

## **ALGUNAS CUESTIONES DE LA SOCIEDAD ANONIMA MODERNA**

*Eugenio A. Rositto*

### **Sumario**

Es propósito de esta ponencia intentar analizar algunos aspectos que hacen al adecuado funcionamiento de la Sociedad Anónima en la actualidad; en primer lugar considero que debe replantearse el modelo de Sociedad Anónima teniendo presente la evolución de las relaciones comerciales y la realidad negocial. Hay que advertir que la sanción del *decr. 677/01* nos impulsa a repensar la actual regulación del tipo Sociedad Anónima. Es preciso diferenciar entre tipos y subtipos, como por ejemplo entre sociedades anónimas abiertas y sociedades anónimas cerradas. Además considero importante detenernos en las sociedades anónimas cerradas, su funcionamiento, proponer un sistema flexible o simplificado dando un protagonismo activo a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio que deban respetarse o seguirse ciertos principios generales del derecho y del derecho societario en particular. Considero que pueden dejarse librado a una mayor libertad estatutaria algunos supuestos, entre otros: a) Un régimen de organización interna flexible, dando primacía a la autonomía estatutaria, reconociendo la posibilidad en la asamblea de la eliminación del formalismo de convocarla citando a los accionistas mediante publicación de edictos, proponiendo la citación a los socios en forma personal y por cualquier medio fehaciente. En el régimen de deliberación y votación en asambleas y de directorio darle a los socios una posibilidad de adoptar decisiones por correspondencia: carta, telegrama, fax o mediante el empleo de soportes informáticos; b) Fortalecimiento del derecho de información de los socios y el acceso a toda la documentación social en forma ágil y directa; c) Convenir métodos equitativos y razonables para el socio recedente que contemple el valor real de la acción y calculando los valores en conexión con la realidad; d) Posibilidad de excluir con justa causa a cualquier socio, en caso de mora en el cumplimiento de sus obligaciones; e) Resolución parcial del contrato

social; f) Admisión de la validez y la eficacia de los pactos entre accionistas siempre que no sean contrarios al interés de la sociedad y se respeten ciertos principios generales del derecho.

## I. Introducción

Es un hecho que la gran cantidad de actividades comerciales, sean o no de gran envergadura son canalizadas a través del modelo único de sociedad anónima. Es por ello, que es materia de debate replantear una nueva regulación de la Sociedad Anónima.

Nuestro sistema societario está fundamentalmente estructurado en la Ley de Sociedades Comerciales (ley 19.550, del año 1972) que fue objeto de varias reformas parciales (leyes 19.686, 19.880, 20.337, 20.486, 21.304, 22.182 y 22.686) siendo la más significativa la del año 1983 a través de la sanción de la ley 22.903 que, incorporó novedosos institutos, a saber: consagración de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica; la posibilidad de regularización de las sociedades no constituidas legalmente, flexibilización del régimen de responsabilidad limitada, entre otros temas).

Esta reforma no profundizó las diferencias entre las sociedades anónimas cerradas y abiertas, distinción que había incorporado la ley 19.550 y que se centraba en el control estatal del funcionamiento de las sociedades anónimas abiertas, y que requería una legislación independiente para cada una de ellas, atento la tendencia a utilizar el tipo sociedad anónima para cualquier negocio o emprendimiento.

La ley 19.550 distingue entre sociedades anónimas sujetas a la fiscalización estatal permanente (art. 299 L.S.C.), sociedades sujetas a la fiscalización estatal limitada (art. 300 L.S.C.) y a sociedades sujetas a regímenes especiales (art. 304 L.S.C.).

Es importante tener presente la sanción del decr. 677/01 que instituyó un nuevo régimen sobre transparencia para la oferta pública y gobierno de las sociedades, aplicable a las sociedades que recurren a la oferta pública de valores; cuyo propósito es el de "crear confianza y seguridad necesarias para abaratar el costo del capital y aumentar el financiamiento de las empresas" (confr. párrafo quinto, decr. 677/01).

