

SAS ¿un tipo social incomprendido?

Por Victoria Martinelli Philipp()*

Introducción

La Sociedad por Acciones Simplificada es un tipo social creado por la Ley 27.349 para los emprendedores, sujetos completamente diferentes del comerciante e industrial en virtud de los cuales se sancionó la Ley General de Sociedades 19.550. La Inspección General de Justicia (en adelante la IGJ) dictó, en lo que va del año 2020, OCHO (8) Resoluciones Generales por medio de las cuales modifica las dictadas en el año 2017 (número 6 y 8) que reglamentan, en lo relativo a la Sociedad por Acciones Simplificada (en adelante SAS) el trámite de constitución, modificación y los libros sociales además de imponer una serie de obligaciones de cumplimiento durante su funcionamiento y de información al Registro de la Propiedad Inmueble (RG 22/2020). Con dichas resoluciones, la IGJ, modifica el régimen legal de este tipo societario sin facultades para hacerlo.-

Por lo tanto, el objetivo del presente trabajo es poner de manifiesto la falta de andamiaje constitucional de esas resoluciones (RG 3/2020; RG 5/2020; RG 9/2020; RG 17/2020; RG 20/2020; RG 22/2020; RG 23/2020 y RG 4/2020 (esta última NO publicada aún en el Boletín Oficial), dictadas por un órgano incompetente en uso de extraordinarias facultades por nadie concedidas, cuyo resultado es desnaturalizar un tipo societario ignorando o dejando de lado la finalidad perseguida por el legislador al momento de dictar la norma de fondo[1].-

Desarrollo

Una de las primeras enseñanzas que recuerdo cuando ingresé a estudiar abogacía a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires es que una ley dictada por el Congreso de la Nación sólo puede ser modificada por otra ley dictada por el mismo.- Asimismo aprendí que mediante la Constitución Nacional, la República Argentina adoptó para su gobierno la forma REPUBLICANA, es decir, la DIVISION DE PODERES (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) ninguno por encima del otro, todos igual de importantes siendo de suma relevancia respetar siempre dicha división.- Por eso, cuando a fines de febrero tomé conocimiento de las RG 3 y 5 del 2020 supe sin lugar a dudas que la IGJ estaba modificando una ley dictada por el Congreso de la Nación, lo mismo ocurrió con las posteriores Resoluciones Generales.- Es claro que la IGJ no cuenta con dichas facultades por lo tanto esas Resoluciones Generales son inconstitucionales, contrarias a la letra, al espíritu y a la finalidad de la ley de fondo.-

Previo a puntualizar las modificaciones introducidas resulta relevante recordar que el primero de agosto de 2015 entró en vigencia la Ley 26.994 que, entre otras, modificó la Ley 19.550 y sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación.- A partir de ese momento (y un tiempo antes estudiando los textos) se comenzó a hablar de un "cambio de paradigma", encontrando mediante dicha afirmación la explicación a muchas de las modificaciones introducidas.- Y es cierto, lo que debemos de tener presente es que el cambio de paradigma no se produjo el primero de agosto de 2015 sino que ya se había producido hacía tiempo en la sociedad argentina globalizada y el legislador "recogió el guante" de dicho cambio y lo plasmó en la norma y en ese momento, muchos tomamos consciencia de su existencia.-

En el año 2017 mediante la ya mencionada Ley 27.349 (LACE) el legislador volvió a "recoger el guante" y advirtiendo la tendencia mundial desde hacía años y la necesidad de un grupo de

personas de que se les facilite el acceso a los negocios, de una forma más ágil, menos costosa y más sencilla, en su título III creó un nuevo tipo social, la SAS.

Uno de los principales cambios que albergó dicha ley, es el principio de la voluntad de los socios al momento de constituir una SAS, dando lugar al principio de la libertad, tal como lo había hecho el CCCN en diversos institutos.

