

EL DERECHO DE RECESO EN LA S.A.S. CUANDO NO FUE REGULADO POR LOS SOCIOS**Hernán CARA**

Resumen: Se analiza que sucede con el derecho de receso cuando no fue previsto en una Sociedad por Acciones Simplificadas.

Palabras claves: S.A.S. - Derecho de Receso - Ausencia de Regulación

Abstract: The article analyses how the shareholder's appraisal right works when it has not been included in the by-laws of a corporation.

Key Words: S.A.S. - Shareholder's Appraisal Right - Lack of Regulation

Introducción

Sabida es la discusión sobre la existencia del orden público societario, y como consecuencia, los debates generados sobre si determinados derechos que emergen de nuestra legislación societaria, pueden ser dejados de lado o no, aun por los propios socios. Esta diferencia de criterios, se vio acrecentada con la entrada en vigencia de la Ley 27.349, la cual a partir de su art. 33 prevé un nuevo tipo societario, la S.A.S.; cuyas notas más características, son su versatilidad y el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de sus socios.

A raíz de ello y en el caso concreto cabe preguntarse, ¿qué sucede con el derecho de receso en una S.A.S. si no está previsto en su estatuto? ¿Ha de poder ejercerse o no? De poder hacerlo, ¿habría que remitirse al art. 160 LGS o al art. 245 LGS? ¿Qué consecuencias supondría uno y otro caso?

Si el derecho de receso no está previsto en el estatuto de la S.A.S., ¿se podrá ejercer igualmente?

Si bien en primera medida, este interrogante podría tenerse por respondido de manera afirmativa, con el art. 33 de la Ley 27.349, cuando dice "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", tal punto no es pacífico. Ello así, atento a existir calificada Doctrina que entiende que es inaplicable la parte general de la LGS al régimen de la S.A.S., especialmente en la determinación de los derechos de los socios entre sí³²⁶, agregando, que solo gozaran de validez y vigencia, aquellos derechos que estén expresamente establecidos en el instrumento constitutivo³²⁷.

326 Esta postura es sostenida por prestigiosos autores, como, por ejemplo, BALONAS, Daniel E., "Sociedad por Acciones Simplificada y el orden público societario", Libro de ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019, t. II, p. 959; ROMANO, Alberto A., "Las SAS, la autonomía de la voluntad, y el funcionamiento de las sociedades en general", en Libro de ponencias..., ob. cit., p. 987; SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, "Autonomía de la voluntad y normas imperativas en la sociedad por acciones simplificada", en Libro de ponencias..., ob. cit., p. 1005; VILLANUEVA, Julia, "La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la imperatividad en el derecho societario", LA LEY del 11/12/2018; LA LEY 2018-F, 890; cita online: AR/DOC/2430/2018; MANÓVIL, Rafael M., "Las SAS y las normas generales de la ley de sociedades", LA LEY del 29/05/2019; LA LEY 2019-C, 823; cita online: AR/DOC/718/2019; MESSINA, Gabriel - SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, "Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada", LA LEY del 13/06/2018; LA LEY 2018-C, 938; cita online: AR/DOC/1158/2018.

327 DUPRAT, Diego A.J., "Derecho de los socios en el marco de la S.A.S.", LA LEY, Cita Online: AR/DOC/3442/2019.

De esta manera, entiende tal sector de la doctrina, que el derecho de receso tendría que ser previsto en el estatuto de la S.A.S. para poder ejercerse, y que, ante la omisión de su tratamiento, no podría aplicarse por remisión supletoria el ordenamiento de la LGS.

Algunos fundamentos, sobre los que se puede arribar a esta solución son: A) el art. 1 de la LGS, dispone que regula “los tipos previstos en esta ley”; y no en otra ley, como sería el caso de la S.A.S. cuyo articulado se encuentra en la Ley 27.349. B) si bien la ley 27.349 reenvía en más de una oportunidad a la LGS para su aplicación supletoria, no significa que siempre y bajo cualquier contexto, habrá que aplicarse de manera imperativa la regulación de la LGS a la S.A.S. C) la LGS sólo resultará aplicable en forma supletoria cuando se concilia con la Ley 27.349³²⁸. D) toda norma que proteja exclusivamente al socio puede ser “inmolada en el altar de la libertad contractual”, por lo que, en caso de omisión estatutaria, podrán aplicarse de manera supletoria las reglas de la LGS, cuando estas protejan a terceros, pero no así a las que refieren a los intereses privados de los socios.³²⁹

Ahora bien, sin intención alguna de entrar a discutir sobre la existencia – o no - de orden público en materia societaria, y -en su caso- en qué artículos se encuentra el mismo, (o incluso si eventualmente el derecho de receso sería uno de ellos), ¿parece loable que por no estar previsto el derecho de receso en el estatuto, el socio que quiera ejercerlo, no pueda?

