

LUCIANO NAHUEL BARILI.

**SOCIEDAD ANÓNIMA FAMILIAR. BONDADES DE LA S.A. COMO TIPO
SOCIAL IDÓNEO PARA ENCUADRAR JURÍDICAMENTE
EMPRENDIMIENTOS DE TINTE FAMILIAR.**

Trabajo Final de Maestría.
Maestría en Derecho Empresario.
Promoción 2015/2016.



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

Facultad de Derecho

Buenos Aires, 2021.

ÍNDICE.

Resumen	4.
1. Introducción.....	5.
2) Sociedad anónima. Breve mención de las diferencias entre S.A., S.R.L. S.A.S....	8.
2.1.a) La limitación de responsabilidad al aporte efectuado. Acciones como representación del capital social.....	8.
2.1.b) Transmisibilidad de participaciones sociales.....	9.
2.1.c) Órgano de administración.....	10.
2.1.d) Órgano de gobierno.....	11.
2.1.e) ¿Por qué se ha ponderado a la S.A., por sobre la S.R.L., y la S.A.S., como estructura jurídica idónea a ser utilizada por las empresas familiares?.....	11.
3) Sociedad anónima y autonomía de la voluntad.....	13.
4) Ventajas de la utilización de la S.A., como estructura jurídica contenedora de la empresa familiar.....	19.
4.1) Acciones. Concepto. Clases. Ventajas de la creación de clases de acciones en la empresa familiar.....	20.
4.2) Formalidades de las acciones y libro de accionistas.....	28.
4.3.) Limitaciones a la transmisibilidad de las acciones.....	30.
4.4) Exclusión del accionista. Resolución parcial del contrato social.....	33.
4.5) Adquisición de acciones por la sociedad.....	37.
4.6) Prima de emisión. Obligatoriedad. Valuación de la empresa. Destino a reserva estatutaria de los fondos obtenidos mediante la emisión con prima.....	39.
4.7) Órgano de “gobierno”. Asambleas.....	43.

4.7.a) Convocatoria a asamblea. Lugar de celebración. Constitución del acto. Formalidades impuestas por la Ley. Posibilidad de saltar estas formalidades mediante previsión estatutaria.....	45.
4.8) Órgano de administración. El directorio.....	52.
4.8.a) Condiciones para desempeñar el cargo de director.....	53.
4.8.b) Elección de directores por clases de acciones.....	54.
4.9) Comité ejecutivo.....	57.
4.10) Gerencia.....	59
4.11) Órgano de fiscalización. El consejo de vigilancia.....	62.
5) Conclusión.....	65.

RESUMEN.

El objeto propuesto al momento de idear la estructura del presente trabajo y los diferentes institutos jurídicos que aquí se desarrollan tenía como norte la búsqueda -y por supuesto, el encuentro- de soluciones legales prácticas que pudieran ser utilizadas dentro de un tipo social -las sociedades anónimas- el cual se presume extremadamente rígido y poco conveniente como andamiaje jurídico para negocios subyacentes de tinte familiar.

En dicha inteligencia, se ha tornado menester comenzar el trabajo por hacer un breve repaso de los tipos sociales más utilizados por los empresarios de nuestro País reivindicar el principio de la autonomía de la voluntad en materia societaria, para luego adentrarnos en el análisis de las normas de la Ley General de Sociedades que pudieran resultar útiles para el día a día de la empresa familiar.

Teniendo en cuenta el margen de extensión permitido el cual ha limitado la posibilidad de ahondar aún más en cada uno de los temas, esperamos que este trabajo sea puntapié inicial para la profundización en el estudio de las soluciones propuestas.

1) Introducción.

El presente trabajo tiene como finalidad primordial concretar un aporte en favor de las sociedades anónimas familiares. Al referirnos a “sociedades anónimas familiares”, hacemos referencia a aquellos negocios en los que la propiedad del paquete accionario y/o la gestión está en manos de una o más familias, quienes han elegido a la figura sociedad anónima como tipo social que les permita encuadrar jurídicamente los objetivos propuestos en lo que respecta a su emprendimiento.

Las estadísticas dan cuenta de que el 90% de la totalidad de las empresas poseen el carácter de familiares. A su vez, estos estudios chocan con la otra estadística que indica que a la mayoría les cuesta llegar a la segunda generación, y más aún a la tercera.¹

La mirada estará puesta en tratar de lograr la continuidad en el tiempo de las empresas familiares, nuestro afán no responde únicamente al mantenimiento de la riqueza para la familia titular de la empresa, sino que, consideramos a estos emprendimientos realmente importantes por la gran cantidad de contribuciones que realizan a nuestra comunidad, entre los que se destacan, por ejemplo, operar como fuentes de trabajo para sus empleados y las familias de estos, o como fuente de ingresos para el Estado mediante el pago de impuestos, tasas, aportes, entre otras cargas a las que se encuentran sujetas.

1

□ MEDINA, Graciela – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. “Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil”. AR/DOC/5659/2011, 1.

No hace falta mucho análisis para darse cuenta de que en Argentina las crisis económicas y sociales se suceden de manera cíclica. Nuestras empresas familiares, gracias a su consistencia, se vuelven más resistentes frente a las crisis económicas, por su vocación de permanencia, tendiente a generar mano de obra estable y a realizar inversiones a largo plazo que no buscan la ganancia inmediata, sino más bien el afianzamiento de dicho emprendimiento y por ello es por lo que consideramos deben ser protegidas.

Dejaremos de lado para otra oportunidad el desarrollo del concepto, características, ventajas y desventajas, y la crítica a la falta de regulación legal de las empresas familiares en nuestro País, remitiendo -por ahora- a lo ya expresado por la doctrina especializada en la materia.²

Adentrándonos al tema que aquí nos ocupa, podemos afirmar que las empresas familiares suelen utilizar figuras societarias que cumplen la función de encuadrar jurídicamente al negocio subyacente, permitiendo a sus socios contar con un ente diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, escindiendo y limitando la responsabilidad patrimonial de los integrantes de la familia a los aportes efectuados por cada uno de ellos a la figura societaria elegida, la cual -en la mayoría de los casos- suele ser la sociedad anónima, tipo social regulado en la Ley General de Sociedades, en la sección V, artículos 163 a 307 de la ya mencionada Ley.

Si bien este trabajo final pretende resaltar las bondades de la sociedad anónima como instrumento jurídico idóneo a los fines de encausar un emprendimiento de tinte familiar, no resultaría sincero obviar las críticas efectuadas por calificada doctrina³

2

□ MEDINA, Graciela. “Empresa familiar”. AR/DOC/4625/2010; MEDINA, Graciela – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. “Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil”. AR/DOC/5659/2011; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “La empresa familiar como enfoque metodológico”. AR/DOC/746/2014; MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Programación patrimonial en la empresa familiar”. AR/DOC/2986/2015; FAVIER DUBOIS (h) “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”; FAVIER DUBOIS (p.), Eduardo M. - Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h.) “El marco legal de la empresa familiar. Riesgos y soluciones con la normativa vigente”. AR/DOC/1803/2013; FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h.). “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”; VITOLLO, Daniel R “Las empresas de familia como organizaciones incluidas en la estructura de las sociedades cerradas”. En XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 2010; GARCIA SARMIENTO, María L, “La empresa familiar, los pactos sucesorios y el orden público”, La Ley, Cita Online AP/DOC/41/2019

3

respecto de la utilización de esta figura para pequeños y medianos emprendimientos cerrados, ni mucho menos, la voluntad tenida por el Legislador a la hora de redactar la sección referida a sociedades anónimas.

Originariamente la sociedad anónima fue pensada como figura jurídica central a ser utilizada por grandes empresas, donde el capital social cotizara en el mercado de capitales, encontrándose atomizado en varios inversores, los cuales tendrían la propiedad de un cierto número de acciones, pero no se inmiscuirían en el día a día de la empresa, importando poco y nada la persona del accionista, su historia, sus ideas, proyectos y su grado de capacitación.

El legislador, siguiendo dicha línea de pensamiento creó esta figura jurídica, en la cual, la responsabilidad de sus socios está limitada al aporte, su capital está compuesto por distintas clases de acciones -las que por regla general son fácilmente transmisibles-, y en donde diversos órganos le dan impulso y vida a la empresa, con funciones específicas cada uno de ellos, las cuales se centran en la administración, gobierno, y fiscalización del día a día de la sociedad.

Es por esta estructura, a primera luz rígida, elaborada, compleja, que la doctrina ha hablado de “distorsión” en el uso de las sociedades anónimas, teniendo en cuenta que dicho tipo social es utilizado para cualquier clase de emprendimientos, sin discriminar en pequeños, medianos y grandes, ni en sociedades abiertas o cerradas, ni en ninguna otra de las cuestiones que han sido tenidas en mente por el Legislador a la hora de crear la figura bajo análisis.

Al margen de los motivos que llevan a los emprendedores a constituir sociedades anónimas, por sobre los otros tipos sociales, y de si la utilización de la sociedad anónima es la figura correcta o no, las empresas han elegido este tipo social, hoy en día son una realidad incontrastable, y el objetivo de este trabajo, no es sólo destacar la importancia de las empresas familiares y de su planificación sucesoria para su conservación en el tiempo, si no también, brindar una perspectiva un tanto más positiva respecto de las bondades de la sociedad anónima cerrada, y de las herramientas que nos brinda el ordenamiento jurídico para que estas empresas puedan hacer uso de este ropaje jurídico en su día a día, sin caer en un encorsetamiento rígido y poco

□ ZALDIVAR, Enrique, en “Cuadernos de Derecho Societario – Volumen III – Sociedad por Acciones, Sociedades Anónimas y en Comandita por Acciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, página 14, punto 34.4.

práctico para el desarrollo de sus negocios, y principalmente para el traspaso generacional de las participaciones accionarias y/o de la gestión social.

Está claro que, solamente con el estatuto de la S.A., no alcanzará para lograr la perduración de la empresa en el tiempo, siendo fundamental que dicho estatuto forme parte de un bloque de instrumentos jurídicos que tengan por finalidad reglar todos los aspectos atinentes a la empresa familiar, entre los que podemos encontrar al protocolo familiar, pacto de sindicación de acciones, pacto sobre herencias futuras, donaciones con reservas de usufructo, fideicomisos de acciones, fideicomisos testamentarios, fideicomisos de planeación patrimonial, entre otros instrumentos idóneos para lograr la conservación de la empresa en el tiempo.

Sin escapar a los suscriptos la importancia de los institutos mencionados en el párrafo anterior, teniendo en cuenta el acotado margen de extensión permitido académicamente, es que aquí nos concentraremos pura y exclusivamente -como ya se expresara- en la S.A. y en todas las ventajas que podrán hacerse valer estatutariamente por aquellos que opten por este tipo social.

2.1) Sociedad anónima. Breve mención de las diferencias entre S.A., S.R.L. S.A.S.

Sin adentrarnos en una comparación rigurosa que aborde todos los puntos en común y todas las diferencias existentes entre las S.A., S.R.L, y S.A.S, a continuación, y con la mirada puesta principalmente en las S.A., haremos un breve repaso de determinadas herramientas otorgadas por la Ley General de Sociedades respecto de este tipo social en comparación con los otros dos mencionados.

El lector observará que los puntos que aquí se tratan no alcanzan a satisfacer un análisis de todas las diferencias existentes entre estos tipos sociales. La lectura deberá ser realizada entendiendo a este punto como una especie de introito al desarrollo pormenorizado efectuado en el capítulo 4 del presente.

La finalidad perseguida es poner de resalto todas aquellas bondades que trae consigo la S.A., como estructura jurídica idónea para encausar emprendimientos familiares, siendo -a nuestro entender- una figura completamente apta para servir de ente de imputación de derechos y obligaciones a todos aquellos que busquen la

caparazón de una sociedad a los fines de encuadrar el negocio que se hayan propuesto realizar.

2.1. a) La limitación de responsabilidad al aporte efectuado. Acciones como representación del capital social.

Como punto en común podemos decir que, en la S.A., S.R.L., y en la S.A.S., la regla general es que la responsabilidad de los socios está limitada a lo que cada uno de ellos ha aportado, y es por ello, por lo que, estos tres tipos sociales son los más elegidos a la hora de optar por una figura societaria, ya que su ropaje jurídico permite proteger al inversionista, generando un patrimonio de afectación diferenciado de su patrimonio personal.

El capital social en la S.A. se divide en acciones, las cuales pueden ser de distintas clases. Entre las clases que pueden preverse estatutariamente encontramos a las acciones ordinarias de uno o mas votos, con un tope máximo de cinco votos por acción, y aquellas acciones que otorgan preferencias de índole patrimonial. La prohibición a tener en cuenta es aquella que establece que, las acciones que tengan derecho a más de un voto, no podrán contar a su vez con una preferencia de carácter patrimonial.

Consideramos de gran utilidad para la empresa familiar, la facultad otorgada por la Ley a la creación de diferentes clases de acciones dentro de la S.A., ya que, como analizaremos más adelante, puede aprovecharse la posibilidad de crear distintas clases de acciones para discriminar diferentes status de socio, haciendo coincidir a la clase de acción de que se trate con la ascendencia y/o importancia que revista el tenedor de esas acciones en relación a la toma de decisiones en el gobierno de la empresa familiar.

A diferencia de lo que ocurre en la S.A., en la S.R.L., el capital social está compuesto por “cuotas sociales”, las cuales no admiten la creación de distintas cuotas que permitan ponderar las diferencias en los grados de injerencia de las familias o los familiares integrantes de la sociedad.

A su vez, la S.A.S., tiene un régimen relativo al capital social muy similar al de la S.A., dividiéndose este en acciones, y con la clara ventaja a su favor de que la Ley al Capital Emprendedor consagra la posibilidad de que las distintas clases de acciones a ser previstas estatutariamente no tengan la limitación respecto al otorgamiento de privilegios patrimoniales y políticos en simultáneo.

2.1.b) Transmisibilidad de participaciones sociales.

El principio general para los tres tipos societarios es que la prohibición absoluta a la transmisión de las participaciones sociales se encuentra vedada. Lo que los socios podrán hacer es limitar la transmisibilidad de las participaciones mediante previsiones estatutarias, las cuales tendrán distintos alcances jurídicos.

Para la S.A., la Ley consagró la posibilidad de limitar la transmisibilidad de sus acciones. Esta es una herramienta fundamental que debe ser utilizada por aquellos emprendimientos de tinte familiar donde la persona del accionista importa, y donde se pretenda mantener la armonía en la gestión de la empresa, debiendo preverse cláusulas estatutarias e instrumentos complementarios como pactos de sindicación de acciones, que establezcan pautas claras respecto al mecanismo a aplicar al momento de que alguno de los socios se quiera desprender de sus tenencias accionarias y las sanciones patrimoniales para el caso de violación de algún accionista a dichas disposiciones.

Refiriéndonos a las S.R.L. y las S.A.S. basta con destacar que también podrá limitarse la transmisibilidad de las participaciones sociales, y que en las S.A.S., la Ley al Capital Emprendedor consagra la posibilidad de prohibir la transmisión de las acciones por un plazo máximo de diez años, el cual podrá prorrogarse todas las veces que sus accionistas así lo deseen, siempre que se cumpla con las formalidades previstas en la ya mentada Ley.

2.1.c) Órgano de administración.

Los tres tipos sociales cuentan con un órgano de administración, que tiene por objeto principal ejecutar los actos que hagan al giro diario del emprendimiento, con la mirada puesta en la consecución del objeto social planteado al momento de la constitución de la sociedad.

En la S.A., el órgano de administración será el directorio, estando compuesto este por uno o mas uno o mas directores titulares, los cuales podrán ser -o no- accionistas de la sociedad. Contará un con un presidente, el cual será quien se erija como representante legal de la sociedad.

En cuanto al régimen de responsabilidad, estos responderán de manera solidaria e ilimitada hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, en los términos de los artículos 59 y 274 de la Ley General de Sociedades.

Como veremos más adelante, otra de las herramientas instauradas por la Ley General de Sociedades de la que pueden valerse aquellas empresas familiares que opten por constituir una S.A., es la de prever estatutariamente la delegación de funciones del directorio en un comité ejecutivo y/o en una gerencia especializada que ejecute las operaciones diarias de la empresa.

Las figuras descriptas en el párrafo anterior no podrán ser aplicadas en la S.R.L., para las cuales esta facultad se encuentra vedada, siendo su órgano de administración indefectiblemente la gerencia, en los términos prescritos por la Ley.

La Ley 27.349 habla de “administradores”, sin hacer referencia a un “directorio” como en la S.A., o a una “gerencia” como en la S.R.L. Se aplican a esta las mismas normas que para el directorio de la S.A., en lo que respecta a las condiciones para ser administrador, integración, duración en el cargo, formas de ejercer la administración, etc.

La S.A.S, podrá tener mas de un representante legal, y la innovación mas importante de la Ley viene dada en materia de reuniones del órgano aquí referido, permitiendo que la citación y la información relativa a la reunión se haga por medio electrónico. Lo mismo respecto de la deliberación, donde mientras exista un medio que garantice la comunicación simultánea entre los administradores, la misma será reputada válida. Estas disposiciones son coincidentes a lo normado por el artículo 158 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.1.d) Órgano de gobierno.

En la S.A., los socios deben decidir las cuestiones atinentes al gobierno de la sociedad mediante la celebración de asambleas, ordinarias o extraordinarias, respetando las formas previstas por la Ley General de Sociedades en lo relativo a la convocatoria, comunicación de asistencia, quorum, y mayorías.

