

NECESIDAD DE REGULAR LA SOCIEDAD ANONIMA CERRADA O DE FAMILIA

Patricio M. Prono

Sumario

1. La sociedad anónima cerrada se caracteriza por su escaso número de accionistas, y las pocas posibilidades de variar el elenco de los mismos, sea aumentando o disminuyéndolo. Esta particular estructura trae aparejadas ciertas anomalías, tanto en el funcionamiento de los órganos societarios, como en el ejercicio disfuncional de los derechos de los socios.

2. Para una futura reforma debe preverse una estructura diferenciada para la sociedad anónima cerrada o “de familia”, respecto de la sociedad anónima abierta; otorgándole mayor autonomía de la voluntad a los socios fundadores en el primer caso para delinear los estatutos.

3. A fin de prevenir y solucionar situaciones conflictivas, es conveniente regular el derecho de retiro de los accionistas minoritarios en la sociedad cerrada, el cual debería operar ante situaciones objetivas, contemplando asimismo el derecho de preferencia y de acrecer de los demás accionistas, la forma de valuación de la acción y el plazo para el reembolso del valor.

1. Caracteres de la sociedad anónima cerrada

La sociedad anónima, como tipo societario previsto en la LSC, ha demostrado ser flexible en cuanto a estructura posible de múltiples emprendimientos empresarios. Así, debemos dejar de lado la clásica premisa que relaciona a la sociedad anónima, únicamente, a la gran empresa. Los datos de la realidad son irrefutables: este ropaje jurídico es utilizado, también, para medianos y pequeños emprendimientos. Pero adelantando ya alguna opinión, entiendo que no es la

envergadura del negocio que lleve adelante la sociedad, ni la cuantía de su capital o patrimonio, el dato que marque la división entre la “gran sociedad” y la “pequeña sociedad”.

Es propósito de este trabajo, caracterizar a la sociedad anónima cerrada o “de familia”, resaltar sus perfiles más sobresalientes, describir los problemas que la misma plantea para luego intentar alguna solución superadora.

Coincido con la opinión que señala como característica definitoria de la sociedad cerrada su propia estructura societaria, su escaso número de accionistas y las dificultades para el ingreso y salida de los mismos⁽¹⁾. Esta particular estructura, condiciona en muchos casos la vida de la sociedad. Sin pretender abarcar todos y cada uno de los problemas que se observan en este tipo de sociedades, paso a mencionar algunos:

1.a. Funcionamiento de los órganos societarios: aquí observamos que los órganos societarios tienen un funcionamiento anómalo, al menos respecto del tratamiento que pretende darle la propia ley de sociedades.

La asamblea, generalmente prescinde de las formalidades de publicidad de la convocatoria, recurriendo a la posibilidad de celebrar las denominadas “asambleas unánimes” (art 237 LSC); la excepción se convierte en regla. Con ello se desvirtúa el acto deliberativo donde deben adoptarse las grandes decisiones de la sociedad, convirtiéndolo en una mera formalidad para dar cierto marco legal a lo que ya está decidido de antemano por el directorio. Es frecuente prescindir de otras formalidades como la presencia del síndico en el acto asambleario. Cuando existe alguna minoría disidente, por un lado obliga a observar los requisitos formales de convocatoria, pero por otro, se desinteresa de participar en el acto deliberativo debido a la intrascendencia de su voto o al “desgaste” que producen los accionistas mayoritarios sobre

(1) Bakmas, Iván, “Sociedades anónimas cerradas”, L.L. 1997-B, p. 1216: *“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”.*

su posición, quedando a la espera de algún error u omisión que dé lugar a una acción de impugnación.

El directorio, por su parte, generalmente está integrado por los mismos accionistas. Esta posibilidad, si bien es admitida por la LSC (art. 256), no se condice del todo con el espíritu de la propia ley. Nótese que los integrantes del directorio son, a su vez, los mismos socios que suscribirán el acta de asamblea unánime; en ese caso ¿existen realmente dos órganos diferentes? Los problemas surgirán evidentes: los directores socios no podrán votar la aprobación de su gestión (arts. 72 y 241), impidiendo la formación de mayorías suficientes a tal efecto. Tampoco pueden votar cuestiones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa, lo cual significa derogar de hecho estos dos institutos. Ello, sin tener en cuenta la probable aplicación de los artículos 248 y 272 de la LSC respecto del hipotético interés en contrario. También se afecta el régimen de remuneraciones, muchas veces utilizado en reemplazo del derecho al dividendo. Cuando existen minorías, las mismas suelen no integrar el órgano de administración, excluyéndolas de toda participación en las decisiones y en los beneficios patrimoniales.