Resultaría más razonable, sostener por el contrario que el derecho de receso pueda ser prohibido por los socios en el instrumento constitutivo o en el estatuto³³⁰, que impedir el ejercicio del mismo, por no encontrarse previsto.

Pero, el supuesto bajo análisis sería diferente, atento que estaríamos en presencia de una prohibición expresa del derecho de receso.

A nuestro entender, interpretar que no se podría aplicar el derecho de receso, por no estar pactado, no es acertado, atento a que: A) si bien no estaría previsto el derecho de receso, tampoco estaría prohibido. B) si bien el art. 1 de la LGS, expone que se regulan los tipos previstos en ella, es el art. 33 de la Ley 27.349 la que remite a la LGS, para que esta sea aplicada supletoriamente en todo aquello que se concilie. C) No hay motivo alguno por el cual el derecho de receso y la Ley 27.349, no se concilien, lo que genera como consecuencia, que si se pueda aplicar de manera supletoria este derecho (previsto en la LGS). D) Una cuestión, es debatir sobre si el derecho de receso puede ser prohibido o no por los socios de la S.A.S., y otra muy diferente, es afirmar su no aplicación por no estar dispuesto así en el estatuto.

Por las razones expuestas, encontramos arbitrario el hecho de impedir ejercer el derecho de receso a un socio cuando este no haya sido previsto, no acudiéndose a la aplicación subsidiaria de la LGS. Pues en el caso en concreto: los socios nada habrían regulado sobre el tema (derecho de receso); la Ley 27.349 no se expide sobre ello e incluso remite a la LGS (art. 33 L. 27.349) de manera supletoria; y no existe contradicción ni conflicto alguno entre el derecho de receso regulado en la LGS y el articulado de la Ley 27.349. ¿Por qué argüir que lo correcto es el no ejercicio de este

328 DUPRAT, Diego A.J., “Derecho de los socios en el marco de la S.A.S.”, LA LEY, Cita Online: AR/DOC/3442/2019.

329 FAVIER DUBOIS, Eduardo M.; SPAGNOLO, Lucía, NACE UNA ESTRELLA. LA “SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA” CON LIBERTAD ESTATUTARIA, Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE), Mayo 2018.

330 BALBIN, Sebastián, EL ROL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO SOCIETARIO A PARTIR DE LA SAS, LA LEY, Cita Online: AR/DOC/4053/2019.

derecho, desconociendo las razones expuestas? No parece práctico, ni sólido en sus razones³³¹.

De ejercerse el derecho de receso por remisión a la LGS, ¿habría que atenerse a lo dispuesto por art. 160 LGS o al art. 245 LGS? ¿Qué consecuencias supondría uno y otro caso?

Responder a la pregunta de este epígrafe tampoco resulta sencillo en una primera instancia, por la naturaleza jurídica híbrida que posee la S.A.S. como tipo societario. Es que si bien por un lado el art. 40 de la Ley 27.349 prevé que su capital se divida en acciones (lo que es propio de las Sociedades Anónimas), el art. 49 del mismo ordenamiento, dispone que la organización interna de los órganos sociales se regirá supletoriamente por las normas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada³³².

Es por esta razón, que en cuanto a derecho de receso refiere, se generan dudas en aplicar supletoriamente uno u otro régimen; es decir, el art. 160 LGS previsto para las S.R.L., o el art. 245 LGS para las S.A. Sin embargo, advirtiendo que el derecho de receso surge a raíz de determinadas decisiones que emanan de los órganos sociales y repercute sobre los mismos, lo correcto es de estar supletoriamente en el caso de las S.A.S., al articulado de la S.R.L. y los motivos previstos en el art. 160 para ejercerlo, esto es: “La transformación, la fusión, la escisión, la prórroga, la reconducción, la transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, otorga a éstos derecho de receso conforme a lo dispuesto por el artículo 245”. En otras palabras, en este caso, el criterio de aplicación ha de guiarse por el funcionamiento, composición y características de los órganos sociales, y no, por como se divide su capital.

