

DISEÑO Y PLANIFICACIÓN SOCIETARIA A TRAVÉS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Patricio M. Prono

SUMARIO:

1. Existe una tendencia en el derecho privado actual a otorgar un mayor margen de autonomía de la voluntad para que las partes diseñen las disposiciones jurídicas atinentes a sus negocios y emprendimientos. En el derecho societario esta tendencia se verifica con una presencia menor de normas de contenido imperativo.

2. La distinción entre sociedades anónimas dispuesta por los artículos 299 y 300 de la LGS es obsoleta y carece de fines prácticos. La distinción debe pasar por el carácter abierto o cerrado de la sociedad y el control de actividades específicas.

3. En el derecho societario existen normas dispositivas e imperativas. Estas últimas no son de orden público, salvo aquellas destinadas a regular a las sociedades anónimas abiertas.

4. La autonomía de la voluntad en las sociedades anónimas se ve incrementada en la medida en que sea cerrada.

5. Los actos de fusión, escisión, así como los contratos parasocietarios pueden celebrarse en el marco del artículo 1010 del Código Civil y Comercial.



1. Tipos de normas en derecho societario

El negocio jurídico societario se basa en la autonomía de la voluntad. La decisión de constituir un sujeto de derecho societario así como la elección del tipo, es el primer aspecto de esta libertad que puede expresarse tanto en un acto jurídico bilateral o unilateral.

Esta autonomía de la voluntad aparece revitalizada en el ordenamiento jurídico argentino, destacándose su presencia en ámbitos en los cuáles era impen-

sado tiempo atrás, tales como el derecho sucesorio o el derecho matrimonial. Así, el derecho comercial se encuentra de manera diseminada en todo el ordenamiento de derecho privado y nutre con sus principios a otras ramas del derecho.

Por su puesto que esta libertad reconoce ciertos límites. Es aquí donde encontramos las normas imperativas. Si bien excede el objeto de esta ponencia, entendemos que no existen normas de orden público en el derecho societario, al menos en lo que hace a la regulación de sociedades cerradas, es decir que no recurren al ahorro u oferta pública. Las normas societarias son “*meramente imperativas e inderogables por la autonomía de la voluntad en tanto y en cuanto así lo establezca o resulte de la economía de la LSC. Ello debe ser así, ya que sus normas tienden a un simple ordenamiento de los derechos individuales de asociarse con fines lícitos y a regular los efectos que ello produce frente a los terceros con los cuales contrate la nueva persona jurídica a crearse como consecuencia o en los que produzca efectos jurídicos*”¹. Esta distinción es útil a fin de interpretar de manera razonable el contenido posible del estatuto.

La imperatividad en el ámbito del derecho societario debe buscarse en resguardo, principalmente, de los derechos de terceros e inversores, así como en aquellas normas que resulten esenciales para el funcionamiento y organización de la sociedad². En este sentido, consideramos infructuosa y desactualizada la distinción actual entre sociedades sujetas a control estatal permanente o limitado que mantiene nuestra ley general de sociedades (arts. 299 y 300 LGS)³. La distinción que debe adoptarse es la de sociedades cerradas y abiertas; en las primeras el ámbito de autonomía de la voluntad debe ser mayor mientras que en las segundas se deben incorporar normas tendientes a la protección de terceros. Por supuesto que, siempre y en todo caso, debe mantenerse el control por actividad específica que establezcan leyes especiales (art. 304 LGS).

Ello tiene mayor justificación en nuestro país respecto del tipo sociedad anónima ya que se trata de un tipo polivalente, es decir que, si bien contiene una regulación primaria pensada para la gran empresa, no es excluyente y puede adaptarse a empresas de menor envergadura y complejidad. Ello ocurre también en legislaciones como la de Francia, España e Italia. En cambio, en otros ordenamientos jurídicos (Alemania), la sociedad anónima está exclusivamente prevista para la gran empresa, lo cual implica una presencia mayor de normas

¹ ROVIRA, Alfredo, *Pactos de socios*, Astrea, 2006, p. 108.

² EMBID IRUJO José Miguel, “Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital”, RDCO 1999, p. 224.

