Comerciales, Tomo I, Parte General, Astrea, 2011, pág. 21, en el mismo sentido se sostiene que “El propósito de la ley de sociedades es proporcionar un conjunto de principios organizativos

bajo los cuales las partes privadas puedan celebrar acuerdos contractuales que maximicen su bienestar conjunto " Cfr. Daniel R. Fischel, "The "Race to the Bottom". Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law", 76 Northwestern University Law Review. 913, 944, 1982.

[31] Nieto Blanc, Ernesto E., "Orden Público", Abeledo Perrot, Bs. As., 1960, págs. 27/29.

[32] Salvat. Tratado de Derecho Civil. Parte General. T.I - 168. Llambías. Tratado de Derecho Civil. Parte General. T.I-158; Rafael M. Manóvil considera que "el orden público es solamente el que hace a los principios fundamentales establecidos por el Estado para la convivencia social" ("Impugnación de resoluciones asamblearias violatorias de normas de orden público y de normas imperativas: una imprescindible distinción", ponencia en V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, Córdoba, 1992, Derecho Societario y de la Empresa, Fespresa, Córdoba, T. II, pág. 305 y ss.).

[33] Balbín, Sebastián, "Nulidad en materia societaria", LL 2016-C, pág. 737.

[34] Rovira, "Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades. Régimen de sociedad anónima simplificada", LL 2016-F, pág. 515.

[35] Rovira, Alfredo L., Pactos de Socios, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 107; en contra de esta posición ver Ernesto Martorell, "El orden público en el derecho societario argentino. Vigencia y embates de la posmodernidad", LL 2018-F, 5 de noviembre de 2018.

[36] "Toda norma pensada por el legislador para proteger exclusivamente al socio puede ser inmolada en el altar de la libertad contractual y dejar paso a lo que se convenga en contrario" Favier Dubois, Eduardo, "La ´ sociedad por acciones simplificada´ y el sistema societario: cuatro preguntas y el ´miedo a la libertad´." LL, 28/06/2017; Perciavalle, Marcelo, SAS Ley Comentada de las Sociedades por Acciones Simplificadas, Erreius, Buenos Aires, 2018, pág. 20.

[37] Cfr. Duprat, cit.

[38] Castagne S., La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous!; JCP ed. N 2000, pág. 1084, quien recomienda utilizar un "preámbulo" contractual para justificar la adopción de cláusulas poco frecuentes.

[39] Cfr. Black, Bernard S., "Is Corporate Law Trivial?: A Political and Economic Analysis", Northwestern University Law Review, Vol. 84, págs. 542-597, 1990. En contra de tal autonomía de la voluntad: Gabriel E. Messina y Pedro Sánchez Herrero, "Autonomía y eficiencia de la Sociedad por Acciones Simplificada", LL 2018-C, 938. Para quienes el capítulo I de la LGS es aplicable en su conjunto a la SAS, sin posibilidad de que esta pueda derogar sus normas por medio de su instrumento constitutivo, y plantean dudas acerca de los beneficios de la autonomía de la voluntad, así como de su eficiencia económica; Lucian Arye Bebchuk, Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments, 102, Harvard Law Review, 1820, 1824 (1989).

[40] El art. 13 LGS "supone una visión paternalista de la sociedad que ha conducido a resultados nefatos en cuanto a su aplicación se ha difundido imprudentemente" Cabanellas, Guillermo; "Función Económica del Derecho Societario", RDCO 1989, año 22, N° 127/8.

[41] Balbín, Sebastián; Sociedad por Acciones Simplificada, Cathedra, Buenos Aires, 2019, ap. 5.1.

[42] Mendoza, Jose M., "The Challenge of Disproportional Ownership" en Readings In Latin American Company Law, Boris Kozolchyk, ed., National Law Center for Inter-American Free Trade, University of Arizona, North Carolina Academic Press, 2013.

[43] Balbín, Sociedad por acciones..., ob. Cit., ap. 5.1.

