

## **AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD Y EL REGIMEN JURIDICO DE LA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA DE FAMILIA**

*María Jimena González y Matías A. Díaz Telli*

### **Ponencia**

Consideramos que ciertas normas de la LSC relativas a determinados actos como por ejemplo las formalidades para lograr la comunicación y publicidad de las asambleas societarias, tienen en mira principalmente a las sociedades abiertas. Sólo respecto a estas podemos decir que estas normas tienen carácter imperativo. Pero en las sociedades cerradas y de familia una interpretación tal, nos lleva a resultados irrazonables y, por tanto, atentaría contra la pertinente garantía constitucional (principio de razonabilidad, art. 28 CN); en consecuencia, respecto de las sociedades cerradas o de familia, dichas normas deben reputarse como de carácter meramente supletorio. No hay impedimento para que sean dejadas de lado por el estatuto, y de esta forma adecuarlas a las necesidades particulares de cada sociedad. Todo esto por el principio de la autonomía de la voluntad.

### **Fundamentación**

Las sociedades comerciales constituyen los instrumentos preferidos por los operadores económicos a la hora de organizar jurídicamente el marco institucional de su actividad.

*“Nuestra LSC fue redactada dentro de un contexto histórico caracterizado por la existencia de un Estado que intervenía en forma activa en la economía y con participación en el mercado a través de las empresas públicas en la producción de bienes y prestación de servicios. Las reglas de la economía globalizada y de la revolución digital, prevalentes hoy en el mundo; imponen, en consecuencia, una adecuación del régimen societario” (Araya, 2000).*

Tanto en la legislación como en la práctica la sociedad anónima es la que acapara mayor atención, al menos en países como el nuestro donde opera como sociedad principal en el tráfico mercantil; dado que a pesar de su escasa flexibilidad a la hora de permitir a sus socios configurar libremente su funcionamiento y representación, comporta una entidad jurídica polivalente adaptable a todo tipo de iniciativas empresariales con independencia de su dimensión.

En nuestra realidad empresarial actual, las sociedades anónimas cerradas son la gran mayoría (120.640 según informe de la IGJ, mayo 2006); con numerosas pequeñas y medianas empresas. Muy pocas sociedades anónimas están sujetas a la fiscalización estatal del art. 299 LSC (2.112 según mismo informe), y de estas, no más de cien cotizan sus acciones en el mercado de valores y... ¿a cuál de estas sociedades está orientada nuestra ley?

¿Qué beneficios buscamos con la publicación por edictos de la convocatoria a Asamblea con diez días de anticipación en una sociedad de dos socios, hermanos, familiares o amigos? ¿No bastaría con cualquier medio de comunicación fehaciente, menos engorroso, más seguro y rápido? (art. 237 LSC) ¿a quién se protege exigiendo, en un supuesto similar, la comunicación de asistencia a la asamblea con tres días de anticipación? (art. 238 LSC). Siguiendo en el supuesto de una sociedad de pocos socios y de trato frecuente ¿por qué no pueden estos dos mismos socios decidir el lugar donde se llevará a cabo la asamblea al momento de celebrarla? (art. 233 LSC) ¿o modificar el orden del día en la misma asamblea? (art. 246 LSC).

La reglamentación excesiva en la regulación de los tipos sociales tiene un efecto muchas veces negativo a la hora de actuar con celeridad en el mundo de los negocios en las sociedades cerradas, y especialmente de familia. Los fines de protección a las minorías o a terceros, se pierden en el camino, convirtiéndose en una traba o en un recurso de algunos para conseguir fines distintos a los buscados por el legislador.

Es en la capacidad de adaptarse a las cambiantes circunstancias que envuelven al derecho mercantil donde la bondad de una norma jurídica se manifiesta, demostrando su capacidad de acomodarse en cada caso concreto a las circunstancias específicas del negocio apuntado, así como a las relaciones existentes entre sus socios actuales y posibles herederos en el caso de las sociedades de familia.

Es casi unánime en nuestra doctrina, así como en la legislación comparada el reclamo por una mayor flexibilización de estos márgenes

impuestos por la ley para lograr de esta forma una más amplia expresión de la autonomía de la voluntad. Lo vemos claramente en las S.A.S., Sociedades Anónimas Simplificadas, de Francia (años 1994/1999) en la legislación alemana sobre “Pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de Sociedades por Acciones” (año 1994), o en el Proyecto Mirone, en Italia, incorporado casi en su totalidad por ley en el año 2003.

Es tanto en la configuración de los estatutos y pactos de socios, también llamados en las sociedades de familias: “Protocolo familiar de Accionistas”, donde la autonomía de la voluntad adquiere mayor relevancia; dando a los socios la posibilidad de determinar el marco dentro del cual realizarán su actividad; respetando los márgenes que la ley les impone; pero ajustando en la medida de lo posible el funcionamiento de la sociedad en cada detalle, para evitar futuros conflictos.

## **Orden público y normas imperativas**

Las normas de orden público *“son las que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado”* (Llambías, 2001).

Nos dice Rovira que *“la normativa societaria sólo en limitados aspectos puede encuadrar en la categoría de normas de orden público”* (Rovira, 2006). Responden a esta clase las que hacen al reconocimiento del carácter de sujeto de derecho de la sociedad comercial (ej. art. 2 LSC), y los requisitos propios de cada tipo societario (ej. art. 3 LSC) en cuanto de ellos se derivan los derechos y obligaciones de la persona colectiva que hacen a la seguridad jurídica.

Según el punto de vista de su carácter jurídico, las normas pueden ser clasificadas como imperativas: ordenan sin facultar una conducta diversa; prohibitivas: imponen una omisión; o permisivas.

Colombres subdivide las normas imperativas en dos grandes subgrupos, las que organizan la estructura societaria y las que se refieren a los derechos de los socios. Estas últimas si bien son inderogables; son renunciables sólo respecto a casos concretos y específicos.

A las normas permisivas las divide en tres subgrupos: las que regulan una conducta con facultad de apartarse de ella (supletorias);

las que interpretan una conducta (interpretativas) y las que autorizan una conducta, sin especificar su contenido. Estas son las que nos demarcan el ámbito de lo que sí se puede hacer. Nos dan un ámbito de libertad para reglar a través del estatuto, y otros instrumentos el funcionamiento y estructura que asumirá “nuestra sociedad” en el caso concreto.

Concluimos con Gagliardo que “Desde el momento en que el poder dispositivo reconoce como límite al orden público, será la creatividad de las partes el motor para generar pactos, estipulaciones y cláusulas que recepten sus inquietudes negociales dentro de los márgenes de lo posible y permitido” (Gagliardo, 2006).

## **Bibliografía y referencias bibliográficas**

- ARAYA, M., *Las transformaciones en el derecho societario*, 2000.
- COLOMBRES, G., *Curso de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1972.
- GAGLIARDO, M., “La autonomía privada y el régimen jurídico de sociedad anónima”, en *La Ley*, 1 septiembre de 2006.
- LLAMBIAS, J.J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2001
- ROVIRA, A., *Pacto de socios*, Astrea, Bs. As., 2006.