³ ARAYA, Miguel, “Las transformaciones en el derecho societario”, RDCO, 2003, p. 324.

imperativas. Siempre la norma imperativa debe revestir tal carácter de forma explícita o implícitamente.

En consecuencia, como regla general, las normas societarias son normas dispositivas o supletorias. Estas reconocen tres variantes diferentes: Por un lado tenemos las normas derogables (dispositivas puras) que funcionan supletoriamente en caso de que las partes no hayan pactado algo diferente, como por ejemplo los artículos 11 inciso 7°, 154, 257 LGS; por otro lado encontramos las normas que establecen un menú de alternativas, tales como los artículos 157, 159 LGS; y por último están las normas que establecen mínimos inderogables a partir de los cuales se pueden ampliar derechos, tales como los artículos 236, 243, 244, 294, incisos 6° y 11° LGS. La tendencia es pues a otorgar un mayor margen de autonomía de la voluntad en detrimento de las normas imperativas, con mayor amplitud en la pequeña y mediana empresa y menor en la gran empresa cotizada. Ello sirve para dar adecuada respuesta a las dos fuentes más usuales de conflictos societarios: la rentabilidad de la inversión y el control societario ⁴.

En las legislaciones comparadas la tendencia es innegable. Se logra hacer legal lo que antes se hacía de manera transversal, se logra incorporar a los estatutos cláusulas que antes eran reservadas para los pactos de socios, ocultas e inoponibles, todo lo cual permite tener un mayor control en cuanto a la transparencia ⁵. Los autores citados grafican la tendencia como una “imperatividad de mínimos” o una “libertad guiada”.

2. Diferentes ámbitos de actuación de la autonomía de la voluntad

Sin pretender agotar las situaciones en las que la autonomía de la voluntad puede tener una regulación trascendental a la hora de planificar la estructura societaria, se mencionarán algunas de ellas.

⁴ ODRIÓZOLA, Carlos, “La sociedad anónima actual”, E.D. 206, p. 888. El mismo autor, en “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿por qué no?, LL 2006-D, p. 1305. En igual sentido, Duprat, Diego, “La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales”, L.L. 2013-F, p. 1043; GAGLIARDO, Mariano, “La autonomía PRIVADA y el régimen jurídico de la sociedad anónima”, L.L. 2006-E, p. 1018.

⁵ ALEGRÍA, Héctor, “La autonomía contractual frente al panorama actual del derecho mercantil”, L.L. 2008-E, p. 1186.

2.1. *En el estatuto*

El estatuto es el ámbito natural donde se desarrollará la creatividad de los fundadores para diseñar las normas que regirán la vida de la sociedad, las relaciones, derechos y obligaciones de los socios y la actuación de los órganos. Allí, podemos individualizar diversos ámbitos.

i) Sobre el diseño de la administración

Desde las cuestiones más simples como la cantidad de directores, régimen de quorum, convocatoria, participación en reuniones a distancia hasta otras más complejas. Entre las segundas podemos encontrar la incorporación de requisitos específicos para ser director, la renovación escalonada, la reglamentación de causales de remoción, la mayoría especiales para su designación, mayorías especiales para designación de gerentes, atribución de votos múltiples o voto de oro para determinados directores⁶, el diseño del comité ejecutivo, reglamentación de funciones, reglamentación de deberes específicos (ej. relacionados a la competencia o divulgación de información) y reglamentación de situaciones concretas de responsabilidad.

ii) Sobre la función de gobierno

En lo referente al órgano de gobierno, se advierte la posibilidad de agravar las mayorías necesarias para decidir ciertos temas. Respecto del quorum, si bien es cierto que los artículos 243 y 244 establecen un mínimo, resulta acertada la crítica doctrinaria a una resolución judicial que consideró la regulación del quorum como materia de orden público.⁷

Por otra parte, el estatuto podría exigir la incorporación de ciertos puntos del orden del día, ampliando la competencia de la asamblea (enajenación de activos estratégicos, toma de ciertos tipos de deuda, designación y remoción de gerentes, aprobación de ciertos contratos, etc.). También se podría reglamentar el régimen de publicidad de la convocatoria, sin suprimir la mínima prevista por el artículo 237, por ejemplo reglamentando la convocatoria mediante página web, correos electrónicos, etcétera.