El órgano de vigilancia tampoco está exento de ciertas anomalías. Es que la sindicatura, cuando está prevista estatutariamente, suele estar integrada por el contador externo de la sociedad, es decir quien elabora y certifica los estados contables por encargo del directorio, o bien por el abogado de la sociedad. Si bien estas posibilidades son lícitas, y para el caso de los contadores han sido expresamente admitidas por las Reglas Técnicas que regulan su profesión (Resoluciones Técnicas Nro 7/85 y 15/98 F.A.C.P.C.E.), tampoco se condicen del todo con la independencia de criterio y la neutralidad que pretende la ley del citado órgano⁽²⁾. ¿Que grado de independencia tiene el abogado o el contador contratado por el directorio dominado por la mayoría, ante

(2) Si bien la doctrina está dividida, destacamos en esta posición a Nissen, Ricardo A. "Incompatibilidad entre las funciones de síndico societario y contador certificante de los balances", L.L. 1996-A, p. 501.; sostiene que existe "*una incompatibilidad manifiesta en el profesional contable que ejerce la sindicatura y en el desempeño de tal cargo informa a los accionistas sobre la situación económica y financiera de la sociedad dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultado y a su vez suscribe los estados contables como contador certificante o auditor*".

una denuncia o pedido de información de los minoritarios? Evidentemente, la función de vigilancia se ve distorsionada en estos casos, en que el profesional seleccionado para cubrir ambas funciones, responde al directorio y, en consecuencia, a los accionistas mayoritarios.

1.b. Derechos de los accionistas: También los derechos que implica la posición de accionista de una sociedad anónima se ven de cierto modo alterados en la sociedad cerrada.

En cuanto a los derechos patrimoniales, el derecho al dividendo es reemplazado por la remuneración que le corresponde al accionista en carácter de director, o empleado de la sociedad. También se utiliza en forma desmedida la constitución de reservas libres, con el fin de evitar el pago de dividendos.

Desde el punto de vista de los derechos políticos, ya se mencionaron algunas situaciones problemáticas que se producen en el seno de la asamblea. Ahora bien, lo que se viene exponiendo sucede en los casos en que no existe conflicto interno alguno. Pero cuando ellos afloran, la situación patológica se agudiza.

Si bien la existencia de una minoría disidente activa el normal funcionamiento del acto asambleario, debido a la imposibilidad de recurrir a la asamblea unánime, por otro lado estas minorías generalmente son irrelevantes y su disenso es de escasa o nula importancia. Muchas veces no llegan a aglutinar los mínimos porcentajes exigidos por la ley a fin de legitimarlos para ejercer ciertos derechos (convocar asambleas, pedir información o formular denuncias al síndico, oponerse a la extinción de responsabilidad de los directores, etc.) y otras veces, cuando pueden ejercer los mencionados derechos, la desproporción es tal que se presta a abusos por parte de la mayoría.

Ello hace que los minoritarios recurran a otros remedios: básicamente a impugnar decisiones asamblearias (art. 251 LSC) o solicitar la intervención judicial de la sociedad (art. 113 LSC). Ahora bien, estos derechos no siempre son ejercidos con el fin previsto en la ley, sino para ejercer presión y forzar una salida de la sociedad sin que ello afecte el valor de sus participaciones; estamos pues ante situaciones que pueden derivar en abusos por parte de la minoría⁽³⁾.

(3) Racciatti, Hernán, "Abuso de derecho por las minorías en el marco societario", RDCO 1991-A, p. 231: "El abuso de las minorías se centra,

Por su parte, el derecho de receso, previsto en la ley de sociedades como posible salida del accionista disconforme con una resolución legalmente válida que modifique las bases fundamentales de la sociedad, no se presenta como solución equitativa en muchos casos. En primer lugar por el escaso elenco de situaciones que dan lugar al mismo. En segundo lugar por el alejamiento del valor real de la acción respecto del balance de ejercicio tomado como referencia para determinar la suma del reembolso. Ello obligaría al accionista recedente a un largo y costoso proceso judicial para determinar el real valor de la acción.

