

CLAUSULAS LIMITATIVAS DE TRANSFERENCIA DE ACCIONES: EL MARCO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD NEGOCIAL EN EL ESTATUTO Y EN SU REFORMA.

Efraín Hugo Richard

PROPUESTA

Hemos anticipado en ponencia para el Tema I la falta de integración de las normas sobre la transferencia de cuotas de la S.R.L. sujetas a restricciones, con la de acciones nominativas no endosables con similares limitaciones.

Un punto que hace a la construcción aluvional del derecho societario es la imposición de la nominatividad obligatoria y, en congruencia con la posibilidad de imponer restricciones, la falta de determinación de la competencia para imponer esas restricciones. Concretamente nos referimos al polémico tema sobre si se trata de la adopción de medidas de organización o que hacen a derechos individuales de los accionistas. Ello conlleva a sostener posiciones encontradas sobre la incompetencia de la asamblea para introducir por vía de reformas esas restricciones.

Intentamos ponernos en un plano equidistante de las posiciones encontradas, sosteniendo la impugnabilidad de tales modificaciones cuando no respondieran a una razón organizativa.

FUNDAMENTOS.

Un tema polémico es el límite a la autonomía de la voluntad para pergeñar cláusulas limitativas de las participaciones societarias en las S.R.L. y en las S.A., que parece superado respecto al acuerdo constitutivo y, en cambio, opinable en supuestos de reforma del mismo por mayoría. Entendemos que tales cláusulas son válidas y pueden ser adoptadas por Asamblea General, sin perjuicio de su impugnabilidad cuando no fueren adoptadas por unanimidad.

Engarzamos la cuestión en corrientes generales que tienden a acotar el “orden público societario” y a perfilar un sistema de relaciones de organización, entendiendo que el rol de estos Congresos es ingresar en esas temáticas.

I - LIBERTAD EN LA CONFIGURACION DE CLAUSULAS LIMITATIVAS DE TRANSFERENCIA DE ACCIONES NOMINATIVAS NO ENDOSABLES.

La restricción de transferencia de participaciones sociales se enrola en la diferenciación substancial que se intenta, entre la sociedad por acciones y la sociedad por cuotas ¹, impidiéndolo en las primeras. Por aquellos que entienden que existe un derecho universal de la sociedad por acciones o anónima basada en la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales, estructura orgánica corporativa,

¹ Vide ROJO, Angel La Sociedad Anónima como problema en Revista de Derecho Mercantil, Madrid.

división del capital social por acciones esencialmente transmisibles². No obstante ello se advierte que dentro de la misma sociedad por acciones “dos son y no uno los modelos básicos de la sociedad anónima en el panorama de la legislación comparada”. La evolución es intensa y profunda, y puede verse en los Anteproyectos de reformas, particularmente en el de la Ley de Sociedades a través de las Notas Explicativas y de las normas en torno a la “sociedad anónima simplificada”³. La cuestión se encuentra zanjada en las leyes argentina y uruguaya, que admiten cláusulas limitativas respecto a acciones nominativas o escriturales (art. 344 LSU y art. 214 LSA).

Antes sólo se advertía como usuales las cláusulas determinadas en contratos de sindicatos de bloqueo respecto a acciones. Hoy se mantienen respecto a acciones al portador, que expresamente se depositan para evitar perjuicios a terceros que no conocieran la cláusula, o para evitar el incumplimiento de lo comprometido frente a terceros de buena fe. Como decíamos, actualmente no se pone en tela de juicio la existencia de cláusulas semejantes en un contrato de sindicación de acciones, incluso al portador, vinculadas a la sociedad por acciones.

Es que la sociedad por acciones viene en cumplir un rol polivalente, incluso de sustitución de otros tipos sociales⁴.

El punto parece perfilarse entonces, más que en un problema de atipicidad, en un problema de validez de la cláusula, de oponibilidad real, particularmente por su incorporación no en un pacto parasocietario de sindicación, sino por la previsión estatutaria y su indicación en los títulos representativos de la participación.