iii) Sobre el régimen de dividendos

El artículo 11, inciso 7 LGS permite acordar formas de distribuir las ganancias que no necesariamente deben coincidir con los porcentajes de tenencia en el capital. El límite siempre estará dado por las normas declaradas nulas por el

⁶ ROTHENBERG, Mónica, *Autonomía de la voluntad y sociedades de capital*, Astrea, Bs.As., 2019, p. 150.

⁷ DI CHIAZZA, Iván G. - Van Thienen, P. Augusto, “Pacto de quórum y autonomía de la voluntad. El caso “Monsalve, G. v. Bartolomé Cruz y Arenales S.A””, AP/DOC/51/2015.

artículo 13 de la LGS. La doctrina menciona diversas posibilidades referidas a la atribución de preferencias en relación a la distribución de dividendos⁸, más allá de la atribución fuera de los porcentajes de capital: regulación del pago de dividendos en acciones o en especie, atribución de un dividendo fijo (acumulativo o no), concesión de un dividendo acumulativo trasladable a ejercicios posteriores, percepción preferencial de un porcentaje distribuyendo el saldo a prorrata entre las acciones ordinarias, atribución de un interés, constitución de una reserva especial para reembolso progresivo, atribución de un dividendo preferido para compensar pérdidas anteriores, dividendos variables en función de mayores éxitos, distribución preferida por un plazo determinado, inclusión de cláusulas que obliguen a distribuir dividendos si existen utilidades suficientes (para compensar la eventual falta de votos de la acción preferida), preferencias fijas o variables, participación de utilidades provenientes de reducciones de capital, liquidaciones o desafectación de reservas especiales, emisión de acciones sectoriales o vinculadas al resultado económico de un emprendimiento o establecimiento específico⁹.

iv) Sobre derechos de los accionistas

El estatuto puede incluir derechos de los accionistas no previstos en la ley o ampliar y reglamentar otros. Entre los primeros podemos destacar el derecho a nombrar directores o síndicos cuando se obtiene un porcentaje determinado de capital o el largamente debatido derecho de retiro en las sociedades de capital. La discusión sobre el tema excede el marco de la presente ponencia, pero se puede destacar una tendencia jurisprudencial que admite tal derecho siempre y cuando esté pactado en el estatuto.

Entre los segundos, se podría mencionar la ampliación de decisiones que den lugar al derecho de receso, reglamentar y ampliar el derecho de información, posibilidad de solicitar la inclusión de temas del orden del día, derechos relacionados con el financiamiento de la sociedad (aportes irrevocables), reglamentación de la emisión con prima, entre otros. También se podrían reglamentar ciertos deberes como el de confidencialidad o no competencia.

v) Sobre la transferencia de las participaciones

Este es uno de los aspectos en donde más se utiliza la autonomía de la voluntad. En estos casos se debe tener en cuenta la limitación contenida en el artículo

⁸ Pueden verse, entre otros, GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades anónimas*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 77 y ss; CABANELLAS, Guillermo, “Las acciones con preferencias y derechos preferenciales patrimoniales, AP/DOC/18/2016.

⁹ MOLINA SANDOVAL, Carlos, *Tracking Stocks (Acciones “sectoriales”) en sociedades anónimas*, LL 2011-C, 952; FARGOSI, Horacio, “Acciones “relacionadas”, La Ley, 2007-B, p. 1298.

214 de la ley 19550 para las sociedades anónimas. Cabe destacar que en el régimen de las SAS, la autonomía de la voluntad en este punto es mayor.

Nada impide que el estatuto prevea diferentes disposiciones sobre la transmisibilidad de acciones de acuerdo a las clases o categorías, de modo que bien podría existir una clase de acciones que sea libremente transferible y otra u otras que cuenten con restricciones, limitaciones o deberes formales adicionales a los fines de la oponibilidad¹⁰.