[44] Por ejemplo, se ha debatido en una Delaware Corporation donde el accionista tiene derecho de información -según lo dispone sección 220-, si es viable la

restricción de este derecho. Allí, la “Delaware Court of Chancery” sostuvo que dichos derechos no pueden ser limitados estatutariamente (*Marmon v. Arbinet-Thexchange, Inc.*, No. 20,092, 2004 Del. Ch. LEXIS 44, at *17 n.12 (Del. Ch. Apr. 28, 2004; *Rainbow Navigation, Inc. v. Pan Ocean Navigation, Inc.*, 535 A.2d 1357, 1359 (Del. 1987); sin embargo ha sido permitido por disposición legal expresa para las LLP (ver Delaware Code, Tit. 6, id. § 17-305(f) “The rights of a limited partner to obtain information as provided in this section may be restricted in an original partnership agreement or in any subsequent amendment approved or adopted by all of the partners or in compliance with any applicable requirements of the partnership agreement. The provisions of this subsection shall not be construed to limit the ability to impose restrictions on the rights of a limited partner to obtain information by any other means permitted under this chapter”, en el mismo sentido se regula para las, Tit. 6, id. LLC. § 18-305(g).

[45] La legislación sobre la LLC en Delaware permite dicha limitación, el Delaware Code, título 6, capítulo 8, subcapítulo XI, art. 1101 inc. E) dispone expresamente que: en un estatuto de LLC se “puede prever la limitación o eliminación de todas y cada una de las responsabilidades derivadas del incumplimiento del contrato y el incumplimiento de los deberes (incluidos los deberes fiduciarios) de un socio, administrador u otra persona a una LLC o a otro miembro. o administrador u otra persona que sea parte de una LLC o esté vinculado a él de alguna otra forma; siempre que el acuerdo de la LLC no pueda limitar o eliminar la responsabilidad por cualquier acto u omisión que constituya una violación de mala fe del pacto contractual implícito de buena fe y trato justo”.

[46] Lo que ha distinguido al desenvolvimiento de las relaciones empresariales ha sido la creatividad alentada por la libertad, bajo la premisa de que está permitido todo lo que no está prohibido, me permito agregar que en materia societaria ello es correcto siempre y cuando el faro de ambas no sea otro que el interés social. Anaya, Jaime, La sindicación de acciones, Comunicación Efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 1996, Publicada en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. XVI, N° 34, pág. 163.

[47] Poracchia D., Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée, RS 2000, pág. 223.

[48] Ragazzi, cit.; Martínez Flórez, Aurora, “Los derechos individuales ante la modificación de los estatutos en la sociedad limitada”; Revista de derecho de sociedades, N° 35, 2010, pág. 51.

[49] “Este es el límite de actuación: la autonomía de la voluntad, contractualmente operando, puede alterar el pacto constitutivo modificando los derechos individuales, pues la tipicidad no aparece comprometida, pero la decisión debe ser unánime, pues las previsiones colegiales se corresponden a la administración societaria, manteniéndose en el patrimonio de los accionistas una serie de derechos, que pueden negociarse pero por vía de un acuerdo, de naturaleza contractual al afectar derechos que integran el patrimonio de cada accionista. La autonomía de la voluntad se potencia desde esta óptica. No puede suponerse delegada la alteración de los derechos individuales de los accionistas, sin perjuicio de lo cual podría ser expresamente delegada aquella que puede alterar sus derechos patrimoniales, en cuanto la misma sea específicamente determinada”. Cfr. Efraín Hugo Richard; “Libertad asociativa y Autonomía estatutaria”, ponencia presentada en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Córdoba, 2007).

[50] Guyon, Yves, Droit des affaires, Tomo I: Droit comercial général et des sociétés; 12 ed, Paris, 2003, pág. 516.

[51] Guyon, Yves Ob. Cit., pág. 518; y del mismo autor “L'elargissement du

domaine des sociétés par actions 15 simplifiées”, RS 1999, pág. 105.

[52] Hers, Liliana, “La SAS. Una futurista sociedad romana”, en elDial.com. Biblioteca Jurídica Online, Buenos Aires, Albremática, 17/5/2017 (cita online: DC2323).

[53] Bainbridge, Stephen M.; Corporation Law and Economics, Nueva York, Foundation Press, 2002.

[54] Reyes Villamizar, SAS..., cit, pág. 127.

[55] Kaplow, Louis; “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, Duke Law Journal, 42, 1992, págs. 557-629.

[56] Cfr. Cabanellas, Guillermo; “Función Económica del Derecho Societario”, RDCO 1989, año 22, N° 127/8, quien sostiene que “Olvidar estas sencillas realidades ha llevado a crear enormes estructuras administrativas, dentro y fuera del Estado -pues un ejército de profesionales debe afanarse en hacer cumplir el cúmulo de requisitos inútiles que pesan sobre la vida societaria-, en las cuales nadie tiene un interés concreto, salvo quienes las manejan y que obran como un peso paralizante sobre las actividades productivas, por su costo y por el vallado que imponen sobre la instrumentación jurídica de estas”.