

RESULTA NECESARIO FLEXIBILIZAR EL RÉGIMEN ORGANIZATIVO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS PARA EL CASO DE PYMES, SOCIEDADES CERRADAS Y DE FAMILIA

DANIEL ROQUE VÍTOLO

PONENCIA

Resulta necesario regular dentro del régimen legal de las sociedades anónimas, sistemas flexibles para prevenir y permitir la solución de conflictos en las PYMES, sociedades cerradas y “sociedades de familia”. Entre ellos se sugieren: a) valuación de aportes en especie bajo el régimen del art. 150 de la ley 19.550; b) no admisión legal de títulos representativos de acciones que no sean nominativos no endosables o acciones escriturales; c) reglamentación del régimen de circulación de acciones bajo los sistemas previstos en los arts. 151, 153 y 154 de la ley 19.550; d) contemplar normas atinentes a la incorporación de herederos, resolución parcial del contrato y retiro voluntario

de los socios; e) obligatoriedad de las comunicaciones de convocatorias a asamblea por medio de notificaciones personales a ser practicadas por medio fehaciente a los accionistas; f) admitir la distribución de dividendos provisionales o anticipados; g) establecer la responsabilidad de los directores vinculada exclusivamente a su actuación personal; j) permitir la oponibilidad de los pactos de sindicación de acciones a la sociedad con necesaria referencia a ellos en el estatuto; i) validez de las decisiones asamblearias tomadas por asambleas unánimes sin imponer el requisito de que la decisión sea tomada por unanimidad; y j) construir un sistema de valuación que reembolse al socio recedente un valor razonable y equitativo por las acciones de las que se desprende; entre otras.

1. LA REALIDAD ECONÓMICA Y SOCIAL

No caben dudas de la importancia de las empresas familiares y cerradas, pequeñas y medianas. Resultan uno de los motores impulsores de la economía y del desarrollo en cualquier país del mundo; pero en especial en los países subdesarrollados y en los denominados emergentes, o en vías de desarrollo.

Tampoco puede negarse que, por diversos motivos de orden legal, económico y hasta sociológico, las pequeñas y medianas empresas suelen escoger como instrumento legal para su desenvolvimiento la estructura que la ley 19.550 ha concebido para las sociedades por acciones y, en especial, las sociedades anónimas, independientemente de que no resulte el más adecuado.

Deseamos recordar un trabajo presentado en el V Congreso Societario en el año 1992, al que titulamos “Sociedades anónimas cerradas y empresa familiar” [*Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y V Congreso de Derecho Societario, Córdoba, 1992, T.I p. 479*], así como el presentado —también— en las XI Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina [*ver Conflictos en Sociedades “Cerradas” y de Familia, Ed. Ad Hoc, 2004, p. 9*] volvemos a replantear el tema en razón de que, a pesar del tiempo transcurrido y de haber transitado casi tres proyectos de reformas a la ley 19.550, el tema sigue teniendo la misma vigencia

que entonces y no se han acercado por parte del legislador, aún, soluciones a los problemas planteados.

En Argentina, como en otros países latinoamericanos, las empresas cerradas y familiares constituyen más del 90% de las sociedades anónimas constituidas, aportan una parte sustancial del PBI, que llega a más del 50%, y emplean —en conjunto— la mayor cantidad de trabajadores hasta absorber casi el 70% del empleo útil.

Como bien ha sido señalado por los estudiosos de este fenómeno, a pesar de esta actuación tan relevante en el mercado, las propias características de la propiedad y gestión de la empresa familiar hacen que estas sociedades tengan elementos claramente diferenciados de las empresas no familiares. Obviamente —se ha dicho— no es lo mismo ser directivo de una empresa no familiar, habitualmente sin relaciones directas con los propietarios del capital social o los miembros del Directorio que ser directivo de la propia empresa familiar y miembro de la familia, unido con vínculos de sangre a los demás integrantes de la empresa.

Claro está que las ventajas comparativas que puede representar el hecho de este doble vínculo, empresarial y familiar, en la conformación de la estructura societaria presenta un igual número de desventajas basadas en la alta exposición al conflicto por parte de cada uno de los integrantes que se reflejan sobre la sociedad misma.

Y ello no puede ser de otra manera, en la medida en que se advierte que en las sociedades de familia y empresas familiares, coexisten tres sistemas de interrelación:

- a) la propiedad;
- b) la gestión; y
- c) la familia —o los vínculos de amistad o relación que une a los socios—.

2. LAS POSIBLES SOLUCIONES

Se proponen las siguientes soluciones en la reforma al régimen legal vigente para las sociedades anónimas cerradas:

a) Valuación de aportes en especie bajo el régimen del art. 150 de la ley 19.550.