Vamos a incurrir en un primer y grave error si pretendemos analizar la SAS con lo aprendido mediante la Ley 19.550.- La SAS con toda intención no se incluyó en el texto de la LGS, justamente porque es UN NUEVO TIPO SOCIAL CREADO PARA SUJETOS DIFERENTES.- Como ya se mencionó, la LGS se dictó en el año 1972, hace 45 años, y si bien "20 años no son nada" lo cierto es que si pensamos en el mundo de esa época nos vamos a encontrar con uno completamente diferente al de hoy, por tal motivo, es evidente la necesidad de un nuevo tipo societario, creado para los EMPREDEDORES y no ya para el comerciante o industrial de los años 70.- El emprendedor, el empresario emergente, tiene una idea innovadora, un *know-how* que pretende comercializar, y necesita, requiere, dado el mercado actual, contar con la herramienta que le permita acceder de una forma rápida, sencilla y de bajo costo al mismo.- Esto no es una necesidad sólo Argentina, ya en el mundo se había advertido ello, por ejemplo en Francia se sancionó una SAS en el año 1994.-

Ahora bien, las reglamentaciones de la Dirección Provincia de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires (131/2017) y de la Inspección General de Justicia (6 y 8 del 2017) reglamentaron su constitución siendo fiel a la letra de la ley. Sin embargo, como mencioné, desde febrero hasta el momento, la IGJ mediante siete RG publicadas y en vigencia y una sin publicar aún, desnaturaliza y contraria los fines y la propia letra de la ley como puntualizaré seguidamente[2].-

¿Qué modifican las Resoluciones Generales?

1) FORMATO DIGITAL.- Recordemos que la Ley 27.349 dispuso que *la SAS podrá constituirse por medios digitales con firma digital, y de acuerdo a la reglamentación que a tal efecto se dicte. En estos supuestos, el instrumento deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca (Art. 34).* Cuando la DPPJ Prov. Buenos Aires y la IGJ reglamentaron la constitución de la misma, sólo contemplaron la misma en forma electrónica, mediante la plataforma de Trámites a Distancia (TAD).- Nada impediría, claro está, que se reglamente también en formato papel, pero en ninguna medida se puede impedir la constitución por medios electrónicos, ni suspenderla así como tampoco en lo que respecta a los libros digitales, como lo pretende hacer la RG 4/2020 NO publicada hasta la fecha en el Boletín Oficial, y por lo tanto, NO vigente y el proyecto de ley mencionado.- Nótese asimismo que los libros digitales a contrario de los libros físicos, no se pueden perder ni alterar ni antedatar, es decir que si de opacidad hablamos, los libros físicos que se quieren imponer a este tipo social facilitan la misma.-

2) RAPIDEZ Y SENCILLEZ EN LA CONSTITUCIÓN.- Por medio de la RG IGJ 3/2020 ni el texto del edicto de constitución de la SAS ni la orden al Boletín Oficial para su publicación se genera en forma automática conjuntamente con el trámite de constitución de la sociedad.- Es decir, que ahora, debemos redactarlo, enviarlo a verificar al B.O. y luego de ello abonarlo.- Depende el horario en que hagamos dichas actividades, podemos tardar entre dos a tres días mínimo en obtener el edicto publicado (previo a dicha modificación en 24 horas máximo 48 horas obteníamos la SAS publicada) ahora, en ese plazo sólo contamos recién con el edicto.- Contraria a la finalidad perseguida de la Ley 27.349 respecto de la facilidad, sencillez y rapidez en la constitución.- La propia norma dispone que *la inscripción será realizada dentro del plazo de veinticuatro (24) horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el registro público (Art 38).* Es decir, que expresamente se establece la rapidez de los trámites como un principio esencial en este tipo social.-