Mucho se ha hablado de la rigidez instaurada por el Legislador en relación a estas asambleas soberanas en donde se debate el destino de la empresa. La realidad es

que como desarrollaremos más adelante, la asamblea puede ser un buen mecanismo de toma de decisiones para las empresas familiares.

En la S.R.L. y en las S.A.S., si el estatuto no establece la forma en la que se tomarán las decisiones atinentes al órgano de gobierno, la Ley General de Sociedades, prevé que los socios puedan adoptar decisiones mediante declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto, o pueden hacerlo comunicando su voto al órgano de administración, mediante cualquier medio que garantice su veracidad, dentro de los diez días de haberseles cursado la consulta.

2.1.e) ¿Por qué se ha ponderado a la S.A., por sobre la S.R.L., y la S.A.S., como estructura jurídica idónea a ser utilizada por las empresas familiares?

Respondiendo a las preguntas del título que dio pie a este capítulo, humildemente consideramos importante resaltar que el favoritismo exacerbado hacia uno u otro tipo social, o la animosidad que termina por descartar alguna de estas figuras al momento del asesoramiento a aquel cliente que desea dotar a su emprendimiento de una estructura jurídica, no es para nada aconsejable.

En el presente trabajo se parte de la base de que no existe un tipo social mejor ni superior que el otro, y que tanto la S.A., la S.R.L., la S.A.S, son tres figuras jurídicas idóneas, y que la elección de una u otra dependerá del negocio proyectado por nuestros clientes, y en la forma en que quieran llevar el día a día de dicho emprendimiento.

Teniendo en cuenta lo dicho, se torna inevitable preguntarse nuevamente, ¿por qué se ha elegido entonces en este trabajo a la S.A., por sobre las demás?

Haciendo un breve repaso de los motivos que han inclinado la balanza para elegir a la S.A., por sobre las otras figuras societarias, podemos listar los siguientes:

En primer término, aplicando un criterio de realidad objetivo podemos afirmar que la S.A., ha sido vista con buenos ojos y adoptada por los pequeños, medianos y grandes empresarios de nuestro País desde la sanción de la Ley General de Sociedades, hasta el presente, siendo una de las figuras societarias más utilizadas.

A su vez, como se desarrollará en el punto 4 el Código Civil y Comercial de la Nación, más la parte general de la Ley 19.550, y la sección V de dicha Ley, la cual regula a las S.A., contienen una serie de normas que nos permiten utilizar esta estructura en conjunción con otros instrumentos jurídicos a los fines de articular una buena

armadura que no solo proteja a la empresa, si no que, le facilite la concreción de las formas en la que los accionistas han proyectado su negocio, y como objeto principal de este trabajo, la buena armonía de la empresa familiar en su giro diario y un no problemático traspaso generacional de las acciones.

La elección de la S.A., a los fines de este trabajo también estuvo condicionada por el deseo de reivindicar al principio de la autonomía de la voluntad, el cual actualmente se impone en materia societaria, dando cuenta de la importancia que tiene para aquellos que están ideando un negocio, poder valerse de las estructuras societarias para armar el emprendimiento a su medida, y por ende, aquellas estructuras que originariamente fueron pensadas con mayor rigidez, hoy ceden paso a un criterio rector que -siempre con ciertos límites- permita su maleabilidad y la adaptación de las previsiones estatutarias a la realidad empresarial actual, y a las necesidades reales y concretas de dichos emprendimientos.

Podría afirmarse que la estructura prevista en la Ley General de Sociedades para la S.R.L se torna acotada a los fines de buscar soluciones para la empresa familiar, teniendo en cuenta que no pueden preverse distintas clases de cuotas, ni figuras derivadas del órgano de administración que ejecuten funciones específicas diariamente, como puede ser el comité ejecutivo o el gerente en la S.A., ni tampoco un órgano de contralor compuesto por socios, como es el caso del consejo de vigilancia, por lo que estos datos no menores han inclinado la balanza a favor de la S.A., por sobre la S.R.L. en este caso.

Con relación a la S.A.S., la cual resulta ser la estructura societaria más flexible, y donde la autonomía de la voluntad se erige como principio rector a la hora de la elaboración de sus estatutos sociales, debemos resaltar que esto no alcanza para aminorar nuestro deseo de abordar a la S.A. como figura central de nuestro trabajo. Lo dicho se refuerza con el criterio objetivo expuesto en el primer párrafo de este breve repaso, las S.A., son mayoría en nuestro País. A su vez, no podemos perder de vista los cuestionamientos de la actual gestión del gobierno nacional a la figura de la S.A.S., que se han visto traducidos en resoluciones de la Inspección General de Justicia que buscan limitar la elección de este tipo societario, y en la media sanción de fecha 11 de junio de 2020 al proyecto de reforma de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, reforma que persigue el mismo espíritu que las resoluciones de IGJ, siendo esto coartar la libertad de

los ciudadanos que decidan optar por la S.A.S, como estructura jurídica para sus emprendimientos⁴.

3.) Sociedad anónima y autonomía de la voluntad.

En el próximo capítulo se abordarán diferentes soluciones jurídicas a ser insertas dentro de los estatutos sociales de las S.A cerradas argentinas, a los fines de optimizar el rendimiento de las empresas familiares en lo que hace a su funcionamiento diario y al traspaso generacional al momento de la muerte de alguno de los accionistas. Previo a ello, y teniendo en cuenta que algunas de las propuestas jurídicas a ser realizadas no encontrarán una recepción expresa dentro de la Ley General de Sociedades, es que consideramos fundamental -previo adentrarnos en dicho capítulo-, referirnos al momento actual que se encuentra transitando nuestro derecho societario, al principio de la autonomía de la voluntad como principio rector en materia contractual, y al carácter de las normas de la Ley 19.550.

Es de público y notorio conocimiento que nuestro mundo globalizado se rige por el famoso sistema capitalista, el cual tiene como principal objetivo, facilitar la inversión de la propiedad privada en miras a la obtención de rentabilidades para aquel que ponga en juego su capital.

Sin adentrarnos en aspectos sociológicos, ni en cuestionamientos éticos ni morales con relación al sistema imperante, hemos dado esa breve definición a los fines de sustentar nuestra postura, la cual es, teniendo en cuenta la importancia del capitalismo, y por ende, de la economía en nuestras comunidades, ¿no pareciera lógico ponderar al derecho de sociedades, tratando de modernizarlo a las exigencias y conveniencias del empresariado, que es el que, en definitiva sale perjudicado si el negocio proyectado arroja resultados deficitarios? ¿no debería partirse de la premisa que el derecho de sociedades debe ser principalmente flexible, supletorio de la voluntad de las partes?

Se torna menester poner de resalto que las normas societarias no se refieren a conceptos abstractos, ni cuestiones vacías de contenido o de falta de aplicación práctica,

si no que, por el contrario, tienen una influencia crucial en materia de competitividad para nuestro país, ya que las mismas afectan de manera significativa el crecimiento económico del país, al tener incidencia directa en los emprendimientos que se proyectan, la innovación de los mismos, su financiación, y el desarrollo del mercado de capitales.⁵

En línea directa con la tesis que afirma que el derecho societario no se refiere a cuestiones puramente abstractas, cabe resaltar lo expuesto por Vítolo, quien considera que uno de los aspectos más trascendentes de la Ley 19.550 es que, la estructura societaria regulada por dicha normativa —aun bajo las reformas introducidas con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación— solo es admitida en la medida en que tras ella subyazca la existencia de una "empresa". Esto significa que el principio general -mas allá de algunas excepciones- establece que para que se admita la utilización de las figuras societarias, debe haber una empresa detrás.⁶

La relación entre las estructuras jurídicas previstas en la Ley General de Sociedades, y las empresas es a primera luz, inescindible. En palabras del citado autor, Vítolo, puede afirmarse que “...*la estructura societaria es a la empresa lo que la maquinaria es al modelo de negocio*”⁷

La realidad indica que nuestra Ley 19.550 fue redactada con una visión diametralmente opuesta a la que propone la flexibilidad de sus normas.

La Ley General de Sociedades, sancionada en el año 1972, partió de un criterio paternalista, donde el legislador priorizó dotar a sus normas de una imperatividad bien marcada en lo que respecta a la forma de los tipos sociales por sobre la autonomía de la voluntad. Nuestra Ley de Sociedades, es un instrumento de conformación del contrato societario, con una función claramente directiva, donde la voluntad del legislador

5

□ HADAD, Lisandro A, en “La funcionalidad de un Derecho de Sociedades moderno”, La Ley, 08/06/2020, Cita Online: AR/DOC/1827/2020, 3.

6

□ VÍTOLO, Daniel R, en “El COVID-19 y las SAS. Las ventajas de la masilla sobre la arcilla en tiempos difíciles”, La Ley, 08/06/2020, Cita Online: AR/DOC/1558/2020, 4.

7

□ VÍTOLO, Daniel R, en “El COVID-19...”, 2.

pareciera imponerse por sobre la voluntad de las partes que deciden iniciar un negocio, asumiendo el riesgo empresario, con todas las ventajas y desventajas que esto implica.⁸

La norma imperativa considera que las partes que quieren poner en marcha un negocio no son capaces de prever todo lo que debe preverse a los fines de lograr una relación equilibrada. Esto es un error, que conlleva a errores estructurales aún peores, ya que al momento de suscribir el contrato de sociedad todas las partes se encuentran en igualdad de condiciones de celebrar o no el contrato social, y lo más sensato sería que estas partes pudieran determinar la mejor forma de redistribuir sus derechos y obligaciones en busca de una mayor eficacia.⁹

Teniendo en cuenta que nuestra economía en el sector privado se conforma - como ya se expresó- mayoritariamente por empresas familiares cerradas, sociedades que no recurren al mercado de capitales y que la suerte del emprendimiento beneficia o perjudica principalmente a sus accionistas, ¿hasta que punto las normas imperativas de la Ley General de Sociedades deben ser mantenidas?.

Pareciera lógico afirmar que no existe nadie más idóneo, ni con mayor interés que los socios de una sociedad cerrada para prever las normas internas que regularán su actividad, ya que estos no sólo conocen sus pretensiones, si no que, -además- harán una evaluación del costo de sus decisiones, y de las cláusulas estatutarias que las plasmen¹⁰.

En los tiempos actuales, la forma adoptada por el legislador del año 72 -durante un gobierno dictatorial- pareciera irrazonable, debiendo ceder paso a las teorías en las que predomina un análisis económico del derecho, ponderando la libertad contractual, por sobre las normas imperativas, las cuales resultan inadecuadas para disciplinar el complejo mundo de las sociedades.¹¹

8

□ BALBIN, Sebastian, en “El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS”, La Ley, 06/02/2020, Cita Online: AR/DOC/4053/2019, 1.

9

□ HADAD, Lisandro A, en “La funcionalidad...”, 5.

10

□ DUPRAT, Diego A.J., en “La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales”, La Ley, 12/12/2013, Cita Online AR/DOC/3886/2013, 2 – 3.

11

□ BALBIN, Sebastian, en “El rol de la autonomía...”.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, mediante su artículo 1 ¹² constitucionaliza al derecho privado, por lo que un exceso en la rigidez de las estructuras societarias en los tiempos actuales y la imposibilidad de disponer de la propiedad en la forma en que el inversor realmente lo desee, puede traer aparejada la vulneración de las garantías fundamentales consagradas en nuestra Carta Magna ¹³, las cuales tienen aplicación directa conforme al ya citado artículo del Código de fondo.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación, consagra la libertad de contratación en su artículo 958 ¹⁴, reforzando de esta manera la importancia de la autonomía de la voluntad, la cual resulta aplicable en materia societaria, partiendo del innegable hecho de que la persona jurídica nace mediante un acuerdo de voluntades entre futuros socios, plasmado en el contrato social.

Asimismo, parece conducente destacar que la Ley General de Sociedades no posee normas de orden público, ya que lo que regula dicha normativa son cuestiones de contenido patrimonial y relaciones donde lo que se pone en juego es el patrimonio aportado por los socios ¹⁵, los que disponen del mismo al momento de direccionarlo a su emprendimiento.

12

□ Se invoca este artículo teniendo en cuenta que al constitucionalizar al derecho privado se tornan de aplicación directa las garantías constitucionales sobre derecho de propiedad y la libertad de asociación, previstas en los artículos 14 y 17 respectivamente.

13

□ Reforzando la idea expuesta de que un régimen imperativo en materia societaria contraría los principios fundamentales consagrados por nuestra Constitución Nacional podemos hacer mención al ya citado artículo “La funcionalidad de un Derecho de Sociedades moderno” de HADAD, Lisandro A para La Ley, Cita Online AR/DOC/1827/2020, donde en nota 43 transcribió cita del redactor de nuestra Carta Magna, ALBERDI, Juan Baustista quien ha expresado que: *“A esta escuela se aproxima la economía socialista de nuestros días, que ha enseñado y pedido la intervención del Estado en la organización de la industria, sobre bases de un nuevo orden social más favorable a la condición del mayor número. Por motivos y con fines diversos, ellas se dan la mano en su tendencia a limitar la libertad del individuo en la producción, posesión y distribución de la riqueza. Estas dos escuelas son opuestas a la doctrina económica en que descansa la Constitución argentina... En medio del ruido de la independencia de América, y en vísperas de la revolución francesa de 1789, Adam Smith proclamó la omnipotencia y la dignidad del trabajo; del trabajo libre, del trabajo en todas sus aplicaciones —agricultura, comercio, fábricas— como el principio esencial de toda riqueza... A esta escuela de libertad pertenece la doctrina económica de la Constitución Argentina, y fuera de ella no se deben buscar comentarios ni medios auxiliares para la sanción del derecho orgánico de esa Constitución”*

14

□ Código Civil y Comercial de la Nación, ARTICULO 958.- *“Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”*.

15

Teniendo en cuenta que los derechos esenciales de los accionistas y terceros, como así también la responsabilidad de la sociedad, socios, controlantes, administradores y fiscalizadores se encuentran regulados por normas de carácter imperativo, las cuales no pueden ser obviadas, bajo sanción de nulidad, pareciera lógico que el resto de las cuestiones que pueden suscitarse en el ámbito societario queden al arbitrio de los propios socios, quienes se encuentran en una posición inmejorable para regular sus conductas y actividades sociales, sobre todo en las sociedades estudiadas en este trabajo, siendo estas las cerradas, donde las estipulaciones contractuales afectarán principalmente a los socios. ¹⁶

Está claro que aquí no se pretende consagrar una libertad irrestricta, carente de toda contención, sino que dicho freno será puesto por las limitaciones propias consagradas por el ordenamiento jurídico en general en lo que hace al ejercicio de los derechos, y que sujetan la conducta de las partes a la buena fe y a su protección frente al abuso de derecho. ¹⁷

El criterio sostenido en los párrafos anteriores se refuerza con la sanción de la Ley 27.349, que, a pesar de los cuestionamientos efectuados por las autoridades actuales de la Inspección General de Justicia ¹⁸, y el proyecto de reforma a dicha Ley -remitimos a la opinión de la doctrina que analiza los fundamentos insuficientes y cargados de un sesgo ideológico de dicho proyecto¹⁹ -, la misma actualmente consagra un sistema mas laxo, donde la autonomía de la voluntad juega un papel importante a la hora de la

□ ROTHEMBERG, Mónica, en “Autonomía de la voluntad y sociedades de capital”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019; BALBIN, Sebastian, “Nulidad en la LSC hasta el 1 de agosto de 2015”, material estudiado en el marco de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad Austral, en la materia Dinámica Societaria, 14 – 17.

16

□ DUPRAT, Diego A.J., en “La autonomía de la voluntad...”, 2.

17

□ BALBIN, Sebastian, en “El rol de la autonomía...”, 5.

18

□ NISSEN, Ricardo, director de la Inspección General de Justicia, en diario página 12 expresó que “*Las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) representan el monumento a la opacidad e implican directamente el traslado del riesgo al tercero, ya sea a un cliente, un proveedor o un peatón chocado por una camioneta que es propiedad de la empresa. Es una sociedad constituida para el fraude*” ver <https://www.pagina12.com.ar/252367-habilitaron-sociedades-para-el-fraude> .

19

□ DUPRAT, Diego A.J – ODRIOZOLA, Juan Martin, en “Algunas reflexiones sobre las SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del yo-yo”, La Ley, 24/06/2020, Cita Online: AR/DOC/2102/2020; SCHNEIDER, Lorena R., en “Menosprecio al ordenamiento jurídico...”.

redacción de las previsiones estatutarias de las S.A.S. Este espíritu debería ser acogido por el legislador y replicado en la Ley General de Sociedades.

A esta altura, pareciera lógico resaltar -para aquellos más desconfiados- que la autonomía de la voluntad a la hora de confeccionar el estatuto social a gusto de los accionistas no veda ni deja sin efecto la cantidad de normas imperativas que tienden a proteger a los propios accionistas y a los terceros para el supuesto de insuficiencia patrimonial o conflicto societario, según el caso en concreto.