El sentido de esta disposición tiende a que se flexibilice el sistema de valuación en la aportación, al mismo tiempo en que, como contrapartida, se le asigne a los accionistas responsabilidad solidaria e ilimitada frente a los terceros por la eventual sobrevaluación de los aportes en especie al tiempo de la constitución de la sociedad o como consecuencia del aumento del capital social, y por el término previsto en el artículo 51 de la ley 19.550.

b) Prohibición legal de emitir títulos representativos de acciones que no sean nominativos no endosables o acciones escriturales.

Si bien entre nosotros, en la actualidad, no se admite que las sociedades anónimas puedan emitir títulos representativos de acciones al portador o nominativos endosables, sino que esta posibilidad está restringida a títulos representativos de acciones nominativas no endosables, o que la sociedad represente su capital social por acciones escriturales (art. 208 *in fine*), ello no obedece a una norma estructural de la ley de sociedades comerciales sino a leyes específicas sancionadas con posterioridad, tales como las leyes 20.643, 23.697 y 20.954, y las reformas obedecieron a parámetros y criterios fiscales y de control pero no “societarios” en sentido estricto. Del mismo modo en que variaron en un sentido, pueden retomar por razones también ajenas al ámbito societario, en cualquier momento, la estructura legal originaria.

Lo que se propone es que la restricción de que i) la emisión de títulos representativos de acciones sólo pueda hacerse bajo títulos nominativos no endosables y ii) que la sociedad sólo pueda apartarse de esta norma bajo acciones escriturales no representadas por títulos; se incorpore como parte de la estructura típica de sociedades anónimas cerradas o “de familia” en el texto de la ley 19.550.

c) Reglamentación del régimen de circulación de acciones bajo los sistemas previstos en los arts. 151, 153, 154 de la ley 19.550

Como no podía ser de otro modo, en la medida en que el régimen típico de la Sociedad de Responsabilidad Limitada está dirigido a la pequeña y mediana empresa, muchas de sus disposiciones son más

adecuadas para las sociedades cerradas o “de familia” que las contenidas en el régimen de las sociedades anónimas bajo las normas de la ley 19.550.

Así, se propone la aplicación de las disposiciones de los arts. 153 y 151 de la ley 19.550 a las sociedades anónimas o “de familia”. De tal suerte, debería legislarse que el contrato de sociedad puede limitar la transmisibilidad de las acciones, pero no prohibirla y que resultan lícitas las cláusulas que requieran la conformidad mayoritaria o unánime de los socios o que confieran un derecho de preferencia a los socios o a la sociedad si ésta adquiere las acciones con utilidades o reservas disponibles o reduce su capital. La norma se complementaría con la exigencia de que, para la validez de estas cláusulas, el estatuto deba establecer los procedimientos a que se sujetará el otorgamiento de la conformidad o el ejercicio de la opción de compra, pero el plazo para notificar la decisión al accionista que se propone ceder no podrá exceder de treinta (30) días desde que éste comunicó al directorio el nombre del interesado y el precio. A su vencimiento se tendría por acordada la conformidad y por no ejercitada la preferencia.

Del mismo modo, esta norma podría complementarse con la previsión de que en la ejecución forzada de acciones limitadas en su transmisibilidad, la resolución que disponga la subasta será notificada a la sociedad con no menos de quince (15) días de anticipación a la fecha del remate. Si en dicho lapso el acreedor, el deudor y la sociedad no llegan a un acuerdo sobre la venta de las acciones, se realizará su subasta. Pero el juez no la adjudicará si dentro de los diez (10) días la sociedad presenta un adquirente o ella o los socios ejercitan la opción de compra por el mismo precio, depositando su importe.

De igual modo resultaría interesante la aplicación a las sociedades anónimas cerradas o de familia la disposición contenida en el artículo 154 de la ley 19.550 para las sociedades de responsabilidad limitada.

d) Contemplar normas atinentes a la incorporación de herederos, resolución parcial del contrato y retiro voluntario de los socios para las sociedades anónimas cerradas o “de familia”

La resolución parcial del contrato de sociedad opera cuando se produce alguna reducción en el elenco de los integrantes de la socie-

dad modificándose el acto constitutivo sin afectar a la misma. Esto tiene lugar en caso de fallecimiento, exclusión o retiro de uno o varios socios.

La ley 19.550 cuando se refiere a la resolución parcial del contrato de sociedad por fallecimiento o exclusión de alguno de los socios lo hace sólo respecto de las sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita simple, accidental o en participación, de responsabilidad limitada y en comandita por acciones sólo para los socios comanditados (art. 90).

Si bien la doctrina ha acogido favorablemente que se haya descartado tal hipótesis para las sociedades anónimas, al igual que para las sociedades en comandita por acciones en lo que se refiere al socio comanditario, sobre la base de que el carácter circulatorio de las acciones hacen que en estos tipos sociales el régimen sea en principio inaplicable, regulándose sólo el retiro voluntario del socio a través del derecho de recesso (art. 245), desde nuestro punto de vista ello no es acertado, especialmente en las sociedades cerradas o “de familia”.