Las cláusulas de limitación de transmisibilidad de acciones, como otras que hacen a la configuración particular del funcionalismo de una sociedad anónima o por acciones, es muchas veces cuestionado por el órgano de contralor, limitando la autonomía de la voluntad para configurar el estatuto social.

En la actitud del órgano de contralor, como en la reacción de la doctrina a la flexibilización de los controles de legalidad, nunca sanatorios, se advierte una concepción publicística de la sociedad, particularmente de la anónima y del sentido antiguo de la personalidad jurídica, que implica -merced al “octroi real”- no sólo la concesión de una división patrimonial sino también la limitación de responsabilidad, a través de la fungibilidad de los accionistas, lograda a través del instrumento técnico de la acción.

Es la continuidad de la concepción institucionalista clásica de la sociedad, que caracterizó a todo el período posterior a la ley francesa de 1867, en una justificación de la intervención permanente del Estado en la vida de la sociedad con un desarrollo constante del peso de la reglamentación que tiende a la publicización del derecho de las sociedades motivado por el deseo de vigilar el actuar de las sociedades en la vida económica⁵.

² Cfme. Antonio Polo Diez “La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital” p.755 y ss., en especial p. 764, también citando a Angel Rojo (“La sociedad anónima como problema”) en Estudios en Homenaje a Jos, Girón Tena “Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea” Ed. Civitas, Madrid 1991.

³ Puede verse esos textos en la publicación del Anteproyecto de reformas a la ley de sociedades propuesto por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Nación, Ed. Astrea, o en nto. libro “Negocios de participación, asociaciones y sociedades. La sociedad anónima simplificada” Ed. Abeledo Perrot, Bs.Aires noviembre 1993.

⁴ Cfme. Antonio Polo Diez “La concurrencia ...” cit.

⁵ Cfme. Jean Pierre Guyenot “Contribución al Estudio del Derecho Comercial Comparado”, Ed. EJEAs Bs. As. 1971 p.g.54.

Se corresponde a las ambigüedades que aún se mantienen en la legislación societaria, cuyas reformas fragmentarias han ido virando tímidamente el original criterio de tipicidad de segundo grado cerrada y las sanciones a la irregularidad ⁶.

Es que en nuestro país, pese a declamarse conceptualmente la coherencia de la estructura de la sociedad por acciones para organizar a la gran empresa, la sociedad anónima cerrada brinda un marco a la polivancia competitiva con la estructura de la sociedad de responsabilidad limitada, y lo que no es cuestionado para una S.R.L. muchas veces si lo es para la S.A..

Se ha cuestionado cláusulas que limitan la transferencia de acciones mortis causa, bajo la pretensión de que existen otros tipos sociales que autorizarían tales estipulaciones ⁷.

Descartamos que se funde la oposición en ser cláusulas violatorias al orden público sucesorio por cuanto esto es permitido en otros tipos sociales. Sería eventualmente un problema de “atipicidad”, pues permitido para otros tipos sociales no viola el orden público sucesorio y atipificante en la sociedad por acciones o en relación a acciones.

Se trata en realidad de un derecho de opción ⁸ otorgado a los accionistas originales, para adquirir coactivamente, a su sola decisión, las acciones del accionista premuerto.

Es, en realidad, una vieja previsión del Código Civil. Recordemos que son válidas conforme al C.Civil las siguientes cláusulas o estipulaciones: art. 1654 C.C.: “inc. 3º que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándole una cantidad determinada. Empero la aplicación de esta estipulación, no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos. Además ser invocable en cualquier caso el derecho que acuerda el art. 1198 respecto de las circunstancias imprevistas sobrevinientes”.

Claro que la norma se refiere a la sociedad civil. Realmente: “es contraria al tipo sociedad anónima, o a la naturaleza del título acción ?

Advertida la licitud genérica de una cláusula semejante, el art. 214 LS autoriza genéricamente la existencia de cláusulas de limitación en relación a acciones no incorporadas a título o incorporadas a títulos que no sean transferibles por endoso.

De ello resulta que una cláusula semejante no afecta ni la tipicidad ⁹ ni la naturaleza del título, sino que se autoriza a hacerlo en títulos cuya transferibilidad no pueda luego afectar derechos de terceros adquirentes de buena fe.

