

EL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO Y LOS DIVIDENDOS EN LA S.A.S.

Pablo Ernesto Mármol ¹

Sumario: I.- Tema. II.- Preámbulo. III.- El orden público societario. IV.- Los dividendos en la S.A.S. V.- Propuesta de “*lege lata*”.

Comisión I: Autonomía de la Voluntad y Organización. Autonomía contractual vs. leyes imperativas en las sociedades. Unificación Normativa. Sistemas Cerrados o Abiertos.

I.- Tema

La Ley General de Sociedades no es de orden público, aunque debe aceptarse que existen algunos institutos que si son indisponibles para las partes celebrantes del acuerdo de constitución de la persona jurídica, o bien en los casos en que un sujeto: humano o sociedad la constituya en protección de los socios y terceros.

En esa libertad de contenido, la distribución de utilidades en la S.A.S. debe cumplir con las exigencias previstas en la ley 19.550 puesto que dicha norma, de aplicación supletoria (art. 49, LACE), es de orden público y sus disposiciones se aplican, inclusive, en la Sociedad por Acciones Simplificada, independientemente de la voluntad de los socios para establecer mecanismos diversos.

II.- Preámbulo

A medida que el capitalismo (Adam Smith) se fue imponiendo en el mundo y que las leyes de mercado se alejaban de los intereses básicos del Estado –normalmente motivado en crisis sistémicas (económicas o sociales)– comenzó a prevalecer la necesidad de proteger ciertos intereses o sujetos que, a mérito de las desigualdades, eran conducidos a situaciones de inequidad resultando beneficiados aquellos que gozaban de una posición dominante.

La crisis que afecta a la autonomía de la voluntad –a lo que se suman las crisis económicas y financieras– ha llevado al legislador del *siglo XX* a incrementar la aprobación de normas de orden público² con el fin de resguardar a aquellos sujetos que por representar la parte más débil en la relación contractual se encontraban en inferioridad de condiciones (v.gr: acreedores laborales, menores, consumidores, etcétera). A los fines de proteger éstos y otros intereses fue que el parlamentario encontró a través de la promulgación de leyes de “orden público”, la adecuada limitación al ejercicio de los derechos individuales que en las relaciones particulares –salvo contadas excepciones– se encuentra ausente.

No pocas veces el intérprete –en distintos escenarios– recurre a la expresión: orden público, para justificar un determinado sentido en el que se quiere hacer jugar la prioridad de una norma por sobre cualquier otra disposición normativa (art. 12, 144 CCyCN y art. 54, LGS).

Cuando el legislador apela al interés general u otra consideración de carácter moral recurre normalmente a establecer un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, posibilitando distinguir lo permitido de lo prohibido. Principios rectores como conservación de la empresa (art. 100, LGS), interés general y en algunas ocasiones igualdad, representan fines establecidos en nuestro régimen jurídico.

¹

² Cfr. DE LA FUENTE, Horacio H., *Orden público*, ed. Astrea, (2003), pág. 18.

Sin embargo, la noción de orden público no es exclusiva de determinadas leyes (Código Penal³, Contrato de Trabajo⁴, Defensa del Consumidor⁵, entre otras), ni único. El art. 19 de la Constitución Nacional⁶, hace referencia al orden y a la moral pública y el art. 21 del Código Civil⁷ hace lo propio al impedir que los acuerdos privados modifiquen o alteren las leyes dictadas en consecuencia, cuando se encuentren comprometidos el orden público y las buenas costumbres.

Usualmente, se identifica al orden público con los “principios fundamentales” o con el “interés general” cuyo objeto es, precisamente, proteger y preservar esos “principios” e “intereses”⁸. Pero ésta posición no tiene unánime aceptación ya que no siempre los principios fundamentales del ordenamiento coinciden con el interés social. En otras palabras, el interés general se protege a través del orden público en una relación de medio a fin, ya que a través de éste último se asegura su vigor⁹.

Existen diversas normas dentro del sistema de la ley 19.550 a las que el intérprete recurre permanentemente vía prohibiciones (arts. 32, 34, 137, 202, 214, 222, 264, 322, 342 LGS), a limitar la autonomía de la voluntad, en algunas ocasiones en aras de proteger el orden público (arts. 28 y 54, LGS) o el interés público (art. 301, LGS). Conceptos tales como “interés social”, “protección de socios: menores”, “interés general” o “interés público” atentan contra una visión totalizadora de la libertad de contratación.

El orden público representa un límite a la autonomía de la voluntad y el intérprete recurre a él para garantizar la vigencia irrestricta de principios o intereses por encima del interés individual remarcando el carácter universal de ciertas disposiciones. A punto tal se puede arribar a esta conclusión, que Cámara siguiendo a Pinzón postulaba que, antes que una legislación minuciosa de cada una de las cuestiones mercantiles, sería conveniente efectuar una poda de la legislación comercial, para suprimir gran cantidad de normas legales de estricto carácter reglamentario y dejar solamente los preceptos que, como los de orden público, son indispensables para la protección de los intereses generales y de los terceros que contratan con los comerciantes⁹.