En efecto; a diferencia de lo que ocurre en las sociedades abiertas, el accionista de las sociedades anónimas cerradas o “de familia” no tienen un mercado al cual recurrir para transferir sus tenencias, ni modo de poder resolver los conflictos relativos a la no incorporación de herederos.

Desde nuestro punto de vista, permitir la resolución parcial del contrato de sociedad, la conformación de nuevas causales para ello dejando incluso librada la posibilidad de incorporar en el estatuto causales no previstas legalmente, y en especial la no incorporación de los herederos en el supuesto de muerte del accionista, tiene especial relevancia en la solución de los conflictos que generalmente se presentan en estas sociedades cerradas o “de familia”.

e) Obligatoriedad de las comunicaciones de convocatorias a asamblea por medio de notificaciones personales a ser practicadas por medio fehaciente a los accionistas.

El sistema de publicidad elegido por la ley en el art. 237, y que se adecua a la concepción de la estructura de la sociedad anónima como la forma escogida para dotar de ropaje jurídico y entidad de sujeto de derecho a la gran empresa industrial importa, por el contra-

rio, un elemento sumamente disvalioso para el funcionamiento de sociedades cerradas o “de familia”.

Se propugna que en estos casos de sociedades cerradas “o de familia” la forma de notificar la convocatoria a asamblea sea la remisión de una notificación por medio fehaciente al domicilio que el accionista tenga inscripto en el libro de Registro de Acciones de la sociedad, en lugar del régimen de publicación de edictos que sí podría mantenerse para las sociedades que están autorizadas para hacer oferta pública de sus acciones o cotizar en bolsa.

f) Admitir la distribución de dividendos provisionales o anticipados

El artículo 224 de la ley 19.550 dispone que 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; y señala que está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el artículo 299.

Desde nuestro punto de vista, debería extenderse a las sociedades cerradas o “de familia” la posibilidad cierta de distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales, al mismo tiempo que se mantenga la disposición de que en todos estos casos los directores, los miembros del consejo de vigilancia y síndicos son responsables ilimitada y solidariamente por tales pagos y distribuciones.

g) Establecer la responsabilidad de los directores vinculada exclusivamente a su actuación personal

Conforme al artículo 274 de la ley 19.550, como norma general se establece que los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Al mismo tiempo, la norma también establece que para eludir tal responsabilidad solidaria y que la imputación de responsabilidad se realice atendiendo a la actuación individual, es necesario que se hayan asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido

en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia y que la decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones sean inscriptas el Registro Público de Comercio.

Por ello para el caso de sociedades cerradas y de familia, se propone que la responsabilidad de los directores se vincule con su actuación individual, sin necesidad de tener que recurrir al tortuoso sistema de atribución de funciones e inscripción de las mismas y de los designados para cada una en el Registro Público de Comercio.

i) Validez de las decisiones asamblearias tomadas por asambleas unánimes sin imponer requisito de que la decisión sea tomada por unanimidad

El artículo 237, in fine, de la ley 19.550 dispone que la asamblea podrá celebrarse sin publicación de la convocatoria cuando se reúnan accionistas que representen la totalidad del capital social y las decisiones que se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto.

Esta norma, desde nuestro punto de vista resulta exagerada e inconveniente para el caso de sociedades cerradas o “de familia” que es, justamente, el supuesto para el cual se aplica, pues viola el principio de buena fe referido a que, quien ha consentido en participar en la deliberación asamblearia y someterse al tratamiento del orden del día voluntariamente, no puede escudarse en su disenso para evitar que se forme la voluntad social y se remita un nuevo tratamiento de la cuestión a otra asamblea previo cumplimiento del régimen de publicaciones legales contenidas en la primera parte del artículo 237, cuando ha existido una mayoría legal suficiente para tomar la decisión. La única limitación que debería imponerse al régimen de asambleas unánimes, es que no podrá modificarse el orden del día previsto para la misma sin una decisión tomada por unanimidad; y ello ya está previsto en el artículo 246 que complementa el artículo 237.

j) Establecer valores equitativos de compensación para los casos de receso

Atento a que ya se han expuesto extensamente los argumentos en el otro trabajo, en este punto nos limitaremos a señalar que sostenemos y propugnamos que el valor de reembolso de las acciones correspondiente al socio recedente en las sociedades que no hacen oferta

pública de sus acciones ni se encuentran autorizadas para cotizar en bolsa, deberá surgir de una valuación específica (ad hoc) que a tal efecto deberá practicarse por parte de experto en la materia al momento de operar el receso, sobre la base de una valuación dinámica de empresa en marcha, conocida en el ámbito de la economía y las finanzas como “valuación intrínseca”. Asimismo también debe disponerse que el monto que arroje tal valuación deberá ser pagado por la sociedad al socio recedente dentro del plazo de seis meses, y que dicho valor deberá ser ajustado en excepción a las disposiciones de la ley 23.928, reformada por las leyes 25.561 y las sucesivas vinculadas a la emergencia económica (Dtos. 1269/2002 y 664/2003).