Con éste decreto a diferencia de la ley 19.550 se distingue claramente entre las sociedades anónimas abiertas, que hacen oferta pública de sus valores negociables y las sociedades anónimas cerradas que no se financian en el mercado de capitales.

Señala Araya y coincide con su postura que es necesaria la distinción entre sociedad anónima abierta y cerrada, que se concreta a través del decreto precedentemente mencionado, a partir del criterio, que como se ha visto, prevalece en el derecho comparado, que es el financiamiento a través del mercado de capitales, con la consagración de la sociedad anónima bursátil, como un subtipo de anónima, que reclama, en consecuencia, disposiciones normativas específicas <sup>(1)</sup>.

## II. Sociedad anónima cerrada

La sociedad anónima nació y evolucionó como marco adecuado para la realización de grandes empresas y para el agrupamiento de grandes capitales. No obstante, en el siglo pasado su uso resultó atractivo para emprendimientos más modestos en razón del privilegio acordado a este tipo de organización: la limitación de la responsabilidad de sus integrantes a los aportes comprometidos.

Es así, que muchas sociedades constituidas por pocos socios o por miembros de una familia eligieron esa forma jurídica para el desarrollo de sus negocios, también los empresarios individuales recurrieron a esa forma jurídica mediante el simple recurso de “hacer figurar” a otros socios para cumplir con el requisito de la pluralidad contractual. Asimismo razones de índole impositiva impulsaron a la elección de este tipo social.

Zaldívar <sup>(2)</sup> señala que *“el concepto de sociedad anónima... está vinculado a la gran sociedad que encuadra empresas reales y de envergadura, cuyo balance totaliza cifras cuantiosas con acciones que se cotizan en una o varias bolsas de comercio”*; asimismo admite la existencia de sociedades que no revisten esos caracteres, las llamadas cerradas o de familia, afirmando que *“su existencia y actividad son, en la mayoría de los casos, indiferentes a la comunidad”*.

Ahora bien, nos preguntamos: ¿Qué caracteres tiene una sociedad cerrada y como la distinguimos? A veces se incurre en el error de identificar sociedad cerrada con pequeña empresa.

---

(1) Araya, Miguel Carlos, “Hacia la sociedad comercial del siglo XXI”, ponencia VIII Congreso de Derecho Societario, Rosario, octubre 2001.

(2) Zaldívar, R., *Cuadernos de derecho societario*, t. II, 2ª parte, p. 13, N° 34.4.

Los problemas legales específicos que plantea la sociedad cerrada nada tienen que ver con su tamaño o con su capital, sino con su estructura societaria. El reducido número de accionistas y la inexistencia de un mercado para la comercialización de sus acciones determinan una dinámica interpersonal muy especial que dan origen a problemas específicos que no varían con el tamaño del capital o de la empresa <sup>(3)</sup>. Las características más importantes de las sociedades anónimas cerradas son: a) cantidad reducida de accionistas; b) dificultad para ingresar y egresar; c) no cotización de sus acciones en los mercados de valores. Este último es uno de los caracteres distintivos que diferencian a la sociedad cerrada de la abierta, criterio adoptado por la comisión redactora de la ley 19.550 en la Exposición de Motivos (art. 299 inc. 1).

Considero también que la Sociedad Anónima cerrada se la debe entender como un subtipo del tipo sociedad anónima.

La calificación de “subtipo” exige, por una parte, la presencia de ciertas características que, en principio, podemos calificar como estructurales o permanentes que dan lugar a la aplicación de las normas específicas, para el caso, ha previsto la ley. Esto en el sentido de que para caer en un “subtipo” se tienen en cuenta situaciones que, por su consistencia y duración, permiten colocar a la sociedad en una clasificación determinada y aplicarle normas específicas. De allí que esa situación pueda calificarse como “estructural” o “permanente” y no derivada de simples circunstancias anecdóticas en la vida societaria <sup>(4)</sup>.

Surge el concepto de subtipo para calificar a aquellas sociedades para cuya regulación se ha tomado como base, en general, a la sociedad anónima para, a partir de dicho género, incorporar requisitos que podrán ser de constitución, funcionamiento, disolución u otros, que funcionan como complemento de diversificación del plexo normativo genérico <sup>(5)</sup>.