Si bien es cierto, que el presente trabajo no pretende ser una crítica a la profusión de la legislación argentina –en especial la comercial– por la gran cantidad de leyes, las reflexiones de otros tiempos del ilustre Cámara sirven para reconocer la vigencia y operatividad del orden público como mecanismo de protección del interés general.

³ Ley 11.179. Las disposiciones del Código Penal son consideradas de orden público, toda vez que ellas protegen los principios fundamentales de la sociedad y el interés público.

⁴ Art. 256 ley 20.744: “Esta norma tiene carácter de orden público y el plazo no puede ser modificado por convenciones individuales o colectivas. Interrupción por actuaciones administrativas”.

⁵ Art. 65 ley 24.240: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial...”.

⁶ Art. 19 C.N. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁷ Art. 12 Cód.Civ.yCom: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

⁸ Cfr. DE LA FUENTE, *op. cit.*, pág. 15. ⁹

Cfr. *ibidem*.

⁹ CÁMARA, Héctor, *El Concurso Preventivo y la Quiebra*, ed. Depalma, Bs. As., (1990), vol. III-B, pág. 768. ¹¹

BORDA, Guillermo, *Concepto de ley de orden público*, L.L. 58-997.

III.- El orden público societario

Varios autores han tratado de esclarecer el concepto de orden público. Para Borda una cuestión es de orden público «cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado en las cuales sólo juega un interés particular»¹¹.

Por su parte, Llambías entiende que orden público es «el conjunto de principios eminentes – religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida»¹².

Ambos autores traducen posiciones diametralmente opuestas. Borda sostiene su postura en el interés colectivo por sobre el interés individual, mientras que Llambías hace hincapié en el conjunto de principios a los cuales está ligada la existencia y organización social de un Estado.

El art. 12 y 13 del Código Civil y Comercial¹⁰ consagran la irrenunciabilidad¹¹ de los derechos si el “interés general” de la sociedad se encuentra comprometido, con lo cual el legislador por motivos de política legislativa, asigna carácter ineluctable a algunos derechos con el propósito de garantizar su vigencia efectiva por sobre los intereses individuales. Las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales¹².

La Ley General de Sociedades no es ley de orden público; sin embargo, no puede negarse que existen ciertos dispositivos que resultan indisponibles para los contratantes, no solamente porque así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional¹³ sino también porque ello se desprende de algunos de sus dispositivos rectores, lo cual impide –en cierta medida– que las partes puedan celebrar acuerdos en sentido diverso al que dispone la norma en cuestión.

Las normas a diferencia de los principios poseen una determinada estructura, por el contrario, el principio pierde precisión y se generaliza permitiendo la solución de problemas sin tener que recurrir a la facilitación que brinda la regla al obligar determinada conducta¹⁴.

Alexy plantea la distinción entre principios y reglas y menciona que ello «constituye la base de la fundamentación jurídica, siendo la clave de bóveda para la solución de los problemas que plantea el derecho»¹⁵. De otra parte, para Esser los principios son derecho positivo, aunque no normas (*rules*) precisas e independientes del derecho, son los denominados: razones de la ley, los que aportan los elementos necesarios para la construcción de un sistema¹⁶.

Toda conceptualización del orden público sólo se puede efectuar en forma genérica e imprecisa, mediante fórmulas abiertas e indeterminadas (*v.gr.* interés social, interés de los socios, interés de terceros, orden público). Y esta forma que adoptan los principios fundamentales del ordenamiento constituyen lo que denominamos: orden público.

¹⁰ Art. 12 CCCN: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

¹¹ Art. 13 CCCN: “Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba”.

¹² ALFERILLO, Pascual Eduardo, *Introducción al Derecho Civil*, ed. Facso - Universidad Nacional de San Juan, (2000), pág. 148.

¹³ C.S.J.N., “Piñero, Marcelo F. c. Tomar S.A. y otros”, L.L. 1998-B-54 – D.J. 1998-1-1055.

¹⁴ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Interpretación jurídica*, ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, (1999), pág. 122

¹⁵ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, (1ª reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, (1997), pág. 81.

¹⁶ Cfr. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, ed. Bosch, Barcelona, (1961), pág. 169 y 170.

A lo largo de la evolución del derecho societario, desde el caso Albrecht¹⁷ hasta nuestros días, la magistratura se ha encargado de anular decisiones adoptadas por cierta mayoría, cuando la misma

¹² LLAMBÍAS, Jorge, “Tratado de Derecho Civil”, Parte general, Bs. As., (1967), t. I, pág. 158.

contraría disposiciones en las que, a pesar de ser cuestiones patrimoniales, prima el orden público sobre el acuerdo privado.

La Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (ley 27.342) ha estructurado, bajo el tipo social de las SAS¹⁸, un modelo de sociedad abierta cuyo contenido dependerá de la voluntad de los socios para armar el contrato que crean más conveniente para regir sus intereses. Ahora bien, este acuerdo de voluntades puede contener disposiciones que atenten contra el ordenamiento societario y, por ende, no serían válidas.

Si bien es cierto que en este tipo societario prima la autonomía de la voluntad, toda vez que los socios pueden darle al contenido del contrato, el que más crean conveniente para regular sus intereses¹⁹, no menos cierto es que existen algunas disposiciones que por ser imperativas resultan de aplicación para todos los tipos sociales.

Ahora bien, debe reconocerse que, dentro de la libertad de contratación, los socios pueden fijar su propia regulación interna, o bien dejar ello librado a lo que al respecto se encuentra regulado en forma genérica por la Ley General de Sociedades, de aplicación supletoria.

Por lo tanto, el instrumento constitutivo puede contener cláusulas específicas de arreglo o de funcionamiento de la vida interna de la sociedad o, en su caso, quedar sometida al piso mínimo²⁰ que al efecto contempla el art. 36 de la ley 27.342.

Queda claro que la voluntad del legislador ha sido priorizar la decisión de los socios (libertad de contenido al contrato constitutivo)²¹ de dotar al acuerdo de voluntades, de aquellas cláusulas que sean más convenientes para regular sus intereses. Empero, y a pesar de la más absoluta autonomía que poseen para establecer ciertas disposiciones, en base a las cuales regirán la vida social, existen ciertos dispositivos que, por ser de orden público, limitarían la voluntad contractual.

El art. 68 de la Ley General de Sociedades²² posee carácter de norma de orden público, ya que en ningún tipo social, incluso en la SAS, sería factible distribuir dividendos en forma anticipada, si no existen utilidades que resulten de un ejercicio económico aprobado.

¹⁷ [E]n este precedente se sostuvo: “El orden público no se confunde necesariamente con la materia del derecho público. Existen supuestos en que lo patrimonial adquiere carácter de cuestión de orden público. El orden público de la sociedad argentina organizada como un estado de derecho asegura la existencia de vías de defensa, efectivas, de los bienes patrimoniales. Es aplicable el plazo del art. 4030 Cod.Civ. a la acción fundada en la elevación artificiosa del capital de la sociedad de familia, causante del desapropio de la participación cometido por unos accionistas contra otros. Una manifestación vertida *obiter* en la sentencia respecto del conflicto, no configura un aserto jurisdiccional dirimente, por lo que no sería menester impugnarlo en sustancia una vez demostrada su impertinencia. Una resolución de asamblea de sociedad anónima sería impugnabile fuera del término del art. 251 LGS cuando el vicio de la resolución fuera calificable como nulidad o como anulabilidad absoluta, y cuando lo resuelto lesionara el orden público. Es nula la decisión de la

¹⁸ Art. 33 ley 27.342. *Sociedad por acciones simplificada*. “Créase la sociedad por acciones simplificada, identificada en adelante como SAS, como un nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en esta ley. 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”.

¹⁹ Art. 958 CCCN. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley o el orden público. Las normas legales siempre son de aplicación supletoria a la voluntad de las partes expresada en el contrato, aunque la ley no lo determine en forma expresa para un tipo contractual determinado, salvo que la norma sea expresamente imperativa, y siempre con interpretación restrictiva.

²⁰ Art. 36: *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...”.

²¹ Art. 49 ley 27.342. *Organización jurídica interna*. Los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales. 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).

²² Art. 68 ley 19.550: “Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente, salvo en el caso previsto en el artículo 224, segundo párrafo. Las ganancias distribuidas en violación a esta regla son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el artículo 225”.

En este sentido, el art. 68 importa una suerte de limitación a la libertad de contratación y contenido del acuerdo entre socios, puesto que no sería posible la distribución anticipada, so pretexto de necesidades personales u otras motivaciones en detrimento del capital social y, eventualmente, de terceros perjudicados.

Por otro lado, el art. 71 de la ley 19.550 establece que las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores, lo cual no podría conocerse sino hasta la confección del balance.

asamblea de aumentar el capital de una sociedad de familia, que constituyó una maquinación ilícita de la mayoría societaria contraria a las buenas costumbres, opuesta a la libertad de disposición de la tenencia accionaria que se intentó expropiar a otros accionistas” (CNCom., Sala D, “Abrecht, Pablo A. y otra v. Cacique Camping S.A.”, 01/03/1996, TR LALEY 30001301).

