

DERECHO SOCIETARIO DISPOSITIVO O IMPERATIVO. ADECUACIÓN DEL ESTATUTO A LAS NECESIDADES DE LA ESTRUCTURA PROPUESTA

María T. Acquarone

PONENCIA

La sociedad comercial de acuerdo a lo que regula el artículo 1º de la ley 19.550 es un contrato plurilateral que, siguiendo la doctrina y legislación italiana sería de organización. Esta tesis caería ante las legislaciones que sostienen la existencia de la sociedad constituida por una sola persona como en la definición del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en la que se define a la sociedad como aquella en la cual “una o más personas en forma organizada y conforme a los tipos previstos en la ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas” por lo que la doctrina afirma que no podría considerarse a la sociedad, un contrato. Por lo cual consideramos que esencialmente es un acto jurídico y como tal voluntario que requiere de la intervención de sujetos capaces a quienes no les este vedado constituir sociedad y estén legitimados para ello.

La característica es que todos aquellos que participan en la Constitución si son varios, van a tener intereses comunes y a ello va dirigida su voluntad lo nos permite sostener que el acto social constitutivo crea una relación vincular de cada uno de los que forman parte del mismo y también con el sujeto de derecho sociedad que forman.

A su vez se crea un vínculo entre ellos que consiste en el acuerdo para su formación. Este acuerdo se puede delinear según las necesidades de la empresa que están estructurando y las del grupo de accionistas que lo conforman.

El análisis del operador del derecho es realizar esta adecuación sin alterar los elementos esenciales al tipo societario mediante la regulación de las normas disponibles que el propio orden jurídico señala.



Fundamentos. Naturaleza del acto constitutivo de la sociedad

La sociedad comercial de acuerdo a lo que regula el artículo 1º de la ley 19.550 es un contrato plurilateral¹ que, siguiendo la doctrina y legislación italiana sería de organización. Esta tesis caería ante las legislaciones que sostienen la existencia de la sociedad constituida por una sola persona como en la definición del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en la que se define a la sociedad como aquella en la cual... “una o más personas en forma organizada y conforme a los tipos previstos en la ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas” por lo que la doctrina afirma que no podría considerarse a la sociedad, un contrato. Postura en la que coincidimos ya que anteriormente Otaegui ya había sostenido que la sociedad se constituía por un acto jurídico, que podría ser contractual pero esencialmente era un acto jurídico que requiere de la intervención de sujetos capaces a quienes no les este vedado constituir sociedad y estén legitimados para ello². La característica es que todos aquellos que participan en la constitución si son varios, van a tener intereses comunes y a ello va dirigida su voluntad.

No es menor la consideración respecto al acto constitutivo societario respecto del cual surge un sujeto de derecho, el que tiene el alcance que le fija la ley, según el actual artículo 2º de la ley 19.550 que no se encuentra reformado en el proyecto.

Sustitución de la ley supletoria en el acto constitutivo

La característica de tratarse de un acto voluntario que exterioriza la voluntad de los constituyentes nos permite sostener que el acto social

¹ ZALDIVAR, E., MANOVIL, R. M., RAGAZZI, G. E., ROVIRA, A. L., SAN MILLAN, C., “Cuadernos de derecho societario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, vol. I, pág. 35 y ARECHA, M., GARCIA CUERVA, H. M., Sociedades Comerciales, Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 3, entre otros.

² OTAEGUI, Julio C., “Acto social constitutivo”, Esquema de sus elementos, RDCO, año 1972, pág. 771.

constitutivo tiene aspectos que se refieren a la estructuración del tipo a crear, cuya omisión esta sancionada con la nulidad y otros que se refieren a las cuestiones particulares que los socios quieren regular para una sociedad determinada. Estas normas que también llamamos acuerdos intrasocietarios, descartan la norma supletoria para adaptar el estatuto a una sociedad que se ajuste más a los intereses que los socios pretenden al constituirlo.

Personalización del estatuto

Hay muchas situaciones en las que para adaptar el estatuto a un determinado grupo de accionistas se debe sustituir la ley supletoria. Prueba de ello es que la misma normativa regula a la gran empresa, a la pequeña y mediana empresa y también a la empresa familiar. En todos los supuestos hay que incluir cláusulas en el estatuto que prevean la dimensión y el perfil que los socios desean para ese determinado estatuto.