Aquel que haya sido afectado en sus derechos y/o intereses, podrá atacar el patrimonio de la S.A., a los fines de obtener un resarcimiento por el daño producido, existiendo normas que aseguran la consistencia patrimonial de las personas jurídicas, y que imponen su liquidación para no dañar a terceros con su insolvencia. Es dable destacar que, de no cumplirse esas normas imperativas, se habilita la posibilidad al damnificado de interponer acciones de responsabilidad contra personas humanas o jurídicas, miembros o administradores o controlantes de hecho. A su vez, si un tercero sufre daño por la actividad al amparo de la personalidad jurídica, es muy posible que si el patrimonio es insuficiente se entrevean acciones de responsabilidad contra sus representantes orgánicos o contra socios o controlantes, cuando existieren conductas abusivas u omisivas, en los términos de los artículos 54, 59, 274 y concordantes de la Ley General de Sociedades.²⁰

Conforme doctrina especializada, en el XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, celebrado en el año 2019, existió un acuerdo general – entre los asistentes- a que la tendencia actual, tanto a nivel nacional como en derecho comparado, es a ampliar el margen de autonomía de la voluntad de los socios al momento de diseñar el negocio jurídico societario, en lo que respecta a las cláusulas estatutarias, y a los convenios complementarios, entre ellos el consagrado en el artículo 1010 del Código Civil y Comercial de la Nación.²¹

Prueba de la ascendencia de la autonomía de la voluntad, es la aceptación por parte de una gran parte de los operadores jurídicos especializados en la materia, respecto

20

□ SCHNEIDER, Lorena R., en “Menosprecio al ordenamiento jurídico...”.

21

□ CALCATERRA, Gabriela S. - HADAD, Lisandro A. - COSTE, Diego en “Conclusiones”, La Ley 11/12/2019, Cita Online: AR/DOC/3800/2019”.

a la posibilidad de adoptar resoluciones sociales a través de reuniones a distancia, en cualquiera de los tipos societarios, siempre y cuando estén previstos en el estatuto, y la validez de pactar estatutariamente el retiro voluntario del accionista en las sociedades de capital.²²

Luego de todo lo expuesto, pareciera acertado terminar este capítulo con lo dicho por Duprat quien ha expresado con meridiana claridad lo que aquí humildemente se ha pretendido defender, que no es ni mas ni menos que la libertad de los ciudadanos en la determinación de sus derechos y obligaciones en el terreno contractual de las sociedades, *“no debemos temer a la libertad de contratar, ni siquiera en el ámbito de las sociedades comerciales. Debemos desacralizar su regulación y brindar más herramientas de carácter supletorio para permitir que las partes puedan diseñar el estatuto social que más se ajuste a sus intereses y necesidades”*.²³

4) Ventajas de la utilización de la S.A., como estructura jurídica contenedora de la empresa familiar.

Hasta aquí, ya tenemos claro que las empresas familiares ocupan un rol preponderante dentro de la economía argentina, y que muchas de estas utilizan al tipo social S.A., como estructura jurídica contenedora de su empresa.

A su vez, hemos afirmado que la elección de la S.A., por sobre los otros tipos sociales para las pequeñas y medianas empresas, no es desacertada en todos los casos, siendo la S.A., una figura jurídica idónea.

En este pasaje del trabajo nos centraremos en resaltar de manera sucinta, todas las herramientas otorgadas por la Ley General de Sociedades en conjunción con el principio rector de la autonomía de la voluntad consagrado por el Código Civil y Comercial de la Nación, que puedan servir a los fines de permitir a la empresa familiar optimizar su rendimiento en lo que respecta a su funcionamiento, y principalmente, a un mejor traspaso generacional del mando de la empresa, ya sea en lo que corresponde a su administración y/o a las tenencias del capital accionario.

22

□ CALCATERRA, Gabriela S. - HADAD, Lisandro A. - COSTE, Diego en “Conclusiones”.

23

□ DUPRAT, Diego A.J., en “La autonomía de la voluntad...”, 4.

Partimos de una visión positiva, alejada del fatalismo imperante en relación a la supuesta falta de flexibilidad de las S.A., mencionando las diferentes herramientas que hemos podido encontrar en el ordenamiento jurídico para facilitar el día a día de la sociedad anónima familiar, aclarando desde ya que es imposible prever todas las variables que pueden darse en los hechos, y que las soluciones aquí propuestas no necesariamente podrán ser aplicadas todas para un mismo caso, sirviendo tal vez – y ya con esto nos conformaremos- alguno de los instrumentos desarrollados en estas páginas.

4.1) Acciones. Concepto. Clases. Ventajas de la creación de clases de acciones en la empresa familiar.

En las sociedades anónimas familiares no pasa desapercibido quien sea el titular de las acciones, importando el socio como persona y no como un mero inversor. Lo expresado, sumado a que la condición de “socio” se adquiere mediante la propiedad de la acción, y que de dicha condición se pueden derivar muchísimas consecuencias para la vida de la sociedad, es que se ha elegido a la “acción”, como primer punto a ser desarrollado en este capítulo.

Consideramos oportuno empezar por hacer un breve repaso de las nociones básicas del término “acción”, en base a lo que surge del ordenamiento jurídico, y de lo ya interpretado por la doctrina.

En las S.A., el capital social se conforma con el conjunto de aportes efectuados por los socios, dividiéndose en fracciones iguales, dando nacimiento a un título representativo negociable que pasa a ser propiedad del accionista, siendo esta propiedad de la acción, un requisito indispensable para reconocer a su titular el status de socio²⁴ con el que podrá ejercer los derechos inherentes al título.²⁵

24

▫ VERON, Alberto Victor, en “Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada”, Tomo III, Editorial Astrea, 1986, comentario al artículo 207, el autor tiene dicho respecto del “status de socios”, que: “*La acción significa una relación compleja entre el socio y la sociedad y el documento que la representa. El status es una relación, una situación jurídica que constituye, sintéticamente considerada, el presupuesto de un complejo de derechos, de facultades, de obligaciones que se derivan de ella...*”, 405.

25

▫ ZALVIDAR, 174.

Se ha afirmado que conceptualmente la acción es la división alícuota de la cifra estatutaria del capital social.²⁶ Esta es una verdad a medias, ya que dicha acción también es el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la misma, los cuales surgen del contrato constitutivo y del plexo normativo aplicable, agrupados todos estos, dentro del título representativo.

Entonces, ¿qué es una “acción”? hacemos nuestra la opinión del maestro Zaldivar quien ha dicho que “...caracterizamos a la acción como la parte del capital social que, incorporada a un título representativo, otorga a quien resulte tenedor legitimado, la calidad de socio”.²⁷

A su vez, conforme el artículo 207 de la Ley General de Sociedades, el estatuto podrá prever diferentes clases de acciones, las cuales deberán otorgar los mismos derechos dentro de cada clase.²⁸

Esta es una gran herramienta a utilizar por las empresas familiares bajo forma de S.A. Los socios podrán prever estatutariamente la creación de diferentes clases de acciones, adecuándose cada clase al grado de relevancia concreto que quiera dársele a los destinatarios de dichas acciones en lo que respecta al gobierno del negocio o permitiéndose mediante esta previsión, la escisión en clases de acciones de las familias integrantes de la sociedad, lo que generará beneficios prácticos en la organización de la S.A., y de las familias integrantes de la misma.

A esta altura, resulta prudente aclarar que la noción de “categorías de acción” nace de la diversidad de derechos que pueden corresponderle en una S.A., siendo esto diferente de la noción de “tipo de acciones”, la cual se refiere a las características exteriores de los documentos.²⁹ Nosotros en este pasaje nos centraremos en la acción como vehículo contenedor de derechos.

26

□ ESCUTI, Ignacio A, en “Sociedades”, Editorial Astrea, 2006, 199.

27

□ ZALVIDAR, 173.

28

▣ Ley General de Sociedades, ARTICULO 207. — “Diversas clases. El estatuto puede prever diversas clases con derechos diferentes; dentro de cada clase conferirán los mismos derechos. Es nula toda disposición en contrario”.

29

▣ VERON, en “Sociedades...”, 433.

El principio general es que la calidad de accionista trae aparejada de manera inherente una serie de derechos políticos y patrimoniales. La extensión de dichos derechos dependerá de la clase de acción que los contenga.

¿Cuáles son las clases de acciones que pueden preverse estatutariamente? Según los artículos 216³⁰ y 217³¹ de la Ley General de Sociedades, estas pueden ser de dos categorías:

La primera categoría será la de las acciones ordinarias:

- A estas se las denomina “ordinarias” por que no otorgan derechos patrimoniales especiales, ni prioridades a la hora del cobro de las utilidades o cuota de participación, si no que, la percepción de los resultados económicos, una vez cancelados los pasivos, será en proporción a los aportes realizados.³²
- Así mismo, se caracterizan por contar con férreos derechos políticos. El accionista podrá votar en todas las decisiones asamblearias, salvo en los casos expresamente prohibidos por Ley, como, por ejemplo, en el supuesto previsto por el artículo 248³³ de la Ley General de Sociedades.
- Las mismas servirán siempre a los fines del cómputo del quorum en las asambleas, salvo que sus suscriptores se encontraren en mora, o que las mismas hayan sido adquiridas por la sociedad y no enajenadas, en los términos de los artículos 220 y 221 de la Ley General de Sociedades.³⁴

30

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 216. — “Cada acción ordinaria da derecho a un voto. El estatuto puede crear clases que reconozcan hasta cinco votos por acción ordinaria. El privilegio en el voto es incompatible con preferencias patrimoniales. No pueden emitirse acciones de voto privilegiado después que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones”.

31

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 217. — “Las acciones con preferencia patrimonial pueden carecer de voto, excepto para las materias incluidas en el cuarto párrafo del artículo 244, sin perjuicio de su derecho de asistir a las asambleas con voz. Tendrán derecho de voto durante el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia. También lo tendrán si cotizaren en bolsa y se suspendiere o retirare dicha cotización por cualquier causa, mientras subsista esta situación”.

32

▫ ZALDIVAR, 219.

33

▫ Ley General de Sociedades, ARTICULO 248. — “El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si contraviniese esta disposición será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida”.

34

- Las acciones ordinarias otorgarán como piso el derecho a un voto por acción, y su techo será cinco votos por acción, conforme lo establecido en el artículo oportunamente transcrito.
- Dejando de lado la cantidad de formas en que la doctrina llama a las acciones ordinarias que otorgan más de un voto a su titular, aquí serán denominadas “acciones ordinarias de voto plural”. Estas acciones rompen con la equivalencia entre lo aportado por el socio y el poder de voto que este tendrá en la sociedad.

La segunda categoría será la de las acciones preferidas:

- Estas serán aquellas que mediante previsión estatutaria consagren preferencias sobre el dividendo o sobre la cuota de liquidación.
- La Ley General de Sociedades establece que las preferencias patrimoniales consagradas por este tipo de acción son incompatibles con la posibilidad de consagrar para la misma acción el voto plural. Al margen de lo determinado por la Ley, sería bueno que en una próxima reforma a dicha normativa, se previera la posibilidad de dejar de lado esta prohibición.
- Puede limitarse la facultad de voto, siempre y cuando este cercenamiento del derecho político esté expresamente previsto en el estatuto. Conforme a la Ley, la veda al derecho de voto quedará sin efecto cuando: a) en asamblea se traten los supuestos previstos en el artículo 244 inciso 4³⁵ ; o durante el tiempo en que se encuentren en mora en recibir los beneficios que constituyen su preferencia.³⁶ Con esto queda claro que no debe hablarse de prohibición, si no, de la posibilidad de limitar el derecho de voto en las acciones preferidas.

□ MASCHERONI, en “La asamblea en la sociedad anónima – Manual teorico practico”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, 70.

35

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 244. —: “...*Supuestos especiales. Cuando se tratara de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital*”.

36

□ ZALDIVAR, 226.

- A su vez, el artículo 194³⁷ de la Ley General de Sociedades permite que las acciones preferidas carezcan de derechos de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, lo que no admite respecto de las acciones ordinarias.³⁸
- En la práctica, caben tantas formas posibles de dividendos preferidos, como combinaciones lícitas en orden a la distribución de utilidades, puesto que se trata de un aspecto puramente patrimonial, que es resorte interno de la sociedad ³⁹. En la creación de este tipo de acciones la autonomía de la voluntad juega un rol preponderante.
- ¿Cuáles son las formas más comunes de derechos de preferencia patrimonial consagrados en acciones? Las acciones preferidas mas comunes a ser encontradas en los estatutos de las S.A., familiares argentinas son: a) pago de un dividendo sobre determinado porcentaje ⁴⁰; b) pago de un dividendo fijo acumulable ⁴¹; c) obligatoriedad de la distribución de utilidades ⁴²; d) pago de

37

□ Ley General de Sociedades, ARTÍCULO 194 -- Limitación. Extensión: “*Los derechos que este artículo reconoce no pueden ser suprimidos o condicionados, salvo lo dispuesto en el artículo 197, y pueden ser extendidos por el estatuto o resolución de la asamblea que disponga la emisión a las acciones preferidas*”.

38

▣ CABANELLAS, Guillermo, en “Las acciones con preferencias y derechos diferenciales patrimoniales”, La Ley, 10/02/2016, AR/DOC/4026/2016, 1

39

□ MENÉNDEZ, Augusto Juan, en “Las acciones preferidas en la sociedad anónima”, La Ley, Cita Online: 0021/000021.

40

□ ZALDIVAR, 226, en este caso, las acciones preferidas percibirán un dividendo porcentual (x %) respecto del total de ganancias a distribuir finalizado el ejercicio anual de la sociedad. El remanente - en caso de que quedare- será para las acciones ordinarias.

41

□ ZALDIVAR, 227, puede preverse estatualmente un dividendo fijo que sea acumulable ejercicio por ejercicio hasta que existan ganancias a ser distribuidas. Las acciones ordinarias no recibirán dividendo hasta tanto sean cancelados los dividendos acumulados de las acciones preferidas.

42

▣ CABANELLAS, en “Las acciones...”, 10, en dicho artículo el autor citado explica con meridiana claridad que puede preverse estatualmente este tipo de acción preferida, mediante la cual sea obligatoria la distribución de dividendos, en tanto existan utilidades suficientes para su distribución conforme las reglas previamente establecidas. Estas cláusulas estatutarias adquirirán especial relevancia, teniendo en cuenta que los accionistas preferidos suelen carecen de suficientes votos en las asambleas como para incidir sobre las políticas de dividendos de la sociedad, lo que crea el riesgo de que sus preferencias se tornen en ilusorias.

dividendo mínimo y porcentaje accesorio ⁴³ ; e) preferencia sobre el patrimonio social de liquidación ⁴⁴.

- La asamblea es la que tendrá la competencia originaria para adoptar la decisión de emitir más acciones preferidas, siempre y cuando esté previsto en el estatuto la facultad de emitir este tipo de acciones. La asamblea será la que determine lo concerniente al aumento de capital social y a las condiciones de emisión de aquéllas, su amortización o cancelación, su posible conversión en acciones ordinarias, entre otros supuestos⁴⁵.
- En esta altura, cabe resaltar que los accionistas preferidos en caso de resultados negativos de la sociedad participarán de los mismos como los ordinarios, si la sociedad experimenta pérdidas, perderán su capital, debido a su necesaria subordinación en la liquidación frente a los acreedores. Si no existen utilidades a liquidar, no podrán gozar de su preferencia, esto en contraposición a los derechos a la devolución del capital y el pago de intereses de que gozan los acreedores, no condicionados a la existencia de utilidades.⁴⁶

Como ya se dijera anteriormente, afirmamos que la posibilidad consagrada por la Ley General de Sociedades a crear diferentes clases de acciones, es una herramienta que debe ser utilizada por las empresas familiares bajo forma de S.A., ya que, mediante la previsión estatutaria correspondiente, se podrá diferenciar entre los distintos integrantes que formen parte del día a día del emprendimiento familiar, dotando de mayor peso a aquellos en que los fundadores o la mayoría considere más idóneos para el cumplimiento del objeto social.

43

□ ZALDIVAR, 227, en este caso, el accionista titular de la acción preferida gozará de un beneficio patrimonial por el cual percibirá un dividendo fijo, inmutable, y una distribución accesorio determinada en un porcentaje (x %) una vez pagado el dividendo que deberían percibir las acciones ordinarias. Estas acciones son denominadas “acciones preferidas de participación”.

44

□ ZALDIVAR, 227, mediante este tipo de preferencia puede preverse diferentes modalidades, ya que, la preferencia puede ser sobre el reembolso del capital, con o sin participación en el remanente resultante, y en este último caso, con menor, igual o mayor participación, hasta el mayor porcentaje de la cuota de liquidación.

45

□ MENÉNDEZ, en “Las acciones...”.

46

□ CABANELLAS, en “Las acciones..”,5.

En la misma línea de lo expresado en el párrafo anterior, pareciera lógico que las acciones ordinarias de voto plural estuvieren reservadas para los fundadores de la sociedad y para aquellos herederos que cumplan con los presupuestos previamente establecidos en el estatuto de la S.A.

A modo de ejemplo, podría preverse estatuarmente que las acciones clase “A” serán acciones ordinarias de voto plural, otorgando 5 votos por acción, y que para ser titular de las mismas, se deberá, reunir -salvo para el caso de los fundadores- los siguientes requisitos: a) haber participado del acto de constitución de la sociedad y/o ser heredero de un accionista que haya revestido el carácter de titular de estas acciones; b) haberse desempeñado en la empresa familiar como empleado por un plazo mínimo de “x” cantidad de tiempo; c) contar con título habilitante expedido por Universidad Nacional y/o Extranjera, el cual pertenezca a una carrera en la que los conocimientos adquiridos sean de utilidad para el crecimiento de la empresa; d) posibilidad de agregar como requisitos el certificado de encontrarse cursando alguna maestría en negocios (MBA).