Ahora, si bien es cierto que la ley 19.550 autoriza la distribución anticipada de los dividendos para ciertas sociedades²⁶, lo hace motivada en el control que ejerce el Estado de las entidades allí enumeradas. A punto tal que la SAS²⁷ que quede incurso en alguna de las previsiones del art. 299 de la Ley General de Sociedades, debe transformarse en el caso de incurrir en alguno de los supuestos previstos en los incisos 3, 4 y 5 del referido dispositivo²³.

Por su parte, el art. 224 de la ley 19.550 habilita a distribuir dividendos²⁴, únicamente, si los mismos surgen de un balance regular confeccionado y aprobado, con excepción de las sociedades sujetas a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor (art. 299, LGS), dispositivo que resulta de aplicación, asimismo, a la SAS.

Esta regla, junto con el art. 68 y 71 se erigen en normas de orden público que protegen el interés de los socios y de los terceros que contratan con la sociedad.

Con otra mirada sobre el punto, prestigiosa doctrina²⁵ han sostenido: “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. Recíprocamente, toda norma pensada en protección de los terceros, no puede ser contrariada por cláusula estatutaria alguna”, de lo que se deduce el fin tuitivo de acreedores sociales que posee el régimen societario que extiende sus ramas hacia otros

²³ Art. 299 ley 19.550. Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: 1º) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures; 2º) Tengan capital social superior a pesos argentinos quinientos (\$a 500), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario; (por art. 1º de la Resolución N° 10/2024 del Ministerio de Justicia, B.O. 8/2/2024, se fija en pesos dos mil millones (\$ 2.000.000.000) el monto del capital social a partir del cual las sociedades anónimas quedan sujetas a fiscalización estatal permanente, conforme la previsión del presente inciso); 3º) Sean de participación estatal, ya sea por la participación del Estado nacional, los estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios y/o los organismos estatales legalmente autorizados al efecto (inciso sustituido por art. 49 del Decreto N° 70/2023 B.O. 21/12/2023). 4º) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; 5º) Exploten concesiones o servicios públicos; 6º) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores; 7º) Se trate de Sociedades Anónimas Unipersonales (inciso incorporado por punto 2.26 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1º de agosto de 2015, texto según art. 1º de la Ley N° 27.077, B.O. 19/12/2014).

²⁴ Art. 224 ley 19.550. La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. *Dividendos anticipados*. Está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el artículo 299. En todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones.

²⁵ FAVIER DUBOIS, Eduardo M - SPAGNOLO, Lucía, “Nace una estrella. La ‘sociedad por acciones simplificada’ con libertad estatutaria”, DSCE. t. XXX, mayo/2018.

sistemas como lo es la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (ley 27.342).

Por último, el capital social en la SAS debe cumplir su función de garantía sobre todo cuando en el supuesto de este tipo societario puede ser constituido con dos salarios MVM. Sin

²⁶ Art. 224 ley 19.550. La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. *Dividendos anticipados*. Está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el artículo 299. En todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones.

²⁷ Art. 39 ley 27.342. *Limitaciones*. Para constituir y mantener su carácter de SAS, la sociedad: 1. No deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 299 de la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias. 2. No podrá ser controlada por ni participar en más del treinta por ciento (30%) del capital de sociedades comprendidas en los supuestos mencionados en el inciso 1 precedente. En caso de que la SAS resultara encuadrada en alguno de los supuestos previstos en los incisos 1 o 2 precedentes, deberá transformarse en alguno de los tipos regulares previstos en la Ley General de Sociedades 19.550 (t.o. 1984) y sus modificatorias e inscribir la transformación en el registro público correspondiente, en un plazo no mayor a los seis (6) meses de configurado el supuesto. En caso de que la configuración del supuesto no resulte de un hecho o acto propio de la SAS, el plazo se computará desde que tomó conocimiento del mismo. La transformación no será obligatoria si antes de ese plazo la SAS deja de estar encuadrada en alguno de dichos supuestos. Vencido el plazo indicado sin que se hubiera producido la inscripción de la transformación en el Registro Público correspondiente, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria (Artículo sustituido por art. 36 de la Ley N° 27.444, B.O. 18/6/2018).

perjuicio de ello, la ley 27.342 establece entre sus postulados la función de garantía implícita que posee el capital social (arts. 42 y 43), por lo que le son de aplicación todas las disposiciones que tutelan la intangibilidad del capital social (arts. 68, 71, 224, LGS).

Por tales consideraciones, se concluye que la norma que establece la distribución de utilidades reviste carácter de orden público que extiende su aplicación a otros tipos societarios como la SAS.

V.- Propuestas

De “*lege lata*”, el contrato de la SAS no puede contrariar las disposiciones de orden público que rigen el derecho societario y que le resultan aplicables, tanto en protección de los socios como, asimismo, de terceros en virtud de la función de garantía implícita que posee el capital social.