Describiremos solo algunas de las cuestiones en las que está especialmente prevista en la ley esta posibilidad.

Autorización para ejecutar los actos del objeto

Al constituirse la sociedad anónima los socios pueden autorizar la realización de los actos enumerados en el objeto aun antes que se encuentre inscripta en el Registro Público de Comercio.

Ello va a tener implicancias muy diversas si se incluye la autorización de si no se incluye.

Los arts. 183 y 184 de la ley 19.550, modificados por la ley 22.903, regulan la actuación de la sociedad anónima durante el *iter* constitutivo. A tal fin, el primero de los artículos indicados dispone que los directores obligan a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y también por los relativos al objeto social cuya ejecución haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo.

Por la ejecución de estos actos, antes de la inscripción, son solidaria e ilimitadamente responsables los directores, los fundadores y también la sociedad en formación. Asimismo, el art. 184 dispone que una vez inscripto el contrato constitutivo, los actos necesarios para la constitución y los realizados en virtud de la expresa facultad otorgada en el acto constitutivo

se tendrán por originariamente cumplidos por la sociedad y, por lo tanto, quedan liberados de la responsabilidad asumida los promotores, fundadores y directores.

La sociedad en formación también puede, durante este período, ejercer actos del objeto pero, en este caso, la ley requiere que en el acto constitutivo se autorice expresamente su realización. Si se omitiera la autorización y los directores ejercieran actos del objeto, sólo las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieran consentido son responsables solidaria e ilimitadamente.

El directorio de la sociedad puede asumir los actos celebrados sin autorización dentro de los tres meses de inscripta la sociedad, dando oportuna cuenta a la asamblea, pero esta asunción no libera de responsabilidad oportunamente adquirida. Si un estatuto fundacional no contuviera cláusula de autorización y antes de la inscripción registral advirtieran la conveniencia de contar con tal autorización para ejercer actos relativos al objeto, puede subsanarse la omisión mediante el otorgamiento de una escritura complementaria otorgada con la concurrencia de todos los fundadores y mediante la cual incluyeran la mencionada cláusula.

Autorización para aumentar el capital dentro del quíntuplo por asamblea ordinaria

El artículo 188 establece que se puede autorizar el aumento del capital social al quíntuplo de su valor decidiéndolo por una Asamblea Ordinaria. Si no está autorizada la sociedad a hacerlo, todos los aumentos deben decidirse en una Asamblea Extraordinaria.

No se ve a simple vista las implicancias de esta situación porque además debe combinarse con la circunstancia de las convocatorias y resoluciones de las respectivas asambleas. Dado que es más factible la protección a las minorías en las asambleas extraordinarias, es muy importante en este supuesto que todos los aumentos de capital que pueden conducir al llamado “aguamiento del capital” por parte de las mayorías se resuelva mediante asamblea extraordinaria. Es usual leer en los estatutos la cláusula de permisión del aumento dentro del quíntuplo mediante asamblea general ordinaria sin tener en cuenta las implicancias de ello.

Concordantemente con lo expuesto el estatuto puede: a) Imponer un número mayor para adoptar resoluciones en asamblea ordinaria (art. 243,

última parte); b) Establecer un quórum superior para la constitución de la asamblea general extraordinaria en primera convocatoria (art. 244); c) Determinar quórum superior o inferior para la constitución de la asamblea extraordinaria en segunda convocatoria (art. 244); d) Determinar un número mayor para adoptar las resoluciones de la asamblea extraordinaria (art. 244).

Restricciones a la transferencia de las acciones

El art. 214 de la Ley de Sociedades establece el principio general de que la transmisión de las acciones es libre, pero el estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que ello pueda importar la prohibición de su transferencia. La limitación, en su caso, debe constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos. Tal como lo establece la norma, las cláusulas limitativas no pueden importar la prohibición de la transmisión, en cuyo motivo no resulta válido disponer que la transferencia accionaria quede sometida a la decisión discrecional del directorio o de la asamblea. Por el contrario, la restricción debe establecer un procedimiento a cumplir por el accionista que quiera transmitir sus acciones, en cuyo caso, cumpliéndose las condiciones establecidas, la operación queda expedida para concretarse. La doctrina sostiene que estas restricciones: tienden a reforzar el vínculo entre los socios; transforman el “*intuitus pecuniae*” en “*intuitus personae*”; protegen un grupo de accionistas; también se pueden establecer en interés de la sociedad.