Por ello nos pronunciamos por la validez de esa estipulación al no existir norma impositiva alguna. Además la cláusula es también congruente con la disposición de la ley de sociedades en su art. 13º que dispone en similar sentido, pero con

⁶ Cfme. nto. “Negocios de participación, asociaciones y sociedades” Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. nov. 1993.

⁷ Cfme. nto. “La limitación de transmisibilidad “mortis causa” de acciones nominativas (en torno a interesante pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial)” en Revista Jurídica “El derecho” diario del 26 de mayo de 1994, págs. 1 a 7.

⁸ Preferencia supone la primacía o ventaja que una persona tiene sobre otra, en el caso en el merecimiento de excluir como socio a otro. Opción, en cambio, es la libertad o facultad de elegir, e implica una convención en que, bajo condiciones -en el caso la muerte del socio-, se deja al arbitrio de una u otra de las partes ejercitar un derecho o adquirir una cosa.

⁹ Cfme. PAVONE LA ROSA, Antonio Brevi osservazioni in tema di limite statutari alla circolazione delle

formulación negativa: “Son nulas las estipulaciones siguientes: 4º “Que la totalidad de las ganancias y aun de las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes”. Por ello permite que pertenezcan al socio sobreviviente mediando justa compensación, sin duda en favor de los herederos, congruente con los principios generales previstos en los arts. 1195 y 1198 C.C..

II - LAS CONDICIONES DE LICITUD DE LA CLAUSULA: LA FORMA DE ADOPTARLA. LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Pero, ¿cual es la naturaleza de la limitación estatutaria?

Es una cláusula del contrato constitutivo de la sociedad, conforme al que los socios han querido someterse directamente, y al que se vinculan por adhesión los adquirentes posteriores de participaciones societarias, en el caso de acciones. Justamente nuestra ley ha exigido, para esa oponibilidad, que las restricciones consten en los propios títulos para evitar toda afectación a la buena fe del adquirente. No sólo existir un conocimiento presunto por el Estatuto registrado y elemento causal relevante ¹⁰, sino expreso en el título.

Se trata de la llamada actividad normativa de los socios ¹¹, en los términos de nuestro tradicional art. 1197 C.C., que no sufre alteración frente a los contratos asociativos o plurilaterales funcionales ¹², cláusulas que exceden las necesidades de organización del nuevo ente societario, pero que no lo desnaturalizan ni atipifican: solamente pueden llamar la atención de la doctrina en cuanto a la posibilidad de ser impuestas o agravadas a través de una decisión colegial. Este es un punto de interés para la doctrina.

Pero si se integraran las normas de SA con las de SRL, como normalmente ocurre en el supuesto contrario, es necesario que “para la validez de estas cláusula el contrato debe establecer los procedimientos a que se sujeta el otorgamiento de la conformidad o el ejercicio de la opción de compra, pero el plazo para notificar la decisión al socio que se propone ceder no podrá exceder de 30 días desde que éste comunicó a la gerencia el nombre del interesado y el precio. A su vencimiento se tendrá por acordada la conformidad y por no ejercitada la preferencia”.

Decíamos que es un punto de interés de la doctrina determinar si este tipo de cláusulas puede ser dispuesta o agravada a través de una resolución colegial.

El tema no ofrece dificultades cuando es adoptada en el contrato constitutivo, pues el mismo tiene naturaleza contractual. Recién a través del sujeto que se genera y de su organización, se reconoce la posibilidad de adoptar resoluciones por decisión mayoritaria en cuanto se adopte el sistema colegial previsto por la ley.

Pero si bien esta cláusula es aceptable se incorpore en el estatuto constitutivo, puede adoptarse por vía de modificación del Estatuto, no prevista expresamente?

Esa pregunta ha sido motivo de consideración por la jurisprudencia italiana, ya

azioni en “Rivista delle societ...” año 42 1997 fasc. 4§ Doctrina p. 633 y ss., especialmente p g. 636.
¹⁰ Cfme. nto. “Derechos patrimoniales de los accionistas - La acción dentro de la teoría de los títulos valores” Ed. Lerner.