La finalidad de los presupuestos establecidos en el estatuto es limitar el ingreso a las esferas de alto rango en el manejo de la sociedad ya sea en el lo que respecta a su administración y/o gobierno. Esta limitación podría no ser total, incentivando a aquellos familiares que no cumplieren previamente con los requisitos estipulados en el estatuto a tener una participación, siendo titulares de acciones ordinarias y/o acciones preferidas, con la chance también prevista en el estatuto de convertir sus acciones en acciones ordinarias de voto plural una vez cumplidos los presupuestos establecidos, previa ratificación de dicha conversión mediante decisión asamblearia.

De esta manera, con los requisitos mínimos propuestos, garantizaríamos que las acciones con mayor poder de voto se encuentren en poder de personas que ya formen parte de la empresa, que conozcan el giro diario del emprendimiento, y que tengan una actitud de interés hacia el emprendimiento familiar, y a su vez, que revistan cierto grado de idoneidad mediante la obtención de un título universitario.

Que las acciones con mayor poder de decisión dentro de la asamblea de accionistas estén en manos de quienes se presuman más idóneos, permitirá que estos sean quienes manejen la empresa, imponiendo su voluntad dentro del órgano de gobierno, pero asegurándose también determinar quienes conformarán el órgano de

administración, y de fiscalización en caso de que este último estuviere previsto en el estatuto de la S.A. familiar.

La realidad indica que las posibilidades son infinitas, y dependerán de la pretensión que tengan los socios a la hora de planificar la forma de llevar adelante el negocio.

Otro ejemplo de diversificación en clases de acciones podría darse en el caso de que el emprendimiento esté compuesto por más de una familia, y que todas estas integren la sociedad anónima. Teniendo en cuenta esta situación, podría escindirse en diferentes categorías de acciones a cada familia. Esta forma de proceder no sólo aportará claridad respecto de las tenencias accionarias, si no que, permitirá a cada familia contar con un representante en el órgano de administración mediante el mecanismo previsto en el artículo 263 de la Ley General de Sociedades, y hasta la posibilidad de celebrar asambleas de clases en las que se debatan cuestiones relativas a la organización de la familia de que se tratare dentro de la sociedad.

Consideramos que la distinción entre acciones ordinarias, acciones ordinarias de voto plural y acciones preferidas podría ser consagrada también en este supuesto de escisión de las familias en distintas clases, previéndose “subclases” a los fines de diferenciar la posición y el grado de injerencia de cada familiar integrante de la sociedad dentro de la clase creada para su núcleo familiar.

A su vez, dentro del marco del estatuto, en conexidad con un eventual pacto sobre herencia futura, sería válida la previsión que determinare la conversión de las acciones que fueren del causante en acciones ordinarias de voto plural y acciones preferidas, determinándose en el pacto las clases de acciones a ser recibidas por cada heredero, respetándose de esta manera la última voluntad del futuro causante, o para el caso de que este no hubiere participado del pacto, la voluntad de los herederos suscribientes del mismo.

El reconocimiento del heredero mediante el otorgamiento de acciones preferidas, donde se consagre su prioridad a percibir una renta superior que la del resto de los accionistas, parece ser una herramienta jurídica idónea a los fines de apaciguar el descontento que podría -o no- provocarle el haber quedado por fuera del manejo del negocio familiar.

Es evidente que, si las acciones con preferencia patrimonial resultan útiles en el supuesto mencionado en el párrafo anterior, más aún lo serán para el caso de que el heredero se desentienda por completo del negocio familiar, priorizando sus propios proyectos de vida. En este caso, las acciones preferidas parecen aún más sencillas -pero no por ello menos útiles- de ser aceptadas por el futuro beneficiario de las mismas.

Es por lo expuesto que consideramos oportuno prever siempre al momento de la confección del estatuto, diferentes clases de acciones preferidas, a los fines de facilitar luego su utilización, sin necesidad de incurrir en una modificación del plexo estatutario.

Teniendo en cuenta que muchas veces la voluntad del futuro causante puede no ser respetada por todos o algunos de los herederos, ¿podría preverse estatutariamente la creación de acciones restacables, o determinarse que todas las acciones emitidas pueden convertirse en acciones a ser rescatas por la propia S.A.? Si bien no para el supuesto de hecho que aquí plantearemos, la doctrina se inclina por reconocer la posibilidad de prever este tipo de acciones en el ámbito de las sociedades cerradas.⁴⁷

En las sociedades cerradas la multiplicidad de socios no es una situación deseada, ni codiciada, por lo que, para el caso de que las acciones cayeran en titularidad de un heredero que no se encuentre en condiciones de ejercer los derechos inherentes a la calidad de accionista, resulta prudente prever estatutariamente el rescate de dichas acciones, en un ejercicio de poner por encima de todo al emprendimiento familiar y la perduración del mismo en el tiempo.

4.2) Formalidades de las acciones y libro de accionistas.

La Ley General de Sociedades prevé una serie de requisitos en cuanto a la formalidad o información que deben contener las acciones. El artículo 211⁴⁸ de la Ley

47

▣ LUCIANI, Fernando J, en “Las acciones de las sociedades anónimas como vehículos adecuados de financiación de empresas. Finalidad actual de las acciones rescatables”, en X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano De Derecho Societario y de la Empresa, La Falda, Cordoba, Argentina, 2007, 95.

48

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 211. — “*El estatuto social establecerá las formalidades de las acciones y de los certificados provisionales. Son esenciales las siguientes menciones: 1º Denominación de la sociedad, domicilio, fecha y lugar de constitución, duración e inscripción; 2º El capital social; 3º El número, valor nominal y clase de acciones que representa el título y derechos que comporta; 4º En los certificados provisionales, la anotación de las integraciones que se efectúen. Las variaciones de las menciones precedentes, excepto las relativas al capital, deberán hacerse constar en los títulos*”.

establece el piso mínimo de información, dándole el carácter de “esencial” a los datos que no pueden faltar.

Nuestra opinión se inclina por afirmar que, si se encuentran los datos esenciales enumerados por el 211, nada obsta a en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad agregar más información, que sirva dentro del ámbito interno de la sociedad, en lo que hace a su funcionamiento y a una delimitación clara de la posición que ocupa cada accionista.

En dicha inteligencia, podría ser agregada como información extra a la acción la relativa a:

- Consanguinidad y grado de parentesco. Proponemos que la acción contenga los datos que permitan individualizar al accionista como integrante de la familia a la que pertenece, y la determinación del grado de parentesco con quien fuere el fundador de la sociedad.

Teniendo en cuenta que la etapa generacional en la que se encuentra la empresa familiar en muchos casos determina el tiempo de vida que le queda, no superando muchas de ellas la tercera generación, resulta útil identificar esta situación, generando una conciencia tal que permita vencer esta barrera marcada por las estadísticas, las cuales han sido citadas al comienzo del trabajo.

Desde el aspecto psicológico, esta información permitirá reivindicar y reconocer a los accionistas anteriores, los que han logrado la subsistencia, mejora y crecimiento de la empresa, y empoderar a los accionistas actuales a superar a sus sucesores.

- En caso de existir pacto sobre herencia futura o sindicación de acciones, el cual puede o no formar parte del estatuto, el mismo tendrá incidencia directa sobre la titularidad de las acciones, por lo que, no estaría de más hacer referencia a que dichas acciones han sido objeto de un pacto de herencia futura y/o sindicación de acciones, dejando bien individualizadas a estas convenciones. Esto podrá ser útil por ejemplo cuando se prevea la conversión de las acciones del causante en diferentes clases, conforme a lo desarrollado en el capítulo anterior.
- Por ley deberá hacerse referencia a “*los derechos que otorga la acción*”, por lo que no vemos desacertado hacer referencia también a las “limitaciones” que

puedan recaer sobre dicho título, como por ejemplo en lo que respecta a su transmisibilidad o a los requisitos necesarios para detentar su titularidad.

Las ideas propuestas encuentran sustento en lo afirmado por la doctrina respecto a que la acción no es ni más ni menos que una certificación de la participación societaria del propietario del título valor en cuestión⁴⁹, y por ello es por lo que, encuadrar en su justa medida su participación expresando lo ya referido, en el título mismo no pareciera estar de más.

El artículo 213⁵⁰ de la Ley General de sociedades prevé la necesaria creación de un libro de accionistas, en donde se vuelquen los datos relativos a las clases de acciones, estado de integración, los derechos reales que las graven, entre otras cuestiones.

El libro de accionistas resulta fundamental a los fines de que los accionistas puedan ejercer sus derechos, ya que, a tales fines, si o si deberá estar anotado en el registro de accionistas.⁵¹

A nuestro humilde entender, este libro de accionistas, juntamente con las formalidades de las acciones -desarrolladas en este capítulo- generan un bloque de protección de la empresa familiar.

¿Por qué hablamos de bloque de protección? Por que mediante estas normas, se consagra la información veraz, clara, precisa, respecto a las acciones, las cuales como ya desarrollamos, son fundamentales a los fines de obtener el estado de accionista, por lo que, mediante la definición en el título de las mismas y en el libro de accionistas, ningún familiar accionista podrá entremezclar cuestiones que nada tengan que ver con la sociedad, ni manipular situaciones para obtener ventajas personales, debiendo limitarse a actuar dentro del marco de derechos que le otorguen las acciones de las que sea titular.

49

▣ ZALDIVAR, 227

50

▣ Ley General de Sociedades, ARTICULO 213. — “Se llevará un libro de registro de acciones con las formalidades de los libros de comercio, de libre consulta por los accionistas, en el que se asentará: 1) Clases de acciones, derechos y obligaciones que comporten; 2) Estado de integración, con indicación del nombre del suscriptor; 3) Si son al portador, los números; si son nominativas, las sucesivas transferencias con detalle de fechas e individualización de los adquirentes; 4) Los derechos reales que gravan las acciones nominativas; 5) La conversión de los títulos, con los datos que correspondan a los nuevos; 6) Cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y de sus modificaciones”.

51

▣ ESCUTI, 203.

En el libro de accionistas podrán asentarse, conforme se desprende del inciso “g” del artículo 213 “...cualquier otra mención que derive de la situación jurídica de las acciones y sus modificaciones...”, ejemplo de esto será la mención al pacto sobre herencia futura, sindicación de acciones que se haya suscripto, y/o cuestiones relativas a la adquisición de acciones por la propia sociedad o a la amortización de las mismas.⁵²

4.3) Limitaciones a la transmisibilidad de las acciones.

Partiendo de la concepción de que, en el ámbito de las sociedades anónimas familiares, las características personales del accionista y lo que este pueda aportar a la sociedad adquieren vital importancia, es que la facultad de los integrantes de la sociedad de limitar la transmisión del título que otorga la calidad de socio se convierte en una cuestión que no puede ser obviada en estas líneas.

La Ley General de Sociedades en su artículo 214 ⁵³ establece el principio general, el cual atiende a la esencia de las acciones, consagrando su libre transmisibilidad, facultando a los socios a que mediante previsión estatutaria limiten la transferencia de estas, debiendo tener cuidado a quien le toque redactar la limitación en no incurrir en una prohibición encubierta.

Alejándonos de la posición que considera que la prohibición a la transmisión de la acción atenta contra la naturaleza de la S.A., y principalmente contra la esencia de la propia acción, la cual el dogmatismo indica que debe poder circular sin mayores dificultades, ⁵⁴ y ciñéndonos a un criterio netamente realista, que nos indica de manera irrefutable que la mayor parte de las sociedades anónimas de la argentina son cerradas y/o familiares, es que podemos afirmar que una eventual prohibición a la transmisión de acciones en el marco de este tipo de sociedades no resultaría descabellado, debiendo primar la autonomía de la voluntad al momento de la confección del estatuto.

52

▣ VERON, 517.

53

▣ Ley General de Sociedades, ARTICULO 214. — “La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia. La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos”.

54

▣ ZALDIVAR, 229.

Como se señaló, la prohibición a transmitir las acciones importa la vulneración de las mismas en su esencia de títulos valores, por lo que, la misma deberá estar fundada en la protección a un instituto de mayor jerarquía, siendo este el interés social de la sociedad anónima familiar, el cual se vería afectado ante el ingreso de personajes extraños o no queridos por el restante elenco accionario, con el consiguiente riesgo de producirse conflictos societarios que menoscaben el rendimiento del emprendimiento, y hasta atenten contra su continuidad en el tiempo.

Teniendo en cuenta el panorama descrito, en un ejercicio donde impere el principio de razonabilidad, cabría preguntarnos, ¿tan importante es la esencia de la acción que no puede ser vulnerada si quiera en protección del interés social? ¿existen las acciones sin sociedad anónima que las emita? Las respuestas se tornan obvias, por lo que, esperamos que, en una eventual de reforma legislativa, donde se reconozcan a las sociedades familiares argentinas, se consagre esta posibilidad.

Al margen de lo ya expresado, ¿qué tipos de cláusulas estatutarias podemos establecer a los fines de proteger a la empresa familiar y a sus participantes a los fines de evitar el ingreso de personas extrañas?

- Cláusula de consentimiento. Mediante esta previsión estatutaria no podrán transmitirse las acciones sin la obtención previa del consentimiento del directorio de la S.A., o de su asamblea. Puede hasta preverse que quien deba expedirse primeramente sea el directorio, y que para el caso de que la decisión no satisfaga al accionista que quiere salirse de la sociedad, este pueda por vía recursiva recurrir a la asamblea.⁵⁵
- Cláusula de opción. En virtud de este tipo de cláusula, quien quiera vender sus acciones debe darle la opción de comprarlas a la sociedad y/o a sus colegas accionistas. Se les informa la intención de ceder las acciones, y los nombrados podrán ejercer el derecho de preferencia para la adquisición de estas.⁵⁶
- Cláusulas con condiciones determinadas. Puede preverse estatutariamente que las acciones sólo sean transmisibles a personas que cumplan con determinados

55

▣ FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h), en “Derecho societario para la actuación profesional”, editorial Erreius, Buenos Aires, año 2015, 215.

56

□ VERON, 547 - 548.

presupuestos que los tornen idóneos para formar parte del elenco accionario, afirmando considerablemente el carácter intuitu personae de la sociedad anónima familiar ⁵⁷. Conforme este tipo de cláusula será válido limitar la transferencia de la acción a todo aquel que: a) no tenga el apellido “x” propio de los integrantes de la empresa; b) no sea hermano, hijo, sobrino, etc de alguno de los fundadores de la sociedad; c) no cuente con título habilitante de médico, abogado, contador, etc, dependiendo del objeto social de la S.A.; d) entre otras variantes.

Partiendo de la base de que el presente trabajo pondera y reivindica la planificación sucesoria en el ámbito societario, ¿qué sucede en el supuesto de que la transmisión de la acción opere mortis causae? ¿será válida la limitación a la transferencia por muerte del accionista? La jurisprudencia se ha expedido al respecto, afirmando que la limitación a la transmisión de las acciones para el supuesto de muerte si está prevista estatutariamente, será válida y oponible a los herederos.⁵⁸

Una parte de la doctrina también se inclina por la afirmativa a los interrogantes planteados en el párrafo anterior, y hasta se reivindica la limitación estatutaria que permita tan solo la incorporación de aquellos herederos que han demostrado capacidad de gestión o interés en la sociedad, y la resolución del contrato de sociedad de aquellos otros que no se quiera dentro de la empresa ⁵⁹. Solución a la que suscribimos y la que nos parece importante prever. Existiendo la posibilidad de que los fundadores engendren nuevos hijos con posterioridad a la constitución de la S.A., pareciera razonable prever estatutariamente la limitación, y que la decisión de cuáles herederos ingresase a la S.A., y cuales no, quede en manos del órgano de gobierno.

Lo importante, a los fines de hacer valer las limitaciones, es que las mismas se encuentren previstas en el estatuto de la S.A., y que, a su vez, consten en el título de la

57

□ VERON, 550.

58

□ Cámara Nacional Comercial Sala B, en autos “El Chañar S.A.”, fallo de fecha 27/10/1993.

59

□ CESARETTI, Oscar D, en “Limitaciones convencionales a la libre cesibilidad de las cuotas y acciones”, en “La empresa familiar encuadre general, marco legal e instrumentación”, director Eduardo M. Favier Dubois (h), editorial Ad-Hoc, 2010.

acción y en el libro de accionistas, conforme los criterios sentados en el capítulo “3.3.b” del presente trabajo.

Asimismo, a los fines de evitar que las cláusulas propuestas sean tachadas de arbitrarias y que las mismas predominen por sobre cualquier intento de restarles eficacia jurídica, es que resultará extremadamente importante que el estatuto de la sociedad anónima familiar esté redactado de tal forma que no queden dudas de su carácter, de la importancia que reviste para sus fundadores el sujeto accionista, y que las limitaciones a la transmisibilidad se fundamentan en el interés social, y en el interés del núcleo duro que creó la sociedad.

4.4) Exclusión del accionista. Resolución parcial del contrato social.