Asimismo, el propio nombre del tipo social hace clara referencia a la necesidad de SIMPLIFICAR los trámites registrales y el funcionamiento de la sociedad.- Y la RG 9/2020 art. 2 contraria dicha

finalidad ya que modifica la sencilla forma que existía de acreditar el capital social cuando se optaba por el capital mínimo (con el pago del arancel de constitución que era el 25% de dos SMVM) y ordena a los socios, cualquiera sea el monto, acreditarlo cómo se hace en los demás tipos sociales, los legislados en la LGS 19.550, por ejemplo, mediante depósito en el Banco Nación.- Es decir que ahora los socios, además de contar con el dinero para el pago del trámite de constitución deberán contar en efectivo con el 25 % del capital social, anticipando desde ya que por observaciones y las modificaciones de la propia IGJ en los últimos meses, nunca será suficiente los dos SMVM.-

3) CAPITAL SOCIAL – OBJETO SOCIAL: (RG 5/2020 y 9/2020) La posibilidad de que la IGJ evalúe la relación entre objeto social y capital social es claramente contraria al espíritu y a la letra de la misma ley que establece la posibilidad de constituir una SAS con un capital mínimo de DOS SALARIOS MINIMOS VITALES Y MOVILES (Art. 36 inc. 6) (además de retrotraer la reglamentación 15 años atrás).- A su vez, el Art. 36 inciso 4 de la Ley 27.349 claramente dispone que el objeto de la SAS *podrá ser plural y deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo, que podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas.*- Atento a lo cual, si la propia ley autoriza que el objeto sea plural, conformado por actividades conexas o no, relacionadas o no, y a su vez permite que se constituyan con un capital mínimo de 2 SMVM la RG 5/2020 desnaturaliza completamente no sólo la finalidad sino la propia letra de la ley.-

4) EXIGENCIAS CONTRARIAS A LA LEY: Si bien todas las exigencias impuestas por las RG mencionadas son contrarias a la norma de fondo, se destaca puntualmente en este apartado, el art. 3 RG 9/2020 que exige que los administradores de la sociedad presten garantía, cuando la ley NADA dice al respecto.- Parecería que la IGJ, sin tener facultades para hacerlo, interpreta la letra de la ley y aplica forzosamente la LGS cuando expresamente la propia 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** (Art. 33) (el destacado me pertenece) y una de las remisiones expresas, y siempre teniendo en cuenta el principio dispuesto en el artículo citado, lo hace al legislar sobre la organización jurídica interna, disponiendo que *los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización, en su caso, funcionarán de conformidad con las normas previstas en esta ley, en el instrumento constitutivo y, supletoriamente, por las de la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades, 19.550, t. o. 1984.* (Art. 49). Nótese que dice SUPLETORIAMENTE, con lo cual, si el legislador hubiese querido imponer el requisito de garantía de los administradores lo hubiese dicho expresamente en el art. 256 LGS 19.550, asimismo dispone que se aplicará supletoriamente las normas de la SRL en lo relativo al funcionamiento ÚNICAMENTE.

Asimismo, el Art. 4 de la RG 9/2020 dispone la obligatoriedad de un órgano de fiscalización si la SAS se encuentra incluida en inc. 2 del Art. 299 LGS sin perjuicio de que la LACE expresamente dispone que la fiscalización SIEMPRE es optativa, aún cuando la SAS se encuentre incluida dentro el Inciso segundo del Art. 299 LGS, así lo dispone expresamente el Art. 53 de la ley 27.349: *"En el instrumento constitutivo podrá establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por sus disposiciones y supletoriamente por las normas de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, en lo pertinente."* Claramente dice PODRÁ[3].-

En su artículo 5 la RG 9/2020 impone a la SAS la obligación de presentar ESTADOS CONTABLES.- Se señala que el Art. 58 punto 4 de la LACE establece que el Registro Público sólo controlará el TRACTO REGISTRAL de las constancias de los libros digitales.-Lo mismo ocurre con la RG IGJ 22/2020 que dispone la obligatoriedad de registrar el poder del Art. 51 LACE avanzando en disponer que el mismo sólo puede ser otorgado a favor de un administrador, continúa legislando en materia de fondo, sin facultades para hacerlo.-

Finalmente no quiero dejar de mencionar el extenso artículo sexto de la RG 9/2020 donde enumera una serie de facultades mereciendo la misma opinión que vengo desarrollando.