---

(3) Bakmas, Iván, “Sociedades anónimas cerradas”, L.L., 1997-B-1212.

(4) Alegría, Héctor, “Los llamados subtipos societarios en la Ley de Sociedades Comerciales”, L.L., 1978-D, Sec. Doctrina.

(5) Marsili, María Celia, *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

En consecuencia hablamos de subtipo cuando dentro del género identificado por el tipo, se distinguen internamente situaciones específicas que imponen una regulación diferenciada, sin salir del tipo.

### **III. Autonomía de la voluntad en la sociedad anónima cerrada**

Es importante considerar el papel que puede desempeñar la libre voluntad de los particulares como instrumento de configuración autónoma de la propia realidad jurídica. Esta "autonomía de la voluntad" adquiere particular significado en la esfera del derecho de sociedades, caracterizada por predisponer concretas formas jurídicas como elementos organizativos de la empresa al servicio de los operadores económicos que actúan en el mercado. Una de las manifestaciones específicas de la autonomía de la voluntad en el seno del derecho societario es la que se refleja en la configuración de los estatutos sociales que regirá la actividad y el funcionamiento de la persona jurídica-sociedad que se va constituir<sup>(6)</sup>.

Este tipo de cláusulas podrán ser utilizadas para prevenir diferentes problemas que puedan presentarse en la sociedad anónima cerrada, entre otros, referidos al gobierno de estas sociedades, preservación de las minorías, transmisión de acciones, supuesto de receso, valuación de la participación social, etc..

Hay que distinguir la autonomía estatutaria, que no debe confundirse con la autonomía de la voluntad.

La autonomía negocial en materia societaria se manifiesta plenamente en la fase estipulativa, resultando fuertemente limitada en cuanto a la modalidad organizativa, ya que la orienta a la elección de uno dentro los esquemas disciplinarios adoptados. Es por ello que entendemos que debe tenderse a la flexibilización del derecho societario permitiendo mayor libertad y alentando una autonomía estatutaria pero respetando ciertas características o principios del subtipo sociedad anónima cerrada.

---

(6) Embid Irujo, José Miguel, "Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital", RDCO, N° 32, 1999, p.205.

Ahora bien, es preciso aclarar que esta tendencia a la "simplificación y flexibilización", es sólo para aquellas sociedades anónimas que no recurren en su financiación al ahorro público, es decir sociedades anónimas cerradas.

En nuestro derecho societario esta autonomía estatutaria se enfrenta con la rigidez de sus normas o con el llamado "orden público societario", que determinan la imperatividad de sus normas.

Nos preguntamos: ¿Todas las normas de nuestra ley de sociedades son de orden público, son imperativas?

Colombres <sup>(7)</sup> manifiesta que el problema del orden público debe ser sustituido por un tema de calidad de normas, o sea de la determinación de cuáles normas son de cumplimiento imperativo y cuáles no, de tal forma la imperatividad no es una consecuencia del orden público.

Por el contrario, la doctrina civilista, Borda hace una identificación entre el orden público y las normas imperativas, expresando que son sinónimos, y fundamenta su tesis en el art. 21 del Código Civil que expresa: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres." A mayor abundamiento Nissen <sup>(8)</sup> sostiene que la imperatividad es característica de las normas de orden público, se implican unas a otras, existiendo una identificación entre ellas.

Olivera García entiende que para determinar si una norma es o no de orden público deberá indagarse, en cada caso, el carácter público o privado del interés protegido. Cuando este interés esté, por su naturaleza pública, afectando el bien público en tanto colectividad o el bien del Estado, la norma deberá ser considerada de orden público y ninguna renuncia podrá hacerse por los particulares a la aplicación de la misma <sup>(9)</sup>. Otros autores entienden que las normas de orden público son una especie del género de normas imperativas, pudiendo

---

(7) Colombres, Gervasio, "El orden público en el Código de Comercio", en J.A., 1964-II-23, Secc. Doctrina.

(8) Nissen, Ricardo Augusto, "Comentarios a la ley 24.467 de creación de sociedades de garantía recíproca", L.L., 1995-D-1183.

(9) Olivera García, citado por Marsili Maria Celia ob. Citada Nº 5.

sucedir que la transgresión a una norma legal imperativa no comprenda el orden público <sup>(10)</sup>.

Finalmente, una postura intermedia relativa al carácter de la vinculación de las normas imperativas y orden público, parten de la diferenciación entre orden público y el interés general <sup>(11)</sup>.

No es pacífica la doctrina societaria sobre el análisis de este tema y su minucioso tratamiento excedería las aspiraciones del presente trabajo, que puede profundizarse consultando la obra de María Celia Marsili <sup>(12)</sup>.

Esta tendencia de desregulación societaria, orientadas a la reducción del ámbito del derecho imperativo, y a aumentar, el protagonismo de la autonomía de la voluntad en las sociedades de capital tuvo su experiencia en el derecho comparado, a saber: en Italia con el Proyecto Mirone, antecedente directo de la ley N° 366 del 2001 y del sistema incorporado por el decreto legislativo N° 5 y 6 de enero de 2003 <sup>(13)</sup>, que modificaron el procedimiento societario y el régimen orgánico societario del Código Civil italiano respectivamente.

Asimismo, en este sentido en Italia se ha considerado la propuesta del diputado Veltroni y otros; los cuales prevén la sociedad por acciones simplificadas y recomiendan dentro de los principios generales para las sociedades de capital, “evitar injustificadas limitaciones a la autonomía de la voluntad y a la flexibilidad de la gestión social” <sup>(14)</sup>.

También en Francia con la “Sociedad por acciones simplificadas” sancionada en 1994 por ley 94-1, y actualizada por la ley del 12 de julio de 1999 cuya principal característica es la gran cantidad de autonomía que se deja a los fundadores para organizar el funcionamiento de la estructura de la sociedad <sup>(15)</sup>.

---

(10) Rangugni, Diego Emilio, “Nulidad absoluta de las resoluciones asamblearias”, LL. 1998-E-693.

(11) Duprat Diego, “Nuevamente sobre la impugnación de decisiones asamblearias” RSC, N° 9 Ad-Hoc Bs. As.

(12) Marsili, María Celia, ob. cit., N° 5.

(13) L.L., 2000-D-1276; L.L., 2001-A-883.

(14) El proyecto fue publicado en Revista Delle Societa, enero-febrero 2000.

(15) Salgado, María Beatriz, “La société par actions simplifiée, la estructura más flexible del derecho de sociedades francés”, Revista de Derecho Mercantil, N° 241, 2001.

En nuestro país sigue esta tendencia el Proyecto de Reformas a la ley 19.550 de 1992 elaborado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia por Res. M. J 465/1991 que dejaba un amplio campo de acción a la autonomía estatutaria.

*¿Cuáles son los límites de la autonomía que tienen los socios?*

En primer lugar hay que observar el art. 21 del Código Civil, por el cual se supedita la autonomía de la voluntad a las buenas costumbres.

Considero también que deben respetarse ciertos principios generales del derecho y en particular del derecho societario que tiendan a tutelar los derechos individuales de socios, de terceros y que establezcan pautas que resulten esenciales para el funcionamiento y organización de la sociedad.

Asimismo, deben respetarse elementos esenciales tipificantes del subtipo social sociedad anónima cerrada, de manera contraria dicha cláusula sería nula. Sería importante, aunque que excede los motivos de estas líneas proponer que la ley mediante una reforma establezca cuáles son los requisitos esenciales que hacen a cada tipo y subtipo de sociedad y no dejar librada su interpretación a la doctrina, de tal forma se evitarían conflictos y se lograría una mayor seguridad jurídica.

*Analizando el régimen normativo de la sociedad anónima cerrada considero que pueden dejarse librado a una mayor libertad estatutaria algunos supuestos, entre otros:*

a. Un régimen de organización interna flexible, dando primacía a la autonomía estatutaria, reconociendo la posibilidad en la asamblea de la eliminación del formalismo de convocarla citando a los accionistas mediante publicación de edictos, proponiendo la citación a los socios en forma personal y por cualquier medio fehaciente. En el régimen de deliberación y votación en asambleas y de directorio darle a los socios una posibilidad de adoptar decisiones por correspondencia: carta, telegrama, fax o mediante el empleo de soportes informáticos.

b. Fortalecimiento del derecho de información de los socios y del acceso a toda la documentación social en forma ágil y directa.

c. Convenir métodos equitativos y razonables para el socio recedente que contemple el valor real de la acción y calculando los valores en conexión con la realidad;



d. Posibilidad de excluir con justa causa a cualquier socio, en caso de mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

e. Resolución parcial del contrato social.

f. Admisión de la validez y la eficacia de los pactos entre accionistas siempre que no sean contrarios al interés de la sociedad y se respeten ciertos principios generales del derecho.

#### **IV. Consideraciones finales**

Como conclusión considero que debe replantearse el modelo de sociedad anónima que la ley establece, analizando si su funcionamiento se desarrolla de acuerdo a las necesidades negociales de los agentes económicos y con criterios de realidad, aspirando a una reforma legislativa que consagre el subtipo sociedad anónima cerrada, diferenciándola de la sociedad anónima abierta que se financia en el mercado de valores y que tiene una regulación específica con el decr. 677/01.

También me parece importante que la ley señale cuales son los requisitos tipificantes de cada tipo y subtipo social a los fines de lograr mayor seguridad jurídica.

Es importante dar más protagonismo a la autonomía de la voluntad a través de la configuración de los estatutos sociales regulando la actividad y funcionamiento de la sociedad con el fin de prevenir conflictos, pero respetando ciertos principios generales del derecho y del derecho societario en particular para proteger derechos de socios y de terceros.

#### **Bibliografía**

- ALEGRIA, Héctor, "Los llamados subtipos societarios en la Ley de Sociedades Comerciales. Algunos aspectos de su problemática".  
ARAYA, Miguel, "Hacia la sociedad comercial del siglo XXI", ponencia VIII Congreso de Derecho Societario, Rosario, 2001.  
BAKMAS, Iván, "Sociedades anónimas y orden público", L.L., 2001-F, Secc. Doctrina.  
- "Sociedades anónimas cerradas", L.L., 1997- B-1212.  
BIANCA, Mirzia, "La reforma italiana al régimen de sociedades comerciales", L.L., 2005-D-1174.

- COLOMBRES, Gervasio, "El orden público en el Código de Comercio", J.A., 1964-II-23.
- EMBID IRUJO, José Miguel, "Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital", RDCO, N° 32, 1999.
- ETCHEVERRY, Raúl, "Una visión para identificar y construir el derecho comercial y el asociativo del siglo XXI", L.L., 2002-B, Secc. Doctrina.
- EIZAGUIRRE, José María, "Diez postulados para otra reforma del derecho de sociedades", RDMercantil N° 252, 2004.
- FARGOSI, Horacio, "Sobre la reforma no inscripta del estatuto de sociedades anónimas", L.L., 2000-D-1276.
- "La incidencia de la empresa en la sociedad anónima", L.L., 2005-D.
- MARSILI, María Celia, *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- NISSEN, Ricardo, "El conflicto societario en la Argentina. Causas que lo originan y propuestas de prevención y solución," Rev. Sociedades y Concursos N° 11, 2001.
- PAULLUSSEAU, Jean, "La modernización del derecho de las sociedades comerciales", L.L., 1997-E-Secc. Doctrina.
- RANGUGNI, Diego Emilio, "Nulidad absoluta de las resoluciones asamblearias", L.L., 1998-E-693.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio, "Desregulación en el derecho de sociedades", RDM N° 226, 1997.
- SALGADO, María Beatri, "La société par actions simplifiée la estructura más flexible del derecho societario francés", Rev. Derecho Mercantil N° 241, 2001.
- VERON, Alberto, *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 2007.
- ZALDIVAR, R., *Cuadernos de derecho societario*, t. II, 2ª parte.