Lo que implica dos consecuencias a tener en cuenta en materia de S.A.S. cuando no está regulado el derecho de receso en su estatuto: una primera, en relación a la amplitud excepcional en las causales que habilitan al ejercicio de este derecho, lo que difiere en las sociedades anónimas, en donde las causas que habilitan el receso están previstas de manera puntual y taxativa (a más de aquellas que pudieran ser previstas en el estatuto)³³³. Esto último así en referencia a las S.R.L., atento al art. 160 LGS cuando reza “...y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, otorga a éstos derecho de receso conforme a lo dispuesto por el artículo 245”³³⁴, amplía y flexibiliza las causales, más allá de las primeras siete

331 VILLANUEVA, Julia, Acerca de la improcedencia de aplicar a la S.A.S. las normas imperativas de la ley 19550, Congreso Derecho Societario 2019, Ciudad de Rosario. “...la ley de SAS regula poco y nada en materia de derecho de los socios, omisión que, cabe entender, fue cubierta por el legislador del modo visto: otorgando a los contrayentes la posibilidad de llenar ese vacío legal mediante las previsiones que establecieron en el contrato y, en su defecto, mediante la supletoriedad que tratamos, pues, según nos parece, esas regulaciones de la LGS – esto es, las que se ocupan de los derechos del accionista de modo imperativo- se “concilian” con la Ley de SAS”.

332 MARZORATI, Osvaldo J., La sociedad anónima simplificada. ¿será una realidad?, la ley, Cita Online: AR/DOC/3617/2016, 01/12/2016.

333 DASSO, Ariel Ángel., El receso y la exclusión del socio – reflexiones en torno a un Leading Case: “Sar Sar c/ Hemodiálisis S.R.L.”.

334 Sobre esta expresión transcrita, Sánchez Herrero, agrega “... si bien engloba dos supuestos, cuenta con una íntima relación entre ellos. Es decir, tanto en lo que hace a las obligaciones sociales como en lo que refiere a la responsabilidad, siempre deber ser leído en relación al socio que vota en contra. De modo que las causales que habilitan el derecho de receso son la aprobación de un acuerdo que incremente las obligaciones sociales de los socios que votaron en contra y todo acuerdo que incremente la responsabilidad de los socios que votaron en contra. Así, la causal de receso se produce siempre en relación al incremento de una obligación o de la responsabilidad del socio, y no por posibles operaciones que afecten directamente a la sociedad (sea realizadas por los administradores, sea aprobadas por los socios)”. SANCHEZ HERRERO, Pedro., El derecho de receso en la sociedad de responsabilidad limitada, la ley, Cita Online: AR/DOC/976/2014, abril 2014.

descriptas por este mismo artículo.

Y una segunda consecuencia a considerar, en relación al comportamiento que los socios han de observar en las reuniones sociales para poder ejercerlo. Ello así, dado que el legislador sólo ha concedido legitimación activa al socio que votó en contra, y no a los que estuvieron ausentes³³⁵ (lo que difiere de lo establecido en el art. 245 LGS para los socios de una sociedad anónima; en donde puede ejercer el derecho de receso tanto los que votaron en contra, como los ausentes). Si bien hay autores³³⁶ que sostienen el derecho por parte de los socios ausentes a poder ejercerlo, tal afirmación implicaría forzar a más de reinterpretar, lo que la norma manda de manera clara e inconfundible³³⁷.

Conclusión

Entendemos que el derecho de receso ha de ejercerse por remisión subsidiaria a la LGS ante la omisión de su tratamiento en la S.A.S., y que cabría aplicar así, el articulado específico de la S.R.L. No obstante ello, y a los fines de sortear algunos escollos que conllevan la aplicación del articulado de la S.R.L., tales como las causales que lo habilitan (no taxativas en la S.R.L.) y quienes pueden ejercerlo (socios que hayan votado en contra únicamente), es recomendable que los socios pacten y regulen de antemano este derecho, de la manera más precisa posible. Logrando evitar así, sorpresas a futuro.

Pues, no será un detalle menor, que la flexibilidad que conlleva el art. 160 LGS, en cuanto a las causales que motivan el derecho de receso, se apliquen a la S.A.S.; como así tampoco, que los socios ausentes en las reuniones sociales que otorguen con sus decisiones el eventual derecho de receder, no lo puedan ejercer.

335 ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades ...*, Tomo III, cit., p. 239; VERÓN, Alberto V., *Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, anotada y concordada*, 2ª edición actualizada y ampliada, Tomo 2, Bs. As., Astrea, 2007, p. 272.

336 ZUNINO, Jorge O., *Disolución y liquidación*, Tomo 1, cit., p. 230.

337 Para Nissen, se trata de un error de redacción "No entendemos la exclusión legal pues el socio ausente, no siempre deja de concurrir al acto asambleario por desinterés ni indiferencia, en tanto puede suceder que le haya resultado imposible hacerlo. Creemos sinceramente que se trata de un problema de redacción del artículo y no una exclusión deliberada, pero confirma desde ya la anarquía legislativa que rodea al derecho de receso, que es legislado diferentemente para los supuestos de transformación, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades por acciones". NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*, Tomo 2, cit., p. 396.