*“En lugar de esperar regulaciones imperativas de parte del legislador, sobre todo en el ámbito de las sociedades cerradas, ejerzamos con inteligencia e imaginación las soluciones que mejor se adaptan a las necesidades de los socios, que eviten conflictos futuros y que aseguren la conservación de la empresa más allá de las rencillas y problemas internos”.*⁶⁰

Haciéndonos eco de las acertadas palabras de Duprat, es que se decide agregar el presente sub-capítulo, siendo el espíritu de estas líneas reivindicar la prevención de eventuales conflictos societarios mediante la implementación de soluciones jurídicas, a pesar de que las mismas no deriven de normas expresas e imperativas en todos los casos.

Siguiendo la línea argumental aquí expuesta, cabe destacar que la Sección XII de la Ley General de Sociedades, regula lo relativo a la “resolución parcial y disolución” de los tipos sociales contenidos en dicha Ley, adquiriendo relevancia a los fines de este punto los artículos 89⁶¹ y 91⁶², los cuales consagran la posibilidad de exclusión del socio.

60

⁶⁰ DUPRAT, Diego A. J, en “La exclusión y separación del accionista en las sociedades anónimas cerradas”, LA LEY 13/02/2013AR/DOC/134/2013, 2.

61

⁶¹ Ley General de Sociedades, ARTICULO 89. — “Los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en esta ley”.

62

De la lectura de los artículos citados se colige con claridad que el legislador a previsto la exclusión del socio para todos los tipos sociales, salvo para la S.A., de la cual no ha dicho nada, por lo que, por aplicación del principio emanado del artículo 19⁶³ de la Constitución Nacional, afirmamos que al no estar expresamente prohibida la exclusión del socio para el caso de las S.A., la misma está permitida.

¿Qué es la exclusión del socio? Ni mas ni menos que un mecanismo de defensa a favor de los socios de la empresa, en pos de consagrar la preservación del equilibrio y estado de igualdad jurídica que debe gobernar toda relación social.⁶⁴

Cuando el equilibrio se pierde, nacen los conflictos en el seno de la sociedad, y estos traen aparejada la pérdida de eficacia de esta en su funcionamiento, por lo tanto, se deben prever mecanismos que reestablezcan dicho equilibrio y favorezcan la buena salud del emprendimiento.

La muerte del accionista, la sucesión en la transmisión de las acciones, la sucesión en la gestión de los cargos directivos, son causales de conflicto societario⁶⁵, muchas veces ante la muerte de ciertos accionistas se incorporan otros que nada tienen que ver con la empresa, despojados de toda idea de continuidad en el tiempo y crecimiento del negocio, si no, más bien, todo lo contrario, atentando contra la causa misma por la cual ha sido celebrado el contrato de sociedad.

□ Ley General de Sociedades, Exclusión de socios. ARTICULO 91. — “*Cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior, en los de responsabilidad limitada y los comanditados de las de en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario. Justa causa. Habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada. Extinción del derecho. El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de noventa (90) días siguientes a la fecha en la que se conoció el hecho justificativo de la separación. Acción de exclusión. Si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue. Si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios*”.

63

□ Constitución Nacional, Artículo 19: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

64

□ ZALDIVAR, 229.

65

□ FAVIER, DUBOIS, Eduardo M(p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h), en “Derecho societario para la actuación profesional”, editorial Erreius, Buenos Aires, año 2015, página 215

Doctrina importante ha afirmado que estos institutos previstos en la parte general de la Ley General de Sociedades, solo son aplicables en aquellos tipos societarios donde el elemento personal mantiene alguna incidencia, procediendo la exclusión del socio sólo para las sociedades por parte de interés y en las S.R.L., porque en ellas —el ingrediente personal tiene trascendencia; por lo que, precisamente, la exclusión de socio (a salvo previsión estatutaria en contrario), no tiene lugar en las sociedades por acciones.⁶⁶

Una vez más, y con el riesgo de tornarnos reiterativos, afirmamos que en las sociedades anónimas en nuestro País el elemento personal juega un papel preponderante en la mayoría de los casos, por lo que, al preverse estatutariamente la exclusión del socio por justa causa, dicha cláusula deberá ser reputada válida.

Parte de la jurisprudencia se ha inclinado por validar este tipo de cláusulas, ejemplo de esto son los fallos “Transporte del Tejar”⁶⁷ y “Microómnibus”⁶⁸, donde en ambos casos se convalidó la eficacia de las cláusulas sobre exclusión de socios, siempre y cuando la misma esté prevista en el estatuto.

Más recientemente, y a pesar de no hacer lugar a la acción de exclusión del socio, en el fallo “Quetra”⁶⁹, también se ratificó la postura que tiende a una flexibilización de la figura para el supuesto de S.A. cerradas, donde se haya previsto la exclusión del accionista y exista justa causa.

Al margen de la cantidad de supuestos pasibles de ser encuadrados como “justa causa”, nos centraremos en la posibilidad de que esta sea definida por la asamblea de

66

□ MORO, Emilio F, en “Sobre un caso de exclusión de socios”, La Ley, 01/03/2017, Cita Online: AR/JUR/1805/1995, 3.

67

□ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “C” en los autos “Transportes del Tejar S.A., c/Perez Manuel V y Otros”, La Ley 1996-B, Cita Online: AR/JUR/1805/1995, donde se resolvió “*Respecto a la exclusión de socios en las sociedades anónimas, corresponde aceptar la posibilidad de incluir cláusulas estatutarias de este tipo en las sociedades de componentes, atento su particular estructura y finalidad. Tales sociedades tienen puntos de conexión con las sociedades profesionales, en donde aquellos accionistas que no mantengan las cualidades requeridas pueden ser excluidos de la sociedad...*”. Este fallo también reconoció la facultad de prever causales especiales de resolución parcial del contrato de sociedad, por más que estas no estén previstas legalmente.

68

□ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “F”, en los autos “Microómnibus Ciudad de Buenos Aires C/Martinez Daniel S/Ordinario”, La Ley.

69

□ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “A”, en los autos “Quetra SA c. Pitrelli, Domingo s/ ordinario” y “Pitrelli, Domingo c. Quetra SA s/ ordinario”, de fecha 28/09/2017.

accionistas, remitiendo a lo ya expresado por la doctrina calificada a los fines de un análisis pormenorizado respecto de la noción de “justa causa” y los distintos supuestos en los que esta puede ser configurada.⁷⁰

Partiendo de los principios rectores que hemos tratado de recalcar a lo largo del trabajo, humildemente consideramos que la voluntad de la mayoría mediante decisión asamblearia encuadraría como un supuesto de “justa causa” a los fines de tornar operativa la clausula estatutaria en la que se haya previsto la exclusión del accionista por dicha causal.

Quien ha asistido a la facultad de derecho ha escuchado en más de una oportunidad de boca de diferentes profesores la célebre frase “*quien puede lo más, puede lo menos*”, por lo que, pareciera lógico que si los accionistas pueden disolver la sociedad por su sola voluntad (lo “mas”), ¿por qué no podrían con el mismo acuerdo de voluntades resolver la exclusión de uno o más accionistas (lo “menos”)?.

La exclusión del accionista traerá aparejada la resolución parcial del contrato de sociedad, con el evidente nacimiento del derecho de este -ahora “ex accionista”- a percibir un monto en dinero que equivalga al valor real de la participación accionaria que tenía en la S.A.

Con relación a la determinación del monto, no perdiendo de vista el criterio rector establecido en el artículo 13 inciso “5”⁷¹ de la Ley General de Sociedades, pareciera justo y razonable que a los fines de la determinación del valor se utilizaran criterios de valuación de empresa hartamente aceptados en la práctica societaria, pudiendo ser estos, a modo de ejemplo, el confeccionar un balance especial bajo determinados parámetros, o la utilización del método de flujo de fondos descontados, valor de activos netos de pasivos, valor que el mercado le asigne a la empresa, múltiplo

70

□ MARTORELL, Ernesto Eduardo, en “Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos”, Tomo II, Editorial Adebledo Perrot, año 2010, 615; FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h), en “Derecho societario para la actuación profesional”, editorial Erreius, Buenos Aires, año 2015, 261 – 267.

71

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 13. — “*Son nulas las estipulaciones siguientes: ... 5) Que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva*”.

de EBIDTA normalizado, valor que el mercado le asigne a empresas similares, entre otros.⁷²

Lo que consideramos importante resaltar es que, a los fines de dotar de seguridad jurídica a la sociedad y sus accionistas, es que el método de valuación deberá estar previamente designado en el estatuto, con detalle expreso de todos los pasos que deben darse para lograr su consecución, hasta pudiendo determinar de manera anticipada los distintos candidatos a realizar la labor valuadora.

Después de todo lo expresado, entendemos que el instituto de la exclusión del socio por justa causa es funcional y conveniente en el marco de las sociedades anónimas cerradas y que, pactada en el estatuto, tiene plenos efectos.⁷³

4.5) Adquisición de acciones por la sociedad.

En la práctica societaria, ante el descontento de los integrantes de la familia para con alguno de sus miembros en lo que respecta a su desenvolvimiento dentro de la empresa familiar, considerado este desenvolvimiento cuanto menos contraproducente para el negocio por actitudes contrarias a la buena salud del mismo, se recurre a la adquisición de acciones por la propia sociedad, donde los operadores jurídicos se ven forzados a valerse de las herramientas que les da la Ley, atendiendo al resultado obtenido mediante su aplicación, más que a la naturaleza jurídica de dichos institutos.

Lo expresado, va de la mano con una situación que se reitera con el paso del tiempo, en muchas empresas argentinas, cuando el deseo de la mayoría es que determinado accionista deje de formar parte de la empresa, no contando estos con el capital suficiente para comprar las acciones -o no queriendo utilizarlo a tales fines-, por lo que se recurre a la figura de la adquisición de dichas acciones por parte de la sociedad anónima.

La posibilidad de que sea la propia sociedad la que adquiera sus acciones está prevista en el artículo 220 incisos “1” o “2” de la Ley General de Sociedades⁷⁴ y

72

□ Eduardo M. Favier Dubois (p) y Eduardo M. Favier Dubois (h), en “Derecho societario para la actuación profesional”, editorial Erreius, Buenos Aires, año 2015, página 268.

73

□ DUPRAT, en “La exclusión...”, 2 – 3.

74

muchas veces -ante la falta de otras regulaciones estatutarias que den solución al problema aquí planteado- se torna una figura idónea para hacer frente al costo que implica comprar las acciones de aquel que no está aportando nada más que problemas al día a día de la empresa.

Tanto en el supuesto de que el accionista al que se le comprarán sus tenencias accionarias desee vender, o no, deberá realizarse la correspondiente valuación de la empresa, aplicando alguno de los métodos que se mencionan a lo largo de este trabajo.

Una vez determinado el valor de la totalidad de las acciones de la sociedad anónima, se calculará el valor de la participación accionaria a ser adquirida por la empresa. En el escenario ideal, se entablará una etapa de negociación entre las partes a los fines de arribar a un número final, o será el directorio de manera unilateral el que fije el valor representativo de dichas acciones, procediendo a su cancelación, para luego tratar de lograr la ratificación de la gestión en asamblea extraordinaria.

Será menester, a los fines de dotar de mayor seguridad jurídica a la aplicación de este instituto, contar con previsiones estatutarias que establezcan el mecanismo de valuación de la empresa y las participaciones accionarias. Esta cuestión no puede quedar a discrecionalidad de los integrantes de la sociedad, si no, que los pasos a ser ejecutados deben estar expresamente previstos en el estatuto.

El inciso primero del artículo 220 faculta a la sociedad a adquirir las acciones y cancelarlas, previo acuerdo de reducción de capital. En este caso se produce la anulación de la acción, lo que trae aparejado, la extinción de los derechos del hasta ese momento socio. A los fines de concretar este procedimiento será necesario someter la decisión a la asamblea extraordinaria de accionistas, y cumplir con los recaudos previstos por la Ley para reducción de capital, conforme artículos 204 y concordantes.⁷⁵

Con relación al segundo inciso, en este caso el directorio tomará la decisión de adquirir las acciones por la sociedad ante el supuesto de producirse un grave daño para la misma, debiendo justificar su accionar en asamblea ordinaria.

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 220. — “La sociedad puede adquirir acciones que emitió, sólo en las siguientes condiciones: 1º) Para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital; 2º) Excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria...”.

En este segundo supuesto, donde las acciones se comprarán con ganancias realizadas o reservas libres, no hay afectación del capital, y por ende no opera la reducción de este. La sociedad deberá vender las acciones en el plazo de un año, donde tendrán derecho de preferencia y derecho de acrecer en proporción a sus tenencias accionarias, los accionistas familiares que formen parte de la sociedad.⁷⁶

Como se señalará en el punto relativo a prima de emisión, creemos conveniente que estatualmente se prevea la obligación de destinar una parte de los producidos mediante dicha emisión con prima a la creación de una reserva estatutaria que pueda ser desafectada en determinados supuestos, como por ejemplo, ante la adquisición de acciones por la propia sociedad cuando el deseo de la mayoría sea apartar a alguno de los accionistas que no esté cumpliendo con sus deberes como socio, o que habiendo heredado una parte de las acciones no desee formar parte de la empresa familiar, entre otros supuestos de hecho que pueden acaecer en la realidad.

Está claro que el abultamiento de los montos correspondiente a esta reserva estatutaria puede provenir no sólo de los saldos obtenidos por la emisión con prima, si no también, por la no distribución de utilidades cuando así lo marcara la suerte de la empresa y la voluntad mayoritaria de sus accionistas.

Lo importante será aplicar un criterio preventivo que abulte la reserva para responder con ese dinero ante los supuestos que puedan ser encuadrados en las previsiones estatutarias que habiliten su desafectación.

4.6) Prima de emisión. Obligatoriedad. Valuación de la empresa. Destino a reserva estatutaria de los fondos obtenidos mediante la emisión con prima.

Toda aquella empresa familiar bajo forma de S.A. cerrada, que desee obtener financiamiento para llevar adelante sus proyectos, tiene principalmente dos opciones bien concretas, siendo estas: a) obtener un préstamo otorgado por un tercero acreedor, o b) efectuar un aumento de capital en los términos del artículo 188⁷⁷ y concordantes de la Ley General de Sociedades.

76

▣ ZALDIVAR, 247.

77

▣ Ley General de Sociedades, ARTÍCULO 188: — “*El estatuto puede prever el aumento del capital social hasta su quintuplo. Se decidirá por la asamblea sin requerirse nueva conformidad*”

En ocasión de realizarse los aumentos de capital, la Ley General de Sociedades, en su artículo 202 ⁷⁸ prevé la posibilidad de emitir las nuevas acciones con un sobreprecio por sobre el valor nominal, denominándose esta modalidad como “prima de emisión”.

En palabras de Halperin “*la prima corresponde al mayor valor real que le corresponde a la acción emitida por la participación que representa sobre el patrimonio existente, que se compensa para los accionistas anteriores con tal prima*”⁷⁹.

¿Cuál es la finalidad de la prima de emisión? Este instituto permite mantener la consistencia patrimonial de las acciones de la S.A., la cual se verían “aguadas” ante una emisión de acciones a valor nominal. La prima tiene por finalidad principal equiparar la situación de los suscriptores de las acciones emitidas -sean estos nuevos accionistas o no- con la posición de los ya titulares de acciones, en relación a las reservas acumuladas y las inversiones efectuadas por la sociedad con anterioridad al aumento de capital. Lo que se pretende es conservar el mayor valor real de la acción, y evitar el enriquecimiento sin causa que se produciría en favor de los que suscribieran nuevas acciones emitidas a la par.⁸⁰

Reforzando lo dicho, para el supuesto de decidir los accionistas emitir nuevas acciones a la par, si el valor real de las acciones de la sociedad de que se trate es distinto al valor nominal y aquellos que ya integraban el elenco accionario decidieran no suscribir el aumento de capital hecho a la par, se verían afectados, independientemente de que quien suscriba las nuevas acciones se encontrara ya formando parte de la sociedad o no. Por las limitaciones propias de este trabajo en relación a su

administrativa. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 202, la asamblea solo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá...”

78

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 202. — “*Es nula la emisión de acciones bajo la par, excepto en el supuesto de la Ley N. 19.060. Se podrá emitir con prima; que fijará la asamblea extraordinaria, conservando la igualdad en cada emisión. En las sociedades autorizadas para hacer oferta pública de sus acciones la decisión será adoptada por asamblea ordinaria la que podrá delegar en el directorio la facultad de fijar la prima, dentro de los límites que deberá establecer. El saldo que arroje el importe de la prima, descontados los gastos de emisión, integra una reserva especial. Es distribuible con los requisitos de los artículos 203 y 204*”.

79

□ HALPERIN, Isaac en “*Manual de Sociedades Anónimas*”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1965, 87.

80

□ FIORITO, Tomas M, en “*Prima de emisión y métodos de valuación de empresas*”, La Ley, 22/02/2011, Cita Online: AR/DOC/7479/2010, 5.

margen de extensión, es que, para un entendimiento cabal del instituto referido, remitimos a las definiciones conceptuales esgrimidas en el voto del Dr. Anaya en el fallo “Augur S.A. C/Sumampa S.A.”⁸¹.

¿Es la prima de emisión obligatoria? Conforme la importante jurisprudencia que se ha expedido al respecto, nos inclinamos por la posición que sostiene que la emisión con prima es obligatoria siempre que exista una diferencia entre el valor nominal de la acción y el valor real de las mismas.⁸²

¿Cómo debe ser estimado el valor del sobreprecio? En cuanto a la elección del método que determine el monto de la prima de emisión, podemos afirmar que aquí primará la autonomía de la voluntad de los accionistas quienes decidirán cual es el método aplicable al caso en concreto.