¹¹ Cfme. Manuel Aragón Reyes, Rafael García Villaverde y Juan Alfonso Santamaria Pastor “El régimen Jurídico de Las Cajas de Ahorros”, Madrid, 1991, p. 155.

no en caso de cuestionamiento a su legalidad por el registrador, sino en una impugnación a la decisión asamblearia.

El art. 2355 del Código Civil Italiano, en su parte pertinente dispone “L’atto costitutivo può sottoporre a particolari condizioni l’alienazione delle azioni nominative”, en forma similar a nto. art. 214 L.S.

La jurisprudencia italiana ha entendido que “La delibera dell’assemblea di una societ... per azione, la quale imponga nuove limitazione alla circolazione delle azioni medesimo in aggiuna a quelle contemplate dall’atto costitutivo (nella especie, estendendo anche al trasferimento mortis causa la necessit... del gradimento degli amministratori, gi... prevista per i trasferimenti inter vivos), incide non sulla vita e sulla gestione della societ..., ma sulla posizione personale dei soci e sulla disciplina dei loro rapporti con la societ... e, quindi, traducendosi in un negozio modificativo del patto con cui la societ... e stata costituita, affetta da nullit , ove non adottata con il consenso di tutti y soci, secondo i principi generali che resiedono alla formazione ed alla modificacazione di contratti. No consegue che l’interese a far valere detta nullit... va riconosciuto a ciascun socio, sia esso persona fisica o persona giuridica, e che la relativa azione pu• essere poposta in ogni tempo (Cass. Sez. I, 14 nennaio 1977, n. 171, “Diritto fallimentare” 1977, II, 210. In tan senso cfr. Cass. Sez. I, 8 gennaio 1970, n. 52, in “Giuztizi vivile” 1970, I, 7 con nota favorable de Giannattasio “Necessit... del consenso unanime dei socio per l’introduzione della clausola statutaria di gradimento”.

Entraña la cuestión que ese pacto incorporado con posterioridad al contrato constitutivo no puede ser alterado por decisión colegial, imponiendo la decisión unánime¹³. Se trata esto de una limitación a la autonomía de la voluntad? No lo creemos, sin perjuicio que pudiera expresamente disponerse por pacto unánime que la cuestión ser resuelta en el futuro por determinada mayoría en acto colegial. Las mayorías agravadas para tutelar derechos de minorías son una constante en las sociedades anónimas cerradas.

La verdad es que, el pacto que nos ocupa, no hace a la organización societaria sino a las relaciones entre los socios, y éstos no podrían imponer una decisión por mayoría alterando los derechos individuales de los consocios más allá de lo previsto. Se trata de derechos individuales inderogables de los accionistas, que no hacen a la tipicidad u orden público ni a la organización de la sociedad, sino a su derecho de propiedad.

Este es el límite de actuación: la autonomía de la voluntad, contractualmente operando, puede alterar el pacto constitutivo modificando los derechos individuales, pues la tipicidad no aparece comprometida. Bajo esta óptica la decisión debería ser unánime, pues las previsiones colegiales se corresponden a la administración societaria, manteniéndose en el patrimonio de los accionistas una serie de derechos, que pueden negociarse pero por vía de un acuerdo, de naturaleza contractual al afectar derechos que integran el patrimonio de cada accionista, por lo que a dicha regla debe tenérsela como norma estatutaria y acuerdo de pacto parasocial. La autonomía de la voluntad se potencia desde esta óptica¹⁴.

¹² Cfme. nto. “Organización asociativa” Ed. Zavalía, en prensa.

¹³ Ver sobre esto punto nuestra ponencia sobre “Asambleas un nimeas” en el anterior VI Congreso.

¹⁴ En tal sentido A. Gambino Le clausole di gradimento dopo la legge 4 giugno 1985 nº 281 en Giurisprudenza Commerciale 1986 - I - p. 7 y ss., especialmente p g. 8 y 9, qui, n considera justificada la orientación

Se sostiene que no puede suponerse delegada la alteración de los derechos individuales de los accionistas, sin perjuicio de lo cual podría ser expresamente delegada aquella que puede alterar sus derechos patrimoniales, en cuanto la misma sea específicamente determinada.