5) INCONGRUENCIAS DE LA MISMA IGJ: mediante la RG IGJ 17/2020 se ponen en evidencia la

incongruencia del propio órgano y una palmaria inseguridad jurídica.- En un comienzo se permitió la firma electrónica más firma digital puesta en último lugar (RG 6/2017 modificada por RG 8/2018).- Ahora no sólo modifica ello (en contra de la propia letra de la ley, que si bien habla de firma digital lo menciona en singular, con lo cual permite interpretar que con que una sea digital es suficiente) pero no conforme con ello ordena a quien cumplieron con la forma dispuesta por la IGJ regresen y ratifiquen dicho trámite, con los costos que ello implica.-

6) ESTATUTO MODELO.- Mediante la RG IGJ 23/2020 y como consecuencia de las RG mencionadas, la IGJ reformó el estatuto modelo, reglamentando y avanzando en forma desmedida sobre cuestiones que la ley DEJÓ LIBRADA A LA VOLUNTAD DE LOS SOCIOS, LA IGJ DECIDE APLICAR ARTICULOS DE LA LGS Y LO INCLUYE EN EL ESTATUTO MODELO, que como se sabe, es el que la gran mayoría elige por facilitar la constitución (tal como la LACE lo propone) ahora bien, vamos a tener que comenzar a redactar los estatutos si no queremos que los socios queden atrapados en los términos y condiciones impuestos por la IGJ y claramente NO TENDREMOS UNA SAS EN 24 HORAS.-

7) Finalmente, mediante la RG 22/2020 la IGJ decide que tiene facultades para solicitar información al Registro de la Propiedad Inmueble sobre las operaciones realizadas por las SAS y, por ejemplo, a inspeccionar inmuebles adquiridos para controlar qué tipo de uso se le otorga, evidentemente la IGJ NO quiere alentar la constitución de SAS en absoluto, a pesar que la LACE así lo propone en todo momento.-

Me pregunto: ¿Habría que modificar la Ley 27.349 a los efectos de aclarar estas cuestiones? Quizá se podría disponer expresamente que: a) cuando se menciona que el órgano de fiscalización es OPTATIVO sin mencionar excepción a ello significa que es siempre optativo; b) cuando el vocablo simplificada aparece en un tipo social, significa que la norma de fondo pretende facilitar, y hacer más sencillos los trámites de constitución y funcionamiento de dicha sociedad, por lo que si había formas de hacerlo, no puede el órgano de contralor imponer otras que demoren y atrasen; c) cuando no se le exige un requisito determinado a los órganos internos de la SAS es porque se creó un nuevo tipo social en el cual prima el principio de la libertad y voluntad de los socios, y que si estos nada establecieron y la norma de fondo tampoco, solo en esos casos en forma supletoria se aplicará el régimen de la SRL, pero que ello no implicará en forma alguna exigencias tales como la garantía de los administradores (recordar que todos lo que no está prohibido está permitido); d) establecer de alguna vez para que no haya más confusiones la diferencia entre capital social y patrimonio de la SAS y la incongruencia actual de examinar la relación entre capital y objeto social al momento de la constitución.-

Un régimen legal que facilita el acceso a los negocios, tomando la práctica de países llamados de primer mundo, en ningún caso debe ser interpretado como "opacidad".- A todo evento, tengamos presente que la República Argentina cuenta con entes administrativos destinados a controlar las actividades de las personas (humanas y jurídicas) tales como la AFIP, que advierte si hay incongruencias entre lo facturado y lo gastado por un sujeto de derecho; la UIF que obtiene información de diferentes obligados a brindarla y mediante el cruzamiento de datos puede advertir la existencia de operaciones sospechosas, entre otros.- Así también, contamos con el Poder Judicial, encargado de investigar los delitos producidos y hasta con una Ley 27.401 de responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.- Es decir, que si el fundamento para dichas modificaciones es evitar que se produzcan defraudaciones, y tomando lo dicho por un especialista en sociedades, caeríamos en el absurdo de tener que suspender también la constitución de Sociedades Anónimas, ya que mediante la mala utilización de su estructura de han llevado adelante hechos delictivos que fueron noticias durante mucho tiempo en nuestro país.- No ataquemos el tipo social, sino sancionemos a quienes lo utilizan mal, contamos con los medios para hacerlo.-