Vemos cómo la existencia de un elenco de accionistas dividido en mayoría y minoría puede alterar el normal funcionamiento de la sociedad. Ello, sumado a la imposibilidad de retiro de los minoritarios, puede impulsar a estos a ejercer disfuncionalmente ciertos derechos que implican al estancamiento de la sociedad, y con ello la afectación de la empresa. De este modo, la sociedad anónima cerrada plantea ciertos problemas que, por su misma estructura son solucionables, solamente, a un alto costo.

2. Posibles soluciones

Los problemas planteados llevan a repensar los basamentos legales de la sociedad anónima cerrada. Así como el decreto 677/2001 brindó un marco regulatorio específico para las sociedades anónimas que hacen oferta pública, es necesario hacer otro tanto con las sociedades anónimas cerradas. Siempre partiendo de los datos de la realidad que indican la existencia de tales sociedades y de las anomalías que implica su utilización con la legislación actual.

Entiendo que la propuesta debe apuntar a mantener las normas vigentes como marco residual, y crear un sub tipo destinado a regular las sociedades cerradas. Este sub tipo debería basarse,

fundamentalmente, en el ejercicio de los derechos otorgados sin atender a su función objetiva, sino persiguiendo un fin particular y extrasocietario, es decir sin consideración del interés social ni del principio que impone actuar de buena fe y con lealtad en el seno de la sociedad, y que se traduce, en general, en una actitud obstruccionista respecto del funcionamiento regular de la sociedad”.

fundamentalmente, en una mayor amplitud de la autonomía de la voluntad de los accionistas al constituir y regular el funcionamiento de la sociedad ⁽⁴⁾, lo cual no se contradice con el espíritu actual de la ley. La flexibilidad propuesta, debería incluir menores formalidades en la constitución y funcionamiento de los órganos sociales.

Esta mayor presencia de la autonomía de la voluntad, se condice con otra característica de la sociedad cerrada, cual es el mayor compromiso de los socios, sobre todo si son fundadores, con la vida de la sociedad ⁽⁵⁾.

De este modo, el órgano de gobierno no debería limitarse a la forma y a las solemnidades que impone el acto asambleario. Los accionistas deberían tener la posibilidad de prever estatutariamente la posibilidad de adoptar resoluciones sociales de otra manera, tales como las consultas simultáneas. Aun para el supuesto de utilización de la asamblea, debería permitirse a los socios recurrir a un

(4) Odriozola, Carlos S, "La sociedad anónima actual", ED 206, pg. 888: "La tendencia actual se dirige al rechazo del predominio del derecho imperativo y a dar mayor libertad a los socios para configurar su particular régimen operativo, con mayor amplitud en la pequeña y mediana empresa y menor en la gran empresa cotizada". En sentido similar, Gagliardo, Mariano, "La autonomía privada y el régimen jurídico de la sociedad anónima", L.L. 2006-E, p 1022: "*Un análisis de los preceptos jurídicos que conforman el tipo legal de la sociedad anónima nos permite concluir en que la autonomía de la voluntad ocupa un lugar de preeminencia. La estructura societaria considerada, denota la coexistencia de una imperatividad de mínimos con una flexibilidad que los particulares pueden utilizar acorde a sus intereses y necesidades*". Asimismo, Daigre Jean Jacques, Le Blanc, Hervé y Gerry, Dominique, "La sociedad por acciones simplificada", RDCO 1996, pg. 53.

(5) Bakmas, Iván, op. cit., p. 1224, destaca que la mayor presencia de normas imperativas en las sociedades abiertas, respecto de las sociedades cerradas, radica en la necesidad de proteger a los inversores que se encuentran en una situación similar a la de un acreedor: "... el no tiene participación activa en la marcha de la sociedad ni trata con los demás accionistas, no sigue la evolución de la sociedad sino la evolución de la cotización de su acción en la bolsa, la acción en sus manos se convierte en una mercancía o valor negociable. No conoce los estatutos... En la sociedad cerrada los socios tienen una participación más activa en la marcha de la sociedad y existen tratos directos entre ellos. Al constituir la sociedad o al ingresar en ella los socios discuten y negocian las cláusulas que regirán sus relaciones... tienen pues necesidad y derecho a la plena vigencia de la autonomía de la voluntad".

mecanismo simplificado de convocatoria. Asimismo, se debería permitir agravar estatutariamente el quórum para las asambleas ordinarias.