Entre las más comunes y que se encuentran permitidas están las cláusulas que establecen un derecho de adquisición preferente; las que subordinan la transmisión a la autorización de la sociedad; las que establecen que el adquirente debe reunir determinadas condiciones.

En cuanto a su eficacia se ha sostenido que: Son nulas las restricciones que prohíben su transmisión; no son válidas las que por sus condiciones o por el procedimiento que contengan conduzcan a excluir la transmisibilidad y que deben interpretarse restrictivamente.

La autoridad de control en el orden nacional, a su tiempo, había interpretado que las restricciones sólo podían comprender los casos de transmisiones *inter vivos* y no a los supuestos *mortis causa*. Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el recurso planteado

por la sociedad El Chañar S. A., dispuso lo contrario revocando el criterio expuesto.

Es muy amplio el espectro de posibilidades y al incluirse en el estatuto le da oponibilidad frente a los demás accionistas de modo que no se registran transferencias que no hayan cumplido con las restricciones estatutarias. Las cláusulas más comunes son las que imponen el derecho de preferencia de los demás de adquirir las acciones a transmitir o las que exigen en los adquirentes calidades profesionales determinadas. Por ello deben constar en el título de adquisición.

Distintas clases de acciones

El art. 207 de la Ley de Sociedades, en su segunda parte, autoriza prever diversas clases con derechos diferentes, las que siempre, dentro de cada clase, conferirán los mismos derechos, siendo nula toda disposición en contrario.

Según los derechos patrimoniales las acciones se pueden clasificar en:

Ordinarias, a las cuales les corresponden los dividendos después de establecidas las utilidades líquidas y realizadas resultantes del balance, y satisfechos los accionistas que dispongan de preferencias patrimoniales.

Preferidas, que atribuyen a sus titulares ciertas preferencias patrimoniales. El estatuto puede disponer que carezcan de voto (art. 217), en cuyo caso sólo dispondrán de éste para el tratamiento de las materias incluidas en el cuarto párrafo del art. 244 y durante todo el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia. Estas pueden consistir o bien en una participación adicional en las ganancias; o bien en preferencias sobre la cuota de liquidación; o por último a un dividendo preferido fijo, calculado sobre el valor nominal de los títulos o un dividendo porcentual respecto de las ganancias totales

Según los derechos políticos las acciones pueden ser: *de voto simple*: confieren un voto por acción; o de *voto plural*, llamadas también privilegiadas que pueden conferir hasta cinco por votos por acción (art. 216).

Los privilegios en el voto son incompatibles con las preferencias patrimoniales. Estas acciones de voto plural disponen sólo de un voto cuando deben tratarse las materias incluidas en el artículo 244, cuarto párrafo,

cuando deben elegirse síndicos (art. 284), cuando deben constituirse reservas y su monto excede del capital y las reservas legales (art. 70).

Por la transmisibilidad de los títulos pueden ser: 1) Al portador: no identifican a su titular; puede ejercer sus derechos quien disponga materialmente de ellas. Pueden transmitirse manualmente (actualmente no está permitido en la legislación argentina este tipo de acciones); 2) Nominativas: identifican a su titular. Que a su vez pueden ser: a) no endosables: su transmisión requiere acto escrito y comunicación al emisor para su inscripción en el Registro (art. 215); o b) endosables: en las que su transmisión se efectúa mediante cadena ininterrumpida de endosos. Para el ejercicio de sus derechos el endosatario solicitará el registro (Art. 215 *in fine*). 3) Escriturales: no se representan en títulos (art. 208) y se inscriben en cuentas llevadas a nombre de sus titulares.

Al existir diversas clases de acciones, el art. 262 de la Ley de Sociedades autoriza que el estatuto pueda disponer que cada una de ellas elija uno o más directores, y que reglamente la elección.

Todas las acciones de una clase deben conferir iguales derechos. De modo que el estatuto debe regular no solo la clase de acciones que se van a emitir sino cuales son los derechos que confiere esa clase de acción.