Al margen de lo expresado en el párrafo anterior, y en pos de la protección de la seguridad jurídica de la sociedad, sus accionistas y los acreedores, lo mejor sería que el mecanismo de valuación de la empresa esté previsto en el estatuto de la S.A. familiar, y que dicho procedimiento pueda ser encuadrado dentro de la categoría de los métodos utilizados habitualmente para valorar empresas.

Nuevamente, a modo de repaso, podemos mencionar algunos de los mecanismos idóneos de valuación de empresas, siendo estos, los siguientes: a) método de flujos de fondos descontados o “unlevered discount cash flow”; b) múltiplo de EBITDA normalizado o “price earning”; c) método mediante comparación de empresas similares dentro de un mercado determinado.⁸³

81

□ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “C”, autos “Augur S.A. C/Sumampa S.A.”, publicado en La Ley-1985, Cita Online: AR/JUR/2628/1984.

82

□ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “B”, en autos “Lurie Jorge C/Ponieman Hnos S.A.I.C y A S/Sumario”, donde se resolvió en dichos autos que lo mas conveniente sería que la prima de emisión sea determinada por la sindicatura, o en caso de no contar con sindicatura la S.A., por profesionales de la rama contable. Asimismo, los Jueces determinaron que la expresión “se podrá” contenida en el artículo 202 de la Ley General de Sociedades -Ley de Sociedades Comerciales en ese entonces- es a los fines de dotar de legitimidad a la emisión con prima, pero que no debe interpretarse que tal expresión vuelve a la prima de emisión “facultativa”. La obligatoriedad aparece impuesta no por letra de la ley, si no por la coherencia de todo el ordenamiento jurídico. Y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “C” en autos “Block Susana H y Otros C/ Frigorífico Block S.A. LA LEY 29/08/2005, 6, con nota de GAGLIARDO, Mariano; LA LEY 2005-E , 58, Cita Online: AR/JUR/570/2005.

83

□ FIORITO, en “Prima de...” 8 - 10, el autor no sólo menciona los diferentes métodos de valuación de empresas más utilizados, si no que hace una explicación clara de los mismos, por lo que

Con la intención de evitar futuros conflictos societarios surgidos por la diferencia de criterios en la apreciación de la prima de emisión y su obligatoriedad, es que la mejor forma de echar por tierra este tipo de problemas, es prever al momento de la constitución de la sociedad o de la reforma estatutaria de que se trate, la inclusión en el estatuto de la S.A., de una cláusula que establezca la obligatoriedad de emitir con prima, las formas en que debe ser valuada la empresa para la determinación del monto de la prima, las características mínimas del profesional que deba llevar adelante dicha tarea, y el destino que debe dársele a los fondos obtenidos gracias a dicha emisión.

Dentro del ámbito de la empresa familiar cerrada, donde -como veremos- serán de aplicación las disposiciones relativas a exclusión de socios, pactos de herencia futura en los cuales se establezca la prohibición de ingreso de aquellos herederos que no sean aptos para formar parte del elenco accionario y/o de la gestión de la empresa, es que debería preverse estatutariamente el direccionamiento de los fondos obtenidos bajo la emisión con prima a una reserva obligatoria, en los que dichos montos sólo puedan ser desafectados si se tornaren operativos los presupuestos previstos en las cláusulas relativas al pacto sobre herencia futura, exclusión del socio, adquisición de acciones por la propia sociedad, siendo estos algunos de los supuestos que pueden sucederse.

Puede que el lector esté pensando en términos del artículo 70⁸⁴ de la Ley General de Sociedades, y que, por tal razón, considere que la solución aquí propuesta no es correcta, pero, antes de sacar conclusiones apresuradas, queremos recordar que:

- La decisión de prever estatutariamente una reserva que tenga una finalidad específica ⁸⁵, es completamente legal. Esta determinación se encuentra enmarcada dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad del que gozan los contratantes al momento de celebrar el contrato societario.

remitimos al artículo para una mayor comprensión de los diferentes métodos que pueden utilizarse a tales fines.

84

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 70. —“... *Otras reservas. En cualquier tipo de sociedad podrán constituirse otras reservas que las legales, siempre que las mismas sean razonables y respondan a una prudente administración. En las sociedades por acciones la decisión para la constitución de estas reservas se adoptará conforme al artículo 244, última parte, cuando su monto exceda del capital y de las reservas legales: en las sociedades de responsabilidad limitada, requiere la mayoría necesaria para la modificación del contrato*”.

85

□ RECIO, Juan Ignacio, en “Criterios para evaluar la razonabilidad de las reservas facultativas”, en III Jornada Nacional de Derecho Contable, La Plata, 291.

- No debe perderse de foco el hecho de que la previsión estatutaria propuesta se dará dentro del marco de la sociedad cerrada, la cual no hace oferta pública de sus acciones, y en donde la persona del accionista adquiere relevancia, no resultando indistinto para el destino de la empresa quienes tengan la titularidad del capital accionario.
- Teniendo en cuenta las estadísticas expuestas al comienzo de este trabajo, en donde los hechos demuestran que las empresas familiares no suelen pasar de la tercera generación, esta reserva estatutaria se convierte en una herramienta que prioriza y aplica por sobre todas las cosas, el principio de conservación de la empresa, en concordancia con el criterio adoptado por el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1010.
- La constitución de esta reserva, y la posterior utilización de los fondos allí depositados, deberá cumplir con los presupuestos estipulados por los artículos, 203 y 204 de la Ley General de sociedades, es decir, se requerirá el pronunciamiento de asamblea en donde se constate el acaecimiento de algunos de los supuestos previstos para disponer de la reserva, informe fundado de la sindicatura o del profesional auditor contratado por el directorio a tales fines, y el respeto del plazo legal previsto para la oposición de los acreedores.⁸⁶

4.7) Órgano de “gobierno”. Asambleas.

La persona jurídica sociedad anónima se compone por un conjunto de órganos societarios, cada uno con funciones propias, formando todos ellos parte de la estructura interna, dotando de vida a la sociedad, dándole el impulso que sea necesario a los fines de lograr la consecución del objeto social planteado como objetivo al momento de su constitución.

El órgano social que tiene por finalidad convocar a todos los accionistas para que de manera individual emitan su voto respecto de los temas que deban ser tratados conforme a un orden del día previamente determinado, formando de esta manera la

voluntad de la sociedad mediante la suma de todas las expresiones individuales, se conoce con el nombre de “asamblea de accionistas”.

La doctrina define a la asamblea como “... *la reunión de accionistas organizada para su funcionamiento en forma de colegio de acuerdo con lo establecido en la ley y los estatutos, a fin de tratar y resolver, en interés social, sobre los asuntos de su competencia, con efecto de obligatoriedad para la sociedad y los accionistas*”.⁸⁷

Tanto la Ley, como la realidad, indican que la asamblea de accionistas no puede encargarse de la gestión diaria del emprendimiento, ni dirigirla, ni controlarla, recayendo dicha función en el directorio, como órgano de administración, por lo que, estamos en condiciones de afirmar que el gobierno de la sociedad recae en realidad en el directorio, debiendo gestionar la marcha del negocio, y representar a la sociedad ante los terceros.⁸⁸

Al margen de lo expresado, el órgano asambleario reviste importancia, y si bien el mismo no cumplirá un rol activo en la ejecución diaria de los actos a ser realizados en el seno de la empresa familiar, si será determinante en el aspecto institucional, ya que, el ámbito o espacio idóneo a los fines de que los familiares accionistas se reúnan y tomen determinaciones de trascendencia pareciera ser justamente la asamblea.

En la asamblea se decidirán las cuestiones taxativamente previstas en la Ley General de Sociedades en sus artículos 233⁸⁹, 234⁹⁰ y 235⁹¹. En esta inteligencia, nos

87

□ ZALDIVAR, 158.

88

□ VERON, 675.

89

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 233. — “*Las asambleas tienen competencia exclusiva para tratar los asuntos incluidos en los artículos 234 y 235...*”.

90

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 234. — “*Corresponde a la asamblea ordinaria considerar y resolver los siguientes asuntos: 1) Balance general, estado de los resultados, distribución de ganancias, memoria e informe del síndico y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos; 2) Designación y remoción de directores y síndicos miembros del consejo de vigilancia y fijación de su retribución; 3) Responsabilidad de los directores y síndicos y miembros del consejo de vigilancia; 4) Aumentos del capital conforme al artículo 188. Para considerar los puntos 1) y 2) será convocada dentro de los cuatro (4) meses del cierre del ejercicio*”.

91

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 235. — “*Corresponden a la asamblea extraordinaria todos los asuntos que no sean de competencia de la asamblea ordinaria, la modificación del estatuto y en especial: 1º) Aumento de capital, salvo el supuesto del artículo 188. Sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago; 2º) Reducción y reintegro del capital; 3º) Rescate,*

parece fundamental reivindicar a la asamblea como espacio idóneo para tratar las cuestiones que pudieran derivarse del traspaso generacional de las acciones.

En la asamblea serán de aplicación los artículos del estatuto relativos a las clases de acciones y los derechos que estas acciones otorguen, ya que, es dable destacar en esta instancia que, la mayoría en las asambleas no se computará sobre los socios o accionistas, sino en base a las fracciones de capital, o sea, las acciones. Como ha afirmado la doctrina, las acciones son las que votan y no los accionistas, importando la mayoría de capital a los fines de la determinación de la voluntad social.⁹² Es por ello por lo que los derechos que otorgan las acciones serán trascendentales en la toma de decisiones de la sociedad, y en el rumbo a recorrerse por la misma, debiendo estar las acciones de mayor peso político en manos de los integrantes más idóneos.

En las asambleas podrá decidirse por ejemplo, todo lo ut supra desarrollado en relación a la posibilidad de adquirir acciones por la propia sociedad, comprando la participación accionaria de aquel socio que no esté aportando nada más que problemas a la empresa o la parte proporcional del heredero que no se quiera adentro del negocio o que quiera salirse del mismo; o la exclusión del socio heredero con la consiguiente resolución parcial del contrato de sociedad; o la desafectación de las reservas estatutarias que correspondan a los fines de cancelar la adquisición de acciones, exclusión del socio, o ejecución del pacto de herencia futura en los términos del mismo; la designación de los miembros del comité ejecutivo, sindicatura o consejo de vigilancia en caso de que algunos de estos órganos estén previstos estatutariamente, y por supuesto, de los miembros del directorio; estos son algunos de los tantos ejemplos que se pueden encontrar de cuestiones que deberían ser decididas en el seno de la asamblea de accionistas y que serán de vital importancia para la vida de la empresa familiar.

reembolso y amortización de acciones; 4º) Fusión, transformación y disolución de la sociedad; nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores; escisión; consideración de las cuentas y de los demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo; 5º) Limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones conforme al artículo 197; 6º) Emisión de debentures y su conversión en acciones; 7º) Emisión de bonos”.

4.7. a) Convocatoria a asamblea. Lugar de celebración. Constitución del acto. Formalidades impuestas por la Ley. Posibilidad de saltar estas formalidades mediante previsión estatutaria.

En cuanto a los presupuestos establecidos por la Ley General de Sociedades en lo que hace a la forma en la que debe convocarse a asamblea, la notificación a los accionistas, el aviso de concurrencia por parte de estos, el lugar en el que deberá ser llevada a cabo la asamblea, y una vez constituida, régimen de quorum y mayorías, cabe destacar -una vez más- que el legislador partió de la idea de que este tipo societario sería utilizado por grandes empresas, en donde el capital se encontrare atomizado en muchísimos inversores, probablemente algunos de ellos desinteresados respecto de estos menesteres, por lo que debía instaurarse un sistema que permitiera a la sociedad continuar funcionando, sin quedar atrapada en una imposibilidad de desarrollar sus asambleas.

A lo expresado en el párrafo anterior, cabe agregar que la revolución tecnológica en la que nos encontramos actualmente ha traído grandes cambios en muchísimos aspectos de nuestra comunidad, entre los que se encuentran obviamente aquellos relacionados con las comunicaciones y los mecanismos utilizados por la sociedad contemporánea para interactuar entre sus integrantes.

La utilización, y adopción de los medios electrónicos por parte de la sociedad en todas sus esferas a evolucionado con tamaña celeridad gracias la crisis actual, surgida por la propagación del virus del COVID-19 a lo largo y ancho del mundo, la cual obligó a nuestros Gobernantes a decretar el aislamiento de los ciudadanos en sus hogares, como mecanismo paliativo al esparcimiento del virus, prohibiendo cualquier tipo de contacto estrecho entre personas que no vivieran en su mismo hogar.

Lo dicho cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que la primer Ley General de Sociedades fue dictada en 1972, época en la que las tecnologías no habían llegado al grado de desarrollo en el que nos encontramos, y por las cuales, la Ley en los términos en los que se encuentra dictada actualmente ha quedado desactualizada y desfasada de la realidad, provocando la dilución de la importancia y utilización de las asambleas de accionistas para las sociedades cerradas producto de su falta de practicidad.

De más está decir que el mecanismo instaurado por la Ley general de Sociedades para la convocatoria y funcionamiento de las asambleas, no es utilizado por las sociedades anónimas familiares cerradas argentinas hasta que se produce algún conflicto familiar-societario, en el que el apego a esta normativa encuentra su motivación en evitar nulidades, o peor aún, en plantear nulidades a las decisiones tomadas en asambleas convocadas mediante los mecanismos utilizados por costumbre por la propia sociedad, y no mediante los medios previstos por la normativa societaria.

En base a lo manifestado, analizaremos de manera sucinta los aspectos más relevantes que podrían ser modificados en materia de formalidades establecidas por la Ley para las asambleas en el ámbito de la sociedad anónima, en beneficio de las empresas familiares argentinas.

- **Convocatoria a Asamblea. Forma de la convocatoria:** La Ley prevé en el primer párrafo de su artículo 237⁹³ que el medio establecido para la convocatoria es la publicación de avisos en el diario de publicaciones legales del domicilio social, por cinco días en primera convocatoria, y por tres en segunda. Además, dicha publicación edictal deberá mencionar el carácter de la asamblea (ordinaria o extraordinaria), fecha, hora y lugar de la reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas.⁹⁴

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la convocatoria necesariamente será efectuada mínimamente con diez días de anticipación y treinta como máximo, excepto que estemos hablando de una segunda convocatoria donde el mínimo pasará a ser de ocho días.

¿Resulta lógico mantener esta parafernalia instrumental en las sociedades cerradas? Nuestra opinión se inclina por una respuesta negativa. Es más, hoy en día no resulta lógico ni siquiera en las grandes empresas que cotizan en

93

⁹³ Ley General de Sociedades, ARTICULO 237. — “Las asambleas serán convocadas por publicaciones durante cinco (5) días, con diez (10) de anticipación, por lo menos y no más de treinta (30), en el diario de publicaciones legales. Además, para las sociedades a que se refiere el artículo 299, en uno de los diarios de mayor circulación general de la República. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día, y los recaudos especiales exigidos por el estatuto para la concurrencia de los accionistas...”.

94

⁹⁴ ZALDIVAR, 347.

bolsa, por más que su capital esté atomizado y diversificado en cientos de accionistas.

Actualmente, podría preverse estatutariamente que el directorio de la sociedad anónima notifique a sus accionistas mediante otros medios fehacientes, entre los que encontramos, por ejemplo, al correo electrónico; mensaje individual por WhatsApp; mensaje al grupo de WhatsApp de la empresa creado a los fines de notificar asambleas; si la empresa contara con una política desarrollada de difusión de su actividad y posicionamiento de marca en redes sociales, podría utilizar Instagram o Facebook para notificar a sus accionistas; y para el caso de ser un poco más tradicionales y contar con liquidez suficiente, siempre deberían tener a mano la posibilidad de notificar mediante carta documento o telegrama colacionado.

Todas las formas de notificación propuestas deberán ser plenamente eficaces, siempre y cuando encuentren correlato en una clara previsión estatutaria, dejando a la publicación de edictos, y todas las obligaciones conexas estipuladas en la Ley respecto a las formalidades de convocatoria también previstas en el estatuto, determinándose que estas sólo serán de aplicación supletoria para el caso de que se caigan o desaparezcan los sistemas electrónicos, o para los supuestos que quieran ser previstos estatutariamente.

Cabe agregar a su vez, la posibilidad de incorporar mediante protocolo familiar, pacto de sindicación de acciones, pacto de herencia futura, que tanto accionistas como futuros herederos renuncien en los términos del artículo 944⁹⁵ del Código Civil y Comercial a plantear cualquier tipo de reclamo con relación a estas formas de notificación, consintiendo las mismas, y reconociéndolas como mecanismos idóneos. No nos olvidemos que, en definitiva, las sociedades importan intereses privados de carácter patrimonial, por lo que la renuncia respecto a impugnar la forma en la convocatoria por no hacerse mediante edictos pareciera ajustarse a derecho. Lo mismo la posibilidad de prever en dichos instrumentos conexos al

⁹⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, ARTICULO 944.- “*Caracteres. Toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados. No se admite la renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio*”.

estatuto cláusulas penales ante el supuesto de incurrir en determinadas conductas, como podrá ser dejar de lado la renuncia efectuada e intentar algún tipo de acción de nulidad en la justicia.