En cuanto al órgano de administración, deberían limitarse sus atribuciones, estableciendo un elenco de decisiones que necesiten el aval previo del órgano de gobierno. Si bien este tipo de medidas conllevan el peligro de estancar la actividad de la sociedad, considero que forzará situaciones de necesario consenso entre los mayoritarios y minoritarios. También debería darse un tratamiento especial a la remuneración de los directores, siempre paralelo al mayor o menor éxito de la gestión, pero con la posibilidad de considerarlo en períodos de tiempo inferiores (trimestrales o cuatrimestrales). En este punto sería importante repensar la posibilidad de regular la impugnación de los actos del directorio, y de este modo darle un marco de seguridad jurídica a la cuestión.

Evidentemente, el esquema de los artículos 256, 241 y 72 de la LSC, está pensado para una sociedad anónima con una estructura societaria abierta: muchos accionistas, directorio integrado en parte por accionistas y en parte por directores independientes, órgano de control, y que tal circunstancia permita aprobar la gestión del directorio y juzgar su posible remoción o responsabilidad.

Respecto de la función de vigilancia, se debería considerar la posibilidad de que los accionistas prescindan de la sindicatura como órgano obligatorio, otorgando mayor importancia al derecho de información de los socios y obligando a la contratación de una auditoría externa anual obligatoria, con la posibilidad de los minoritarios de consultar o pedir información a dicha auditoría.

Paralelo a ello, y considerando las particularidades expuestas, los derechos de las minorías deberían ser objeto de una cuidadosa regulación, teniendo como objetivo principal el resguardo del interés social. De igual forma, y teniendo en cuenta lo dicho respecto de la remuneración del directorio, también debería simplificarse el sistema para distribuir dividendos, sin que ello afecte la solvencia de la sociedad ni los intereses de acreedores y terceros.

Al margen de todo lo dicho, considero de suma importancia regular el derecho de retiro de los socios. Se señaló como característica de las sociedades cerradas la dificultad en el ingreso y egreso de los socios. Ello es la real fuente de conflictos, toda vez que agudiza los

problemas de convivencia internos⁽⁶⁾, y desnaturaliza el uso de ciertos derechos por parte de las minorías disidentes. Tal derecho debería operar ante situaciones objetivas, como por ejemplo la imposibilidad reiterada de acceder a cargos en el directorio, la permanente disidencia en las asambleas o el rechazo constante de pedidos de información al órgano de vigilancia.

Tal posibilidad debería contemplar la fijación del valor de la acción, y en consecuencia la suma que deberá desembolsar la sociedad y el plazo para cumplir tal obligación. Asimismo, sería conveniente otorgar al resto de los accionistas un derecho de preferencia y de acrecer sobre las acciones que se retiran.

Considero que un régimen similar al de "Participaciones residuales" previstos por el decreto 677/01 para las sociedades cotizadas, sería inadecuado para las sociedades cerradas. Sí en cambio, tendría que configurarse un régimen que permita al accionista una salida de la sociedad en casos concretos que manifiesten la pérdida absoluta del *affectio societatis*, o bien para los casos en que ha habido una reiteración de actividades de dudosa legalidad por parte de la mayoría que obligue a la minoría disidente a recurrir constantemente a remedios jurisdiccionales⁽⁷⁾.

(6) Racciatti, Hernán J.F., "Debe regularse a posibilidad del retiro del socio como alternativa de resolución de conflictos en la sociedad anónima cerrada", IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, 2004, t. 4, p. 436: *"La potencialidad del conflicto intrasocietario y de abuso en relación a accionistas minoritarios es mayor en la sociedad cerrada que en la abierta.... Nuestro ordenamiento societario tiene importantes normas para restablecer el orden jurídico interno cuando las reglas que gobiernan el mismo son violadas por un grupo de socios en perjuicio de otro, pero también se hace necesario tener presente que muchas veces cuando los socios perjudicados por el comportamiento contrario a derecho las ponen en marcha, no buscan la recomposición del orden quebrado sino crear el clima necesario que lleve a la compra de sus acciones por su valor real"*.

Racciatti, Hernán J.F., op. cit., p. 437.