La ley 27.349 incorpora la posibilidad de que el instrumento constitutivo estipule “la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez [10] años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez [10] años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social”. Se trata de la denominada cláusula de inalienabilidad temporaria. La prohibición abarca todo tipo de transferencia entre vivos: gratuitas, onerosas o como aporte de capital a otras sociedades. Está claro que la ley intenta transparentar una situación muy común en la práctica societaria que se materializa a través de los pactos de sindicación de acciones. Por su puesto que la restricción debe tener un límite temporal. No parece posible establecer una prórroga automática o tácita del plazo ya que la ley exige una decisión del órgano de gobierno para su prolongación¹¹.

También es posible convenir otro tipo de restricciones como las denominadas cláusulas de enganche o arrastre, también conocidas como cláusulas *tag along* o *drag along*. La primera de ellas da derecho al accionista minoritario a vender su tenencia junto con la del mayoritario y de este modo aprovechar el mejor precio o condiciones de venta. La segunda otorga un derecho al accionista mayoritario para vender sus acciones junto con las tenencias de los minoritarios en los mismos términos y de este modo garantizar al comprador la adquisición de un paquete accionario más importante¹². Otras cláusulas que podría incluirse son las de *catch up* (de alcance) por la cual el adquirente de las acciones se compromete a compartir con el vendedor una parte del mayor precio que obtenga en una futura venta; cláusulas de *buy out agreements* con la que se impide la salida y fraccionamiento de un determinado bloque accionario de modo que si alguien

¹⁰ PRONO, Patricio, “Capital, aportes y acciones en las sociedades por acciones simplificadas”, AP/DOC/573/2017.

¹¹ DAIGRE, Jean J., Le Blanc, Hervé y Gerry, Dominique, “La sociedad por acciones simplificada”, RDCO 1996, p. 67.

¹² GIOVENCO, Arturo, “Las opciones en la transferencia de acciones”, L.L. 2007-E-1266.

quiere salir, los demás están obligados a comprarle, caso contrario, pueden vender todo obligando a todos; o las cláusulas de *buy sell provision* que obligan al accionista que desea salir de la sociedad a gatillar un sistema por el cual obligue al resto a decidir si desean vender la totalidad o adquirir la propia. En todos los casos, sería válida la combinación de una cláusula que permita fijar un precio equitativo, por ejemplo aquella que permite determinar el precio a quien formula la oferta, de modo que el accionista que decide vender fija el precio, si el resto no lo acepta, el oferente queda obligado a comprar a ese precio.

2.2 Otros aspectos de la autonomía de la voluntad

No solamente el estatuto es el único receptor de estas soluciones sino que también la autonomía de la voluntad se expande a otros actos e instrumentos a fin de lograr el diseño adecuado del negocio societario.

Un aspecto trascendental para el derecho societario es la posibilidad de crear títulos valores atípicos. De esta forma la sociedad puede emitir títulos valores representativos de diversos derechos vinculados a la sociedad. Un ejemplo lo trae art. 24, inciso II, ley 27.349, el cual de manera escueta menciona la posibilidad de celebrar préstamos convertibles en acciones. En este contrato de préstamo convertible será fundamental establecer la titularidad de la opción de conversión del crédito en acciones —que puede pactarse a favor de la sociedad o del mutuante—, el plazo para ejercerla, los sistemas de conversión, las formalidades a cumplir, la forma de emisión de las acciones, entre otros. No hay dudas que estos préstamos pueden instrumentarse en títulos valores atípicos emitidos por la sociedad, convertibles en acciones.

En el correr de la vida societaria pueden presentarse innumerables situaciones de conflicto o posibilidades de negocios con otras sociedades que no se hayan previsto originalmente. Los actos corporativos tales como la fusión, escisión y transformación son emanaciones de la autonomía de la voluntad que exceden el mero acto jurídico contractual.

Entendemos que este tipo de actos, así como otros como los contratos parasocietarios, pueden celebrarse válidamente en el marco del artículo 1010 del C.C. y C., es decir, incluyendo en su objeto futuros derechos hereditarios siempre que sean “relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos”.