En el moderno obrar de los agentes económicos la organización asociativa tomo nuevos cauces y, particularmente en las sociedades de capitales, el contrato de sociedad tiene un carácter netamente organizativo, que no pretende producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento ¹⁵. Tener presente esta circunstancia impone esa diferenciación entre cláusulas de organización, disponibles por resolución colegial, de cláusulas atinentes a los derechos de los socios, insertables por decisión unánime de éstos no delegada a los órganos sociales, aunque aparezcan adoptados por éstos (asamblea unánime o asamblea no impugnada).

Se cuestiona tal posición, entendiendo que no existe tal límite a deliberar para la asamblea de accionistas, por cuanto tal tipo de regulaciones se corresponde a la organización societaria, en resolución válidamente adoptada en convocatoria a asamblea general extraordinaria ¹⁶, pues no puede suponerse que tal tipo de restricciones o de opciones no corresponda a una necesidad organizativa para el cumplimiento del objeto social, y negar a la mayoría tomar tal decisión, sin perjuicio de la potestad del ausente o disconforme de cuestionar judicialmente tal decisión.

No debe, ab initio, considerarse que tales resoluciones no son de competencia de la asamblea, para sostener la nulidad inicial de cualquier resolución -como sostiene cierta doctrina y jurisprudencia italiana-, sino que ello debe resultar del cuestionamiento de esa facultad, ejercitado por la vía impugnativa judicial correspondiente por parte del accionista que se sienta afectado, permitiendo el control jurisdiccional sobre la legitimidad de la decisión adoptada. En la actualidad tiende a liberarse cada vez más las facultades de organización del órgano de gobierno de la sociedad, sin perjuicio de aceptar el cuestionamiento cuando se afectare derechos individuales ¹⁷. Una cláusula vejatoria sería aquella que en forma preventiva y permanente excluyera a uno o más socios del derecho de opción o de adquisición preferente.

No creemos que la Asamblea General extraordinaria pueda adoptar una decisión discrecional, sino que debe corresponder a una necesidad de organización (interés social).

jurisprudencial que hemos transcripto, requiriendo la unanimidad de consenso para la aprobación de la reforma estatutaria incorporando una cláusula de preferencia, y ANGELICE, C. La circolazione delle partecipazioni azionaria in "Trattato delle societ... per azioni" dirigido por G.E. Colombo y G.B. Portale, t. II, Turín 1991 p. 183 y ss., especialmente p. 194 y ss., especialmente p. 203.

¹⁵ Cfme. Fernando Sánchez Calero "Instituciones de Derecho Mercantil" 15a. ed. Madrid 1991, p. g. 155 y ss. "por regla general, se reconoce por el Derecho positivo personalidad jurídica (v. art. 116, 2º; Res. D.G.R. N. de 21 de junio de 1990, R 5.366)"... ha puesto de manifiesto que, bajo el concepto de sociedad, se albergan normativas muy distintas, pues mientras que en las sociedades personalistas el contrato de sociedad despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre los socios, de modo que la propia sociedad se asienta sobre un entramado de obligaciones obligatorias entre dos o más socios, en las sociedades de capitales, el contrato de sociedad tiene un carácter netamente organizativo, que no pretende producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento...".

¹⁶ En tal sentido Pavone La Rosa ob. cit. p. g. 647.

¹⁷ PAVONE LA ROSA, Antonio Brevi osservazioni in tema di limite statutari alla circolazione delle azioni en "Rivista delle societ..." año 42 1997 fasc. 4º Doctrina p. 633 y ss.

IV. CONCLUSION.

Así dejamos expuestas estas facetas, que hacen a aspectos generales y situaciones especiales de aplicabilidad del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho societario, para generar un debate en este Congreso. Se advertir que hemos omitido toda referencia a la sociedad anónima simplificada, máximo exponente de la corriente doctrinaria que venimos desarrollando.