Por último, invito al lector consulte los datos oficiales, cuántas SAS se constituyeron desde el 2017 hasta la fecha, en qué porcentaje incrementó el monto ingresado por las mismas a la AFIP en concepto, por ejemplo, de impuesto a las ganancias, cómo nos ubicábamos, antes de las reformas, en el mundo respecto de otros países en cuanto a la facilidad, sencillez y bajo costo para emprender negocios, que generan, recordemos, fuentes de empleo, e ingresos al estado mediante los impuestos.-

Conclusión

Finalmente, y remitiéndome al título de este trabajo, considero muy a mi pesar que la SAS es un tipo social incomprendido, no por la mayoría de quienes ejercemos la profesión en el ámbito empresarial, ya que nosotros entendemos la necesidad imperiosa de la existencia de estos tipos societarios, con trámites de constitución sencillos, de bajo costo y rápidos, para así poder competir internacionalmente.- Los que parecen no comprender esto son las mayorías que toman decisiones.- Un órgano de contralor (IGJ) que excediéndose visiblemente de sus facultades dicta resoluciones inconstitucionales por ser contrarias al espíritu, finalidad y a la propia letra de la ley, y por legisladores que proponen proyectos de ley que atrasan y no evitan nada, sólo consiguen que nuestro país continúe alejándose de los países a cuya sociedad siempre añoramos parecernos, que cuentan con estos institutos que funcionan perfectamente en la práctica.- La tendencia mundial de los países más desarrollados es bajar los costos, tiempos y trámites para ingresar a los negocios, pero hoy en la IGJ y conforme el proyecto de ley, eso se tilda de "opacidad", lamentablemente.- Entiendo que nos urge a los profesionales del derecho poner de manifiesto esta situación e impedir que se deje de lado una herramienta realmente útil.-

(*) Abogada (UBA) con orientación en Derecho Notarial. Desarrolla su actividad en las áreas de Derecho Societario y Concursal. Miembro del Instituto de Derecho Comercial del Colegio de Abogados de San Isidro. Docente de la materia Elementos de Derecho Comercial (UBA y USI).

[1] Asimismo, a la fecha de redacción del presente trabajo, obtuvo media sanción en la Cámara de Senadores un proyecto de ley por medio del cual se suspende la constitución de SAS por medios electrónicos, entre otras modificaciones, mereciendo las mismas críticas en lo relativo al desconocimiento de la realidad actual nacional.-

[2] Adhiero en todos sus términos a la acción de amparo que tramita en autos "ASEA-ASOCIACION EMPRENDEDORES ARGENTINOS ASOCIACION CIVIL Y OTROS C/INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA S/AMPARO" Expte. COM-5026/2020 contemporánea a la redacción del presente, cuya lectura recomiendo especialmente.-

[3] Recordemos que en la propia LACE limita respecto de la constitución y funcionamiento la SAS no deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incisos 1, 3, 4 y 5 del artículo 299 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984 ni podrá ser controlada por una sociedad de las comprendidas en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, ni estar vinculada, en más de un treinta por ciento (30 %) de su capital, a una sociedad incluida en el mencionado artículo. En caso de que la SAS por cualquier motivo deviniera comprendida en alguno de los supuestos previstos en los incisos 1 o 2 precedentes, deberá transformarse en alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984, e inscribir tal transformación en el registro público correspondiente, en un plazo no mayor a los seis (6) meses de configurado ese supuesto. Durante dicho plazo, y hasta la inscripción registral, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

Citar: elDial DC2B51
Publicado el: 03/07/2020

copyright © 1997 - 2020 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina