

TIPOS SOCIALES USUALES. PAUTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA

Ignacio A. Escuti (h)

LOS TIPOS SOCIALES Y LAS NECESIDADES EMPRESARIAS

La mayoría de la doctrina realiza una distinción entre sociedades personalistas y capitalistas⁽¹⁾, cuyos arquetipos clásicos fueron la sociedad colectiva, que surgiera como organización típicamente familiar compuesta por pocos socios que tenían a su cargo la gestión de los negocios sociales y la anónima, cuyo nacimiento, en la época del descubrimiento del nuevo mundo, estuvo signado por la necesidad de recolectar gran cantidad de capitales y repartir el riesgo empresarial en la mayor cantidad posible de personas, lo que impuso la limitación de la responsabilidad del accionista y su consideración como fungible⁽²⁾.

Posteriormente el marco se completó con un nuevo tipo social producto de una creación netamente doctrinaria: la sociedad de responsabilidad limitada⁽³⁾, que fuera concebida como modelo social intermedio: con ello, al menos en teoría y como fenómeno general, los requerimientos empresarios debieron quedar razonablemente encuadrados en las tres categorías societarias mencionadas.

Sin embargo, las expectativas no fueron satisfechas por distintos motivos, tal

(1) HALPERIN, I., "Curso de derecho comercial", ed. Depalma, p. 305; Colombres, G. R., ob. cit., p. 63, se manifiesta en contra de esta clasificación: "Debiendo el elemento ordenador pertenecer a un esquema jurídico, no constituyen materia de un libro de derechos aquellos criterios ajenos a la materia jurídica"; Garrigues, J., "Teoría general de las sociedades mercantiles", en "Revista de Derecho Mercantil", 1974 N° 131, expresa que el criterio mencionado corresponde a una perspectiva económica; Solá Cañizares Aztiria, "Sociedades de responsabilidad limitada", Tea, 1930, t. 1. p. 20, expresan: "A nuestro juicio, la controversia clásica de si una sociedad es de personas o de capitales no tiene hoy ni utilidad ni actualidad".

(2) Más allá de su indudable importancia histórica, prescindo de la sociedad en comandita en razón de su moderna utilización esporádica por razones "políticas".

(3) En efecto, no participan en general, pues depende de cada legislación en concreto, totalmente de los caracteres de las sociedades anónimas ni de las colectivas.

como quedó demostrado tiempo después cuando mediante una especie de deslizamiento hacia abajo se produjeron sucesivos desplazamientos: por un lado, se produjo la *deformación* de la función de la anónima, cuya utilización se fue expandiendo y se convirtió en algo también apto para las medianas y pequeñas empresas; por otra parte, se desvalorizó la sociedad colectiva, cuyo desuso permite afirmar su agonía y, finalmente, la S.R.L. ha quedado restringida a una función económica residual y alternativa, como mero instrumento jurídico alternativo para pequeñas y medianas empresas.

EL REGIMEN LEGAL VIGENTE

La ley de sociedades comerciales argentina -en adelante L.S.- en lo que a la anónima respecta fue concebida teniendo en cuenta la situación señalada y la concibió como un instrumento de una ductilidad tal que posibilitara encuadrar normativamente un amplio espectro de situaciones empresarias. En efecto, tal como ha sido señalado por FARGOSI ⁽⁴⁾ la actual ordenanza societaria, al permitir una amplísima variedad de estipulaciones estatutarias, puede cobijar desde una sociedad muy compleja con un ordenamiento completísimo hasta una sociedad familiar con un estatuto muy simple.

El régimen vigente establece ciertas diferencias entre las anónimas abiertas y cerradas (aunque en rigor se trata de sociedades sujetas a fiscalización estatal permanente o no), basados en criterios actualmente insuficientes, amén de que las pautas diferenciadoras no responden cabalmente a las necesidades del presente. En efecto, no bastan y en algunos casos carecen de sentido algunas de las distinciones que efectúa la LS, como son las emergentes de los artículos 188, 2º párrafo (aumento de capital sin reforma de estatuto), 224 (dividendos anticipados) 255 (número mínimo de directores) 284 párrafo 2º y 5º (prescindencia de la sindicatura y número de síndicos).

Es claro el sentir de la doctrina que reclama una revisión legislativa con el objeto de acentuar la distinción entre las anónimas abiertas y cerradas ⁽⁵⁾, y es evidente que el criterio diferenciador no puede seguir estando en el ya caduco pero

(4) FARGOSI, Horacio, "Reforma de la Ley de Sociedades", Jornadas de Homenaje a Isaac Halperin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad nacional de buenos Aires, 15 de Junio de 1989, en Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones, año 23, Enero-Junio 1990, N° 133/135, Ed. Depalma, Bs.As, pág. 429.

(5) NISSEN, R., VITOLO, D., "Sobre las necesidades de ajustar las normas correspondientes a las sociedades anónimas cerradas a la realidad", ponencia presentada en el Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs. As. Septiembre 1990.

vigente régimen de fiscalización estatal, cuya reforma de fondo -dicho sea de paso- debe efectivizarse sin retardo ⁽⁶⁾.

Esgrimiendo razones atendibles algunos pretenden que la actual *colectiva* disfrazada de anónima sea, valga la paradoja, una sociedad por acciones legal y estatutariamente *personalista* y que las anónimas abiertas sean entes *capitalistas* por excelencia.

LA REVISION LEGISLATIVA

Todo ello ha llevado a algunos a replantearse el problema de la regulación de la anónima. Sin embargo, el estado actual de cosas obliga a un análisis que debe ser mas amplio y debe contemplar integralmente la problemática de los tipos sociales mas usuales, esto es la referida a las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas.

Es imprescindible el análisis del tópico abarcando desde la sociedad de responsabilidad limitada como tipo social apto para la pequeña empresa hasta la sociedad anónima abierta propiamente dicha, esto es de aquella cuyas acciones se encuentran dispersas en muchas manos y cotizan en bolsa.

Aquí se plantea una pseudo-encrucijada entre la personalización de la anónima familiar y flexibilización de la S.R.L. Pero la solución prudente, al menos por el momento, es propiciar una reforma legislativa que contemple ambas cuestiones. Ello hasta tanto el tráfico demuestre por cual de las alternativas (personalización de la anónima familiar o flexibilización de la S.R.L.) se inclina o, llegado el caso, si así lo impone la realidad, se resuelva mantener ambas opciones como alternativas tipológicas permanentes.

Consecuentemente, al menos por el momento deberían existir tres subtipos legales de anónimas: la abierta o cotizante, la pequeña o familiar y la *gran anónima cerrada*.

LA REFORMA DE LA S.R.L.

El punto de partida de la reforma es el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, que es el sucedáneo *natural* de la anónima estrictamente familiar. Entendiendo por tal a la pequeña sociedad por acciones, compuesta por pocas personas

(6) Cfr. ODRIOZOLA, C., "Los diferentes modelos de sociedades anónimas y los derechos de los accionistas", ponencia presentada en el Congreso Argentino de Derecho Comercial, Bs. As. Septiembre 1990. La reforma debe pasar por normas diversas a las proyectadas en un reciente proyecto que tiene estado legislativo.

personas, frecuentemente por miembros de una única familia.

Se impone la revaluación legislativa de la S.R.L. atendiendo a las causas estrictamente normativas de su relativamente poco uso empresario, dejando por el momento de lado el problema impositivo, muchas veces de gran importancia en estas cuestiones.

Es imprescindible consagrar algunas reformas que en definitiva alejen al tipo social de la anónima y lo hagan más dúctil y flexible .

En ese sentido es necesario consagrar un amplio margen a la autonomía de la voluntad, permitiendo toda clase de estipulaciones, que vayan desde una gran *personalización* (voto por persona, transferencia total de cuotas, con oposición y derecho de preferencia, gerencia a cargo de todos los socios y decisiones por unanimidad) a la instauración de una *organización corporativa*, en tanto y en cuanto no ofendan la moral y buenas costumbres .

Es requisito *sine qua non* para la revalorización práctica del tipo social modificar el régimen de transferencia de cuotas sociales. La sociedad de responsabilidad limitada solamente será utilizado más intensamente por la pequeña y mediana empresa, cuando se haga desaparecer la necesidad de inscribir la transmisión de las cuotas sociales en el Registro Público de Comercio y baste su anotación en un libro social similar al de las acciones escriturales. Ello con prescindencia de la mayor o menor cantidad de restricciones sustanciales para la transferencia de las cuotas sociales.

Por una lado, la sociedad de responsabilidad limitada debe legislarse como una *colectiva* con socios que limitan su responsabilidad a los aportes, que no puedan realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad, salvo autorización expresa y que como principio general todos ellos tengan vocación por administrar la sociedad y cuyo manejo sea lo más informal posible.

Por otro lado, debe permitirse la consagración contractual mediante estipulaciones estatutaria de una S.R.L. con una organización netamente corporativa. Cuestión importante es la referida a evitar la remisión a normas de la anónima y en ese sentido debo citar las normas que hacen a las asambleas, especialmente en lo atinente a su impugnación y a la responsabilidad de los administradores. Para ello será menester adoptar un régimen simplificado de defensa de las minorías en el tipo social y evitar en lo posible la aplicación supletoria de las normas de las anónimas.

En cualquier caso el socio debería tener derecho de información sin restricciones, a cuyo fin debería acceder a la contabilidad y papeles sociales respaldatorios directamente o asistido por profesionales universitarios e independientemente de ello y dados determinados extremos debería otorgársele el derecho a designar una auditoría contable, a cargo de la sociedad.

LA REFORMA DE LA ANONIMA. INTRODUCCION

Las anónimas deberían diferenciarse en tres subtipos mediante el establecimiento de determinadas pautas dimensionales que, como tales, son discrecionales y pueden ser tildadas de arbitrarias: capital mínimo y máximo, número máximo de socios, la oferta pública de sus acciones dimensión empresaria, etc.

En lo que hace a las anónimas se impone una reforma de su "parte general" que abarque todos los subtipos.

Deben simplificarse al máximo los requisitos y trámites constitutivos, y limitarse cuantitativa y cualitativamente el control de las sociedades anónimas, desburocratizándolo al máximo.

Como regla general, en las anónimas cerradas debe desaparecer la obligatoriedad del sistema de notificación edictal y debe ser sustituido por uno basado en la notificación personal. En ese sentido sería conveniente que se estableciera un sistema de convocatoria a asambleas, mediante la citación fehaciente al último domicilio comunicado a la sociedad y lo propio debería ocurrir con la invitación a ejercer el derecho de suscripción preferente; salvo para las anónimas abiertas, esto es las que coticen en bolsa sus acciones.

Finalmente, diversas normas como las previstas por los artículos 68 y 224 (dividendos anticipados) y 188 (aumento de capital) deberían aplicarse también a las sociedades anónimas de familia.

LA PEQUEÑA ANONIMA

Es imprescindible consagrar mayor margen para la autonomía de la voluntad en lo atinente a las pequeñas anónimas.

Si el estatuto no previera expresamente la sindicatura, el socio debería tener un amplio derecho de información y dados determinados supuestos extremos debería otorgársele el derecho a designar una auditoría contable o efectuar un análisis de libros y documentos asistido por un profesional. En principio el costo debería ser soportado por el socio, salvo que de tales actuaciones surgieran la existencia de serias irregularidades, en cuyo caso debería ser oblado por la sociedad; ello sin perjuicio del derecho de repetición de ésta en contra de los responsables de las irregularidades.

Quizás debería viabilizarse una relativa estabilidad al administrador socio, al permitirse -mediante previsión estatutaria expresa- su permanencia en el cargo hasta tanto fuere removido. Ello sería coherente con la normal coincidencia entre los suministradores del capital social y los administradores del patrimonio colectivo.

Si las acciones fueren nominativas y transmisibles con acuerdo del directorio debería permitirse que los estatutos pudieran consagrar el derecho de los accionistas para adquirir las de quienes quisieran transmitir las suyas. En tal caso también debería posibilitarse que se pactare estatutariamente la posibilidad de la exclusión del socio ante justa causa. La modificación estatutaria que importare la salida del régimen convenido referido a los pactos personalizantes (de adquisición preferente, de exclusión, etc.), debería otorgar el receso del socio disconforme y afectado.

LAS SOCIEDADES ABIERTAS

En lo que hace a otra cara de la realidad, la de las sociedades abiertas, esto es de aquellos cuyo capital se encuentra disperso en el público en general, las soluciones son distintas.

Como ya lo he señalado debe simplificarse y limitarse cuantitativa y cualitativamente el control de funcionamiento de las sociedades abiertas, suprimiendo controles y desburocratizando al máximo los subsistentes.

Para su regulación se debe partir de la indiferencia de un porcentaje muy alto de accionistas, de su normal falta de participación en las asambleas y del sentido muchas veces meramente especulativo de su actuación. Ello lleva a discurrir sobre la eventual admisión legislativa de una clase de acciones sin derecho de voto, como ocurre actualmente en la legislación italiana.

Deberían restringirse las causales de receso en las abiertas, modificándose en tal sentido el artículo 245, excluyéndose el cambio fundamental de objeto, que no tiene mayor sentido en las grandes sociedades y otorgarse tal derecho solamente a quien votó en contra de la decisión otorgante del receso.

Quizás debería modificarse el artículo 251 de la ley y legitimar para impugnar las asambleas de las sociedades abiertas a los accionistas que tengan cierta antigüedad como tales y que demostraren la existencia de un interés legítimo y posiblemente debería exigirse un porcentaje mínimo de capital al impugnante (vgr. 5%) para que se pudiera llegar a dictar sentencia de invalidez.

Debería desaparecer el sistema del voto acumulativo para la elección de directores, el que debería ser otorgado para la elección de la sindicatura (que debería ser plural) y cuyos integrantes deberían surgir de listados de profesionales especialmente habilitados para tales fines, o del consejo de vigilancia.

Debería regularse la oferta pública de adquisición de acciones (OPA), imponiendo la necesidad de difundir una información amplia y general sobre sus condiciones, como forma de que todos los accionistas puedan valorar adecuadamente las ofertas de compra o de canje. Debe establecerse una razonable igualdad de trato entre los accionistas que quieran venderle al oferente. Finalmente debe regularse

la hipótesis de concurrencia de mas de una oferta pública de adquisición.

También sería fundamental que se regulara la cesión de los paquetes accionarios de control, y sería menester imponer también la obligación de publicitar la adquisición de acciones, cuando éstas alcancen determinados porcentajes del capital social aún cuando mediante ellos no se obtuviere el control.

Finalmente, debería preverse la situación del insider trading, para evitar la utilización abusiva de información confidencial por parte de toda persona que por sus funciones (no necesariamente directores) hubiere tenido conocimiento de datos confidenciales.

LAS GRANDES ANONIMAS CERRADAS

En lo que hace a las grandes anónimas cerradas esto es, titulares de grandes empresas, pero que no incursionaron en la oferta pública debería subsistir, en grandes rasgos la regulación actual, a la que habría que introducirle reformas meramente técnicas. Lo complicado en este caso sería el establecimiento de los parámetros para determinar la presencia de una gran empresa.