- **Comunicación de asistencia.** Lógico será que el mismo medio electrónico previsto para notificar a los accionistas la convocatoria a la asamblea, pueda ser utilizado también por estos para notificar a la sociedad, si se harán presentes a la asamblea, independientemente de si su presencia se efectivizará de manera física o por algunos de los medios electrónicos también regulados por el estatuto.
- **Lugar de celebración:** El artículo 233 ⁹⁶ de la Ley General de Sociedades, establece que las asambleas deben celebrarse en la sede administrativa de la sociedad, o en su defecto, en algún lugar designado por el órgano que efectúe la convocatoria, siempre que este lugar designado sea dentro de la jurisdicción del domicilio para asegurar el control justamente de la autoridad de contralor correspondiente.⁹⁷

En tiempos actuales en los que el virus del COVID-19 nos ha obligado a repensar la forma de relacionarnos, y por el que se han prohibido las reuniones sociales, con la mirada puesta en evitar el colapso del sistema sanitario, y en la protección de todas las personas, principalmente de aquellas que se encuentran dentro del denominado “grupo de riesgo”, nos parece lógico repensar también las estructuras normativas que atenten contra la conciencia que debemos tener como sociedad en lo que respecta a la salud pública, y a la prevención en materia de propagación de enfermedades.

La reflexión volcada en el párrafo anterior sirve como puntapié inicial para proponer la implementación de medios alternativos a los fines de la celebración de las asambleas en el ámbito de las sociedades anónimas familiares argentinas. ¿Resulta estrictamente necesario reunir a todos los accionistas en un mismo espacio físico para que estos puedan ejercer sus

96

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 233. — “...*Lugar de reunión. Deben reunirse en la sede o en el lugar que corresponda a jurisdicción del domicilio social...*”.

97

□ MASCHERONI, en “La asamblea...”, 18. Y ZALDIVAR, 352.

derechos políticos? Mas aún, ¿resulta ajustada a derecho esta obligación impuesta justamente por la Ley en este momento tan delicado que nos encontramos atravesando?

Empezaremos por responder la segunda de las preguntas. La Ley General de Sociedades, es un eslabón más dentro del conjunto de normas que componen nuestro ordenamiento jurídico. Tal cual se expresó en otro pasaje del presente trabajo, a las personas jurídicas le son aplicables las normas imperativas de la Ley especial, y en su defecto el Código Civil y Comercial de la Nación, conforme lo normado por el artículo 150 de este último cuerpo legal.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, conforme al artículo 1 ha instaurado un dialogo de fuentes, en el que la Constitución Nacional tiene aplicación directa sobre el derecho privado, por lo que, una previsión estatutaria que consagrara la facultad de los accionistas de participar de las asambleas con voz y voto mediante un mecanismo electrónico, enraizada dicha previsión en el respeto al derecho a la salud consagrado en la Constitución Nacional debería reputarse válida, siendo contraria a derecho cualquier observación de la autoridad de contralor que rechazara dicha cláusula estatutaria, fundado dicho rechazo en una supuesta vulneración a la Ley especial, ya que dicha Ley no prevé mecanismos alternativos para los supuestos en los que la libertad de circulación se encuentre restringida.⁹⁸

A su vez, el propio Código Civil y Comercial de la Nación prevé en su artículo 158⁹⁹, la chance de utilizar medios que les permitan a los accionistas comunicarse de manera simultanea entre ellos.

98

⁹⁸ De la lectura de los artículos 33, 41 de la Constitución Nacional, se desprende la consagración en el mas alto nivel de jerarquía normativa al derecho a la salud, y a la obligación de los habitantes a resguardar dicho derecho. El artículo 33 reconoce los derechos implícitos, entre los cuales está el derecho a la salud. El artículo 41 establece el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. A su vez impone a las autoridades la obligación de proteger este derecho.

99

⁹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Artículo 158 “...*En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y*

Respondiendo a la primera de las preguntas planteadas, y en base a todo lo manifestado, es que consideramos no resulta lógico exigir que todos los accionistas deban reunirse en un mismo espacio físico a los fines de ejercer sus derechos políticos, por el contrario, creemos acertado a la hora de redactar el estatuto prever que los accionistas tendrán derecho a participar de las asambleas mediante mecanismos electrónicos, determinándose expresamente la aplicación a ser utilizada, siendo estas, por ejemplo, Zoom, Cisco Webex, o hasta una llamada grupal mediante la aplicación WhatsApp, todo esto dependiendo del número total del elenco accionario.

Podría articularse estatuariamente un mecanismo híbrido, por el cual, aquellos accionistas que se consideren aptos para asistir de manera presencial a las asambleas puedan hacerlo, y aquellos que se sientan más seguros desde su hogar, lo hagan mediante alguna de las aplicaciones previamente determinadas, participando todos ellos a la vez, gracias a los avances tecnológicos.

Quorum. La Ley General de Sociedades establece un número mínimo de participantes que deberán encontrarse presentes en los distintos tipos de asambleas de que se trate, y en sus diferentes convocatorias, teniendo por finalidad esta normativa evitar el estancamiento del órgano de gobierno ante la falta de presencia de sus accionistas. A los fines de la diferenciación entre los distintos tipos de quorum requeridos por la Ley, remitimos a la doctrina que ha analizado estas cuestiones en detalle.¹⁰⁰

Los artículos 243¹⁰¹ y 244¹⁰² referidos al quorum nos parecen valiosísimos, ya que, la exigencia de este corresponde al deseo de asegurar a las asambleas un carácter de suficiente representatividad.¹⁰³

otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse...

100

□ ESCUTI, 257; ZALDIVAR 367; MASCHERONI, en “La asamblea...” 67 - 70; por citar algunos autores, entre otros.

101

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 243. — “*La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. Segunda convocatoria. En la segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de esas acciones presentes. Mayoría. Las resoluciones en ambos*

Rescatamos como importante a saber respecto del quorum que el mismo se computará sobre las acciones presentes con derecho a voto. Las acciones de voto plural, cualquiera sea la cantidad de votos que otorguen, se contabilizarán como si fueran de un voto. Respecto de las acciones preferidas que no tuvieren derecho a voto, quedarán excluidas a los fines del computo del quorum, salvo los supuestos expresamente previstos por la Ley.

En cuanto a los porcentajes fijados por la Ley para la formación del quorum, cabe destacar que podrá preverse en el estatuto otros porcentajes distintos a los fijados por la norma, salvo que se tratare de: a) asamblea ordinaria en primera convocatoria, donde será necesaria la presencia de la mayoría de acciones con derecho a voto; b) en el caso de asamblea extraordinaria, también en primer convocatoria, se podrá fijar un porcentaje mayor al 60% previsto en la normativa, pero nunca inferior.¹⁰⁴

Régimen de mayorías a la hora de tomar decisiones asamblearias. El computo de los votos se hará sumando la totalidad de los votos que detenta la persona que los emite, incluyendo obviamente los que surjan de acciones que otorgan pluralidad de votos. El voto será indivisible, no pudiendo votar con algunas acciones en un sentido, y con otras en otro diverso.¹⁰⁵

casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número”.

102

□ Ley General de Sociedades, ARTICULO 244. — “La asamblea extraordinaria se reúne en primera convocatoria con la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento (60 %) de las acciones con derecho a voto, si el estatuto no exige quórum mayor. Segunda convocatoria. En la segunda convocatoria se requiere la concurrencia de accionistas que representen el treinta por ciento (30 %) de las acciones con derecho a voto, salvo que el estatuto fije quórum mayor o menor. *Mayoría. Las resoluciones en ambos casos serán tomadas por mayoría absoluta de los votos presentes que puedan emitirse en la respectiva decisión, salvo cuando el estatuto exija mayor número. Supuestos especiales. Cuando se tratare de la transformación, prórroga o reconducción, excepto en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones; de la disolución anticipada de la sociedad; de la transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto y de la reintegración total o parcial del capital, tanto en la primera cuanto en segunda convocatoria, las resoluciones se adoptarán por el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto. Esta disposición se aplicará para decidir la fusión y la escisión, salvo respecto de la sociedad incorporante que se regirá por las normas sobre aumento de capital”.*

103

□ ZALDIVAR 367.

104

▣ MASCHERONI, Fernando H y MUGUILLO Roberto A, en “Régimen jurídico del socio – Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales”, editorial Astrea, Buenos Aires, año 1996, 234.

105

Teniendo en cuenta lo expresado, cobra relevancia lo desarrollado oportunamente respecto de las clases de acciones, y la importancia de que aquellas con mayor poder político queden en manos de los accionistas más idóneos para conducir el destino de la sociedad.

Al momento de la redacción del estatuto de la sociedad anónima, podrá preverse un régimen de mayorías superior para determinadas decisiones a ser tomadas en el seno de la asamblea, por lo que, podría estipularse que, para decisiones relacionadas al traspaso generacional de las acciones, y cumplimiento de previsiones estatutarias conexas a esta materia deban contar con un régimen de mayoría más elevado al previsto en la Ley especial, lo mismo lo relativo a la elección de los miembros de los órganos claves de la sociedad anónima, como podrá ser el directorio y/o el consejo de vigilancia.

4.8) Órgano de administración. El directorio.

El otro órgano esencial e imprescindible que da vida a la sociedad anónima es el directorio. Este se encarga de la administración, ejecutando diariamente todos los actos que sean necesarios a los fines de la consecución del objeto social.

Dentro de los integrantes del directorio habrá uno que se destacará por su carácter de representante legal de la sociedad, siendo reservada esta facultad a aquel director que revista el carácter de presidente de dicha persona jurídica.

El directorio es el órgano más importante en la práctica, quien tiene la obligación de impulsar a la sociedad mediante el manejo de esta, disponiendo de los fondos, teniendo por norte -como ya se dijo- la consecución del objeto social, traduciéndose esto en la obtención de rentabilidades.¹⁰⁶

La Ley General de Sociedades contiene diversas normas aplicables a los directores, a saber: composición y elección (artículo 255), condiciones y domicilio (artículo 256), duración (artículo 257), reemplazo (artículo 258), renuncia (artículo 259), funcionamiento (artículo 260), remuneración (artículo 261), elección por categoría (artículo 262), elección por acumulación de votos (artículo 263), prohibiciones e incompatibilidades (artículo 264), remoción del inhabilitado (artículo 265), carácter

□ ZALDIVAR, 367.

▣ ESCUTI, 275.

personal del cargo (artículo 266), reuniones y convocatoria (artículo 267), representación de la sociedad (artículo 268), comité ejecutivo (artículo 269), gerentes (artículo 270), prohibición de contratar con la sociedad (artículo 271), interés contrario (artículo 272), actividades en competencia (artículo 273), mal desempeño y responsabilidades (artículos 274, 275, 276, 278 y 279).¹⁰⁷

Teniendo en cuenta la basta cantidad de artículos que abordan las cuestiones referidas al directorio, siendo imposible abarcar todos y cada una de las normas referidas en el acotado margen de extensión permitido en el presente trabajo, es que, a continuación, haremos referencia y desarrollaremos sucintamente aquellos artículos que aporten herramientas al manejo de las sociedades anónimas familiares.

4.8. a) Condiciones para desempeñar el cargo de director.

Por aplicación del principio de autonomía de la voluntad, a la hora de la redacción del estatuto de la sociedad anónima pueden introducirse condiciones o presupuestos que deban satisfacer aquellos que deseen acceder al cargo de director de la sociedad.

Las condiciones no deberán revestir el carácter de arbitrarias, debiendo encontrar su sustento en la causa que ha dado origen al contrato de sociedad, estando emparentada esta para el supuesto de empresas familiares justamente en la pertenencia a la familia y en el deseo de colaborar en el logro de la continuidad y crecimiento de la empresa, el cual redundará en el fortalecimiento del patrimonio familiar.¹⁰⁸

Teniendo en cuenta lo dicho, resultará beneficio para la sociedad anónima familiar que su estatuto contenga algunas o todas de las siguientes previsiones a ser enumeradas en el párrafo subsiguiente, las cuales deberán ser ofrecidas a los fundadores de la sociedad al momento de la constitución para que estos puedan elegir aquellas que mas se adapten a sus pretensiones.

Posibles cláusulas estatutarias:

107

▣ FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), en “Derecho societario...” 275.

108

□ FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M en “Derecho societario...” 275.

- **Ser accionista de la sociedad.** Podrá ser condición sine qua non para desempeñar el cargo de director el ser propietario de un porcentaje del paquete accionario. Esta cláusula irá de la mano con aquellas cláusulas que impongan condiciones a la limitación de la transmisibilidad de las acciones, formando un bloque de protección de la empresa familiar, mediante la cual no ingrese nadie que no se quiera, por ejemplo, nadie que no revista la calidad de familiar.
- **Parentesco.** Podrá exigirse que todos o algunos de los directores sean integrantes de la familia titular de la empresa, o, por el contrario, podría determinarse que todos o algunos de ellos no sean familiares, debiendo ser terceros ajenos al núcleo familiar.¹⁰⁹
- **Limitaciones en cuanto a la edad.** Podrá exigirse que los directores tengan una edad mínima, y también que estos puedan desempeñar su cargo hasta una edad máxima.

En cuanto al primero de los supuestos, la empresa se asegurará no caer en manos de personas con falta de desarrollo en su maduración o en su experiencia.

Con relación al límite de edad para desempeñar el cargo de director, esta podrá erigirse como una herramienta más de la planificación en el traspaso generacional de la empresa, permitiendo que ingresen nuevos directores.¹¹⁰ Podría preverse que los directores mayores salientes ocupen algún rol consultivo mediante el cual transmitan su experiencia en el manejo de la empresa a los fines de una mayor formación de los nuevos directores.

- **Acreditación de idoneidad.** A su vez, podrá exigirse que aquellos que desempeñen el cargo de directores cuenten con títulos que validen su idoneidad. Puede requerirse título universitario sin especificar carrera alguna, o que el título sea de determinada profesión.

109

▣ FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), en “Derecho societario...”, 284.

110

▣ FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), en “Derecho societario...”, 286.

4.8.b) Elección de directores por clases de acciones.

Partiendo de la base de que el estatuto preverá diversas clases de acciones que otorguen distintos derechos, mediante las cuales se logre la diferenciación del status que cada accionista tenga dentro de la sociedad, conforme a su grado de importancia para la misma, es que estos accionistas contarán también con la posibilidad de elegir a los miembros del órgano de administración por clases de acciones.

La doctrina ha afirmado que una de las principales funciones que cumplen las diversas clases de acciones es, otorgarles el derecho a los distintos grupos de accionistas a elegir un número determinado de directores, asegurándose así una participación garantizada en la administración de los negocios sociales.¹¹¹

Conforme lo establece el artículo 262¹¹² de la Ley General de Sociedades, el derecho a la elección por categorías nacerá una vez previsto y reglamentado por el estatuto.

Las previsiones estatutarias sobre la elección por categorías no deben tener por finalidad reglamentar el funcionamiento de la asamblea, sino que, deberán estar orientadas a determinar la cantidad de cargos a ser elegidos por cada una de las clases, la mayoría que deberá lograrse a la hora de la votación, y que mecanismo se aplicará si llegado el día de la elección, algunas de las clases de acciones no se encuentran presentes en la asamblea en sus dos llamados.¹¹³

Uno de los puntos destacados del artículo 262, es que el mismo no impone proporcionalidad entre el capital representado por las acciones y el número de directores a ser elegidos. Esto tiene mucha lógica, si se tiene en cuenta que la propia Ley quiebra la proporcionalidad entre capital y derechos políticos al consagrar la creación de acciones ordinarias de voto plural.

111

▣ ZALDIVAR, 464.

112

▣ Ley General de Sociedades, ARTICULO 262. — “*Cuando existan diversas clases de acciones el estatuto puede prever que cada una de ellas elija uno o más directores, a cuyo efecto reglamentará la elección. Remoción. La remoción se hará por la asamblea de accionistas de la clase, salvo los casos del artículo 264 y 276*”.

113

▣ VERON, en “Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada”, Tomo IV, Editorial Astrea, 1986, comentario al artículo 262, 171.

¿En qué podrá beneficiar a la empresa familiar la utilización de esta herramienta brindada por la Ley General de Sociedades? La misma redundará en:

- En muchos casos, las sociedades anónimas familiares son integradas por más de una familia, por lo que, al escindir a las distintas familias integrantes de la sociedad en clases de acciones, cada clase familiar podrá elegir al número de representantes que les corresponda, conforme a lo previamente acordado por ellas a la hora de crear la S.A.
- La desproporcionalidad entre capital y elección de números de directores otorga flexibilidad, pudiéndose prever que aquellas acciones con voto plural -las cuales estarán en manos de quienes se consideren idóneos para conducir la empresa- puedan elegir más de un director. Cada clase de acción con voto plural tendrá como límite el no poder exceder, comparativamente, de la proporción de cinco a uno asignada justamente como límite a la pluralidad de voto.¹¹⁴
- Los mismos principios expuestos en el punto anterior permitirán otorgarle el derecho a elegir representantes en el órgano de administración a la clase que haya quedado en minoría.

Conforme a lo ya desarrollado, existe la posibilidad que una parte del capital accionario desaparezca mediante la adquisición de acciones por la propia sociedad, o que se excluya a alguno de los accionistas, resolviéndose parte del contrato social. Estas determinaciones podrían dejar a alguna de las clases de acciones en minoría, por lo que, asegurar la elección de un director a la clase que se encuentre en desventaja en cuanto a la cantidad de acciones representativas del capital podrá ser una herramienta que brinde seguridad a aquellos que integren la sociedad.

- A su vez, el estatuto podrá prever que los directores elegidos ocupen cargos específicos. Por ejemplo, se podrá prever el derecho rotativo para que una clase de acción elija al presidente del directorio y la otra al vicepresidente.¹¹⁵

114

▣ ZALDIVAR, 465.

115

▣ ZALDIVAR, 467.

Esta alternancia en la elección resulta interesante para el supuesto de que la sociedad sea integrada por más de una familia.

- Con relación a las acciones con preferencias patrimoniales, podrá determinarse que estas no puedan elegir a ningún miembro del órgano de administración, previéndose el resurgimiento de este derecho para el supuesto de mora por parte de la sociedad en el pago de sus privilegios.
- Teniendo en cuenta que las acciones preferidas en determinadas ocasiones tendrán como destinatarios a herederos que no formarán parte del día a día de la empresa, se podrá establecer que esta clase de acción pueda elegir a alguno de los miembros del directorio.

La solución aquí propuesta tiene por finalidad torcer la balanza a la prestación de su consentimiento de aquellos herederos que en un pacto de herencia futura se determine que no formarán parte del día a día de la empresa, recibiendo acciones preferidas, y teniendo como aliciente poder elegir a una persona que los represente en el directorio de la empresa.

4.9) Comité ejecutivo.

El artículo 269 ¹¹⁶ de la Ley General de Sociedades consagra la posibilidad de crear dentro del directorio un sub-órgano, integrado por directores, que opere como brazo ejecutor del órgano de administración, cumpliendo con la ejecución de ciertas tareas específicamente delegadas y determinadas. ¹¹⁷

Consideramos menester resaltar que por más que el comité ejecutivo actúe sobre la base de atribuciones propias, será siempre jerárquicamente inferior al directorio, siendo este último el órgano supremo de administración dentro de la estructura de la S.A, quien deberá velar por el correcto funcionamiento del comité ejecutivo, y

116

▫ Ley General de Sociedades - ARTICULO 269. —“El estatuto puede organizar un comité ejecutivo integrados por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios. El directorio vigilará la actuación de ese comité ejecutivo y ejercerá las demás atribuciones legales y estatutarias que le correspondan. Responsabilidad. Esta organización no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores”.

117

▫ ZALDIVAR, 521.

encontrándose expuesto -el resto de los directores que no integren el comité- a acciones de responsabilidad por el mal desempeño del sub-órgano aquí tratado.¹¹⁸

Coincidiendo con lo expresado por Villanueva, la responsabilidad de los directores que no conformen el comité ejecutivo encontrará su límite en un adecuado ejercicio del deber de vigilancia, y por el contrario, serán pasibles de reproche aquellos directores que se desentiendan de las funciones delegadas; no procedan con debida diligencia a procurarse información suficiente para conocer cómo están siendo ejecutadas las labores encomendadas; y cuando, ante el supuesto de duda respecto del correcto accionar de los delegados no implementen los mecanismos necesarios para investigar el asunto y revertir, en su caso, las consecuencias de ese mal desempeño.¹¹⁹

Teniendo en cuenta el deber de vigilancia que pesa por sobre los integrantes del órgano de administración en relación al comité ejecutivo, es que esta figura nos parece sumamente interesante para ser implementada dentro de la empresa familiar, como una suerte de fogeo y campo de aprendizaje de aquellos que sean llamados a suceder a quienes conducen la empresa.

Dentro de la empresa podrá planificarse la designación de estos directores que pasarán a integrar el comité ejecutivo, dándole funciones determinadas a los fines de crecer en experiencia en lo que corresponde al manejo del negocio, siendo controlados y guiados por aquellos directores mas antiguos, quienes continuarán marcando el rumbo al tomar las grandes decisiones de la empresa familiar.

A modo de ejemplo, creemos que el comité ejecutivo podrá tener algunas de las siguientes funciones:

- Celebración de determinados contratos con proveedores y/o clientes de la empresa. Esto será posible si el estatuto, y el directorio le reconocen a alguno de los integrantes del directorio la capacidad para representar a la S.A.
- Intermediación y manejo de las cuestiones relacionadas con los profesionales asesores de la empresa, ejemplo abogado y/o contador del negocio.

118

□ FERNANDEZ MOORES, Javier en “Comité ejecutivo y responsabilidad de los directores”, exposición en III Congreso Argentino de Derecho Societario, Salta, 1982, 79.

119

□ VILLANUEVA, Julia, en “La responsabilidad de los directores de la sociedad anónima” LA LEY 26/02/2019, AR/DOC/190/2019, 5 – 6.

- Realización de contrataciones, despidos, y fijación de remuneraciones del personal de la empresa.
- Elaboración y proposición de planes de negocios a ser llevados adelante por la empresa en los próximos giros comerciales.
- Elaboración y proposición de planes de posicionamiento de la marca, con la correspondiente introducción y crecimiento de esta en redes sociales.
- Elaboración del plan de sucesión respecto de los otros cargos existentes en el negocio.

4.10) Gerencia.

Mediante la implementación de una gerencia, la sociedad anónima familiar también logrará la descentralización y delegación del directorio, en otro órgano que tendrá la función ejecutiva de llevar a cabo los actos que el primero le haya cedido. La gerencia podrá ser general o especial, siendo designados estos gerentes por el órgano de administración, quien determinará la cantidad de estos, no siendo óbice para su elección el no estar ocupando alguno de los asientos del directorio.¹²⁰

¿Cuál es la diferencia entre un gerente general y un gerente especial? Los gerentes generales ostentarán una categoría jerárquicamente superior, serán quienes lleven adelante el día a día del negocio en todos sus frentes, teniendo bien en claro el funcionamiento general del emprendimiento en todas sus aristas.¹²¹ En cambio, el gerente especial tendrá un ámbito mucho más acotado, circunscripto a una especialidad determinada.

Profundizando lo expresado, Grispo sostiene que *“los gerentes de las sociedades anónimas son funcionarios de éstas, quienes, sin integrar el directorio, tienen a su cargo ya sea la conducción general de la compañía, como es el caso del gerente general, o bien un área determinada, como por ejemplo, gerente de producción, gerente*

120

▣ Ley General de Sociedades, ARTICULO 270. — *“El directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores”.*

121

▣ VERON, en *“Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada”*, Tomo III, Editorial Astrea, 1986, comentario al artículo 270, 260.

*de comercialización, gerente de personal, etc., incluso, en algunas empresas tiene un cargo dentro de su estructura como la de gerente de producto, donde un determinado funcionario tiene la misión de gerenciar un producto particular de la empresa o bien una línea de productos".*¹²²

En cuanto al tiempo de duración en el cargo, habrá que estar a lo que prevea el estatuto, y en caso de que este guarde silencio al respecto, será el directorio el que decida el tiempo de duración en el cargo de los gerentes. Lo rescatable entonces es que, si no se ha designado plazo, durará en su cargo hasta su remoción por el directorio.¹²³

En relación a la responsabilidad de los gerentes, la Ley equipara esta a la de los directores de la sociedad anónima. A los fines de no excedernos del marco del presente trabajo, remitimos a la doctrina que ha profundizado sobre este punto.¹²⁴

La ductilidad de la figura del gerente nos lleva a considerarla en todas sus variantes como una herramienta importante a ser utilizada por las empresas familiares, por lo que a continuación, haremos un repaso de los puntos que no pueden ser olvidados a la hora de prever esta figura, y a su vez, algunos supuestos -sin intentar abarcar todos, lo cual resulta imposible- en los que esta figura tendrá aplicación práctica.

Cuestiones a tener en cuenta:

- **Previsión estatutaria.** Lo mejor será que la posibilidad de nombrar a los gerentes generales y ejecutivos esté prevista en el estatuto. Puede estipularse que el directorio o la asamblea -si así lo quisieran los clientes- teniendo en cuenta la etapa de la vida que se encuentre transitando la empresa familiar la designación de un gerente general que tenga el mando de la empresa, o la designación de gerentes ejecutivos especializados en determinados aspectos del negocio, o un gerente general y gerentes ejecutivos, reportando estos no

122

□ GRISPO, Jorge Daniel, en "Los "gerentes" de las sociedades anónimas", LA LEY 12/04/2010, Cita Online: AR/DOC/1439/2010, 1.

123

□ VERON, en "Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada", Tomo III, Editorial Astrea, 1986, comentario al artículo 270, 261.

124

□ VERON, en "Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada", Tomo III, Editorial Astrea, 1986, comentario al artículo 270, 264 - 265; GRISPO, en "Los gerentes, 5; ABDALA, Martín E. La responsabilidad de los administradores societarios en la actuación plural, LA LEY 23/10/2014, Cita Online AR/DOC/2709/2014, 9 - 11; VILLANUEVA en "La responsabilidad...", 5, entre otros.

solo al directorio, si no también al gerente general quien vigilará el desempeño de estos.

- **Duración en el cargo.** En el estatuto deberá reglamentarse también lo relativo a la duración en el cargo del gerente. Esta figura resulta útil ya que podrá preverse que no exista plazo alguno para el desempeño del cargo. Disentimos con la doctrina que establece que, si el gerente es a su vez director, el plazo máximo de ejercicio de sus funciones estará atado al plazo por el cual desempeñe el cargo de director¹²⁵. El gerente es una figura aparte, distinta a la del directorio, y por mas que ejecute actos delegados del órgano de administración, no debería quedar sujeto al plazo en mención.
- **Remuneración.** Será practico que el estatuto establezca los parámetros básicos que deberán ser tenidos en cuenta a los fines de fijar la remuneración del o los gerentes. Podrán establecerse porcentuales mínimos y máximos, que deberán ser tenidos en cuenta por el directorio o la asamblea a la hora de fijar los honorarios de aquellos que desempeñen esta función.

Algunos supuestos donde esta figura tendrá aplicación práctica:

- **Gerente general.** En empresas familiares donde se proyecte el mando del negocio centralizado en una persona, podrá designarse a un gerente general que lleve adelante la ejecución de los actos que se requieran ser realizados diariamente.

El gerente general podrá ser accionista o no. Para el caso de contar con una persona idónea dentro del núcleo familiar, lo lógico será que esta sea quien sea designado como gerente. Este gerente podrá ser uno de los llamados a suceder la herencia de alguno de los accionistas, lo cual, a los fines del traspaso generacional será una situación inmejorable, ya que, darle entrada a la gestión del negocio a quien luego será propietario, permitirá a este conocer todas las aristas del emprendimiento, y si bien a los fines de ejercer el cargo

ya deberá contar con cierto grado de idoneidad, con el ejercicio irá perfeccionándose.

Para el caso de no tener dentro de la familia una persona interesada en la gestión del emprendimiento, podrá designarse a un outsider con idoneidad, fundada dicha decisión en la perduración de la empresa en el tiempo. Podrá preverse esta posibilidad en el estatuto, y hasta podrá establecerse una condición resolutoria, la cual extinguirá el contrato laboral del gerente general, ejemplo podrá ser, que el gerente general ajeno a la familia desempeñará el cargo hasta que uno de los herederos cumpla “x” cantidad de años, haya trabajado en la empresa por “x” cantidad de tiempo, y haya obtenido el título universitario “x”, presumiéndose de esta forma idóneo para llevar adelante el negocio.

- **Gerentes ejecutivos.** Dependiendo de la envergadura del negocio, este podrá ser escindido en áreas de trabajo, teniendo cada área un encargado de manejarla. En un mundo globalizado que tiende a la especialización, esta posibilidad nos resulta importante, la empresa familiar podrá crear estatutariamente diferentes gerentes ejecutivos para cada área, y podrá determinar que este cargo sea para familiares y/o terceros que cuenten con determinada especialización universitaria. Los herederos de los actuales accionistas podrán formar parte del día a día de la empresa la posibilidad de rotando entre las distintas áreas, encontrando en alguna de ellas su vocación, lo cual los llevará a especializarse a los fines de ser en un futuro los gerentes titulares de esta.

4.11) Órgano de fiscalización. El consejo de vigilancia.

La Ley General de Sociedades prevé dos órganos de fiscalización para las sociedades anónimas cerradas, pudiendo contemplarse estatutariamente la implementación de ambos órganos, de uno sólo de ellos, o de ninguno.

En el presente punto, haremos mención del consejo de vigilancia, partiendo de la convicción -al margen de la acuciante limitación en cuanto a la extensión de estas líneas, la cual nos obliga a elegir- de que, entre los dos sistemas de fiscalización

previstos por la Ley, este es el que mejor se amolda a las necesidades de la empresa familiar.

Los dueños del emprendimiento familiar podrán prever estatutariamente la creación de un consejo de vigilancia, teniendo este órgano la misión permanente de fiscalizar los aspectos formales y el control de la gestión del directorio, pudiendo -si así lo reconociera el estatuto- otorgarle la facultad de coadministrar, mediante la intervención en determinados actos jurídicos.¹²⁶

A diferencia del directorio que no requiere la calidad de accionistas para sus miembros, el consejo de vigilancia debe estar integrado por quienes formen parte del elenco accionario. La estructura del órgano será plural y colegiada, con un número de 3 a 15 integrantes. A diferencia de la sindicatura, aquí no hará falta que los miembros sean profesionales. Como se expresó en el comienzo de este párrafo, sí se exigirá la calidad de accionistas, sustentándose este presupuesto sobre la base de que estos accionistas deben actuar a mérito de un interés suficiente.¹²⁷

La elección de sus miembros deberá efectuarse mediante asamblea de accionistas, siendo de aplicación el régimen de designación por categoría o por acumulación de votos. Por ende, todo lo expresado en el punto correspondiente de este trabajo respecto a las clases de acciones, y a la elección de directores por categoría, podrá ser aplicado de manera directa al consejo de vigilancia, formando parte del mismo bloque de previsiones estatutarias.

Según Fargosi, el órgano en estudio puede ser caracterizado como “...*permanente, de control interno y de expresión mayoritaria y representativa del capital, que no obstante posibilita la incorporación de representantes de minoría o de grupos de accionistas con derecho a integrar el Consejo desde que la elección cabe sea hecha, inderogablemente por el sistema de acumulación de votos o por categorías*”.¹²⁸

¿Cuál es la diferencia fundamental entre la sindicatura y el consejo de vigilancia? La fiscalización en uno y otro caso será diferente, mientras la sindicatura solo realizará un

126

▣ ZALDIVAR 605.

127

▣ FARGOSI, Horacio P., en “Anotaciones sobre el consejo de vigilancia en las sociedades anónimas” LA LEY146, 852 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 921 AR/DOC/1950/2008, 7 -8.

128

▣ FARGOSI, en “Anotaciones sobre...”,9.

control de legalidad de los actos ejecutados por el directorio, el consejo de vigilancia ejercerá el correspondiente control de legalidad -este cuenta con todas las atribuciones de la sindicatura-, y a su vez, analizará la gestión del directorio, atendiendo al mérito, o sea, evaluará si los negocios concretados por el órgano de administración han sido convenientes para la sociedad o no.¹²⁹

Haciendo uso de la clasificación efectuada por Zaldivar respecto del carácter de los actos enunciados en el artículo 281¹³⁰ de la Ley General de Sociedades, podemos afirmar que si bien la adopción del consejo de vigilancia quedará reservada a la voluntad de los accionistas, siendo optativo de estos contar o no con dicho órgano, una vez reconocida la existencia del consejo dentro de la sociedad anónima, la asignación de las funciones enumeradas en la lista del artículo transcrito en nota no será discrecional.¹³¹ Conforme ya mentado autor, los incisos “A”, “B”, “E”, “G” son funciones esenciales e inderogables del consejo de vigilancia.¹³²

En cuanto a las funciones optativas, estas serán las previstas en los incisos “C” y “D” del artículo 281.

Con relación al inciso “C”, creemos importante que esté previsto en el estatuto, y que el mismo establezca con claridad cuales son los actos que deberán ser sometidos a la aprobación del consejo de vigilancia. Esta previsión estatutaria permitirá a los accionistas

129

▫ ESCUTI, 319.

130

▫ Ley General de Sociedades, ARTICULO 281. — “El estatuto reglamentará la organización y funcionamiento del consejo de vigilancia. Atribuciones y deberes. Son funciones del consejo de vigilancia: a) Fiscalizar la gestión del directorio. Puede examinar la contabilidad social, los bienes sociales, realizar arqueos de caja, sea directamente o por peritos que designe; recabar informes sobre contratos celebrados o en trámite de celebración, aun cuando no excedan de las atribuciones del directorio. Por lo menos trimestralmente, el directorio presentará al consejo informe escrito acerca de la gestión social; b) Convocará la asamblea cuando estime conveniente o lo requieran accionistas conforme al artículo 236; c) Sin perjuicio de la aplicación del artículo 58, el estatuto puede prever que determinadas clases de actos o contratos no podrán celebrarse sin su aprobación. Denegada ésta, el directorio podrá someterlo a la decisión de la asamblea; d) La elección de los integrantes del directorio, cuando lo establezca el estatuto, sin perjuicio de su revocabilidad por la asamblea. En este caso la remuneración será fija y la duración en el cargo podrá extenderse a cinco (5) años; e) Presentar a la asamblea sus observaciones sobre la memoria del directorio y los estados contables sometidos a consideración de la misma; f) Designar una o más comisiones para investigar o examinar cuestiones o denuncias de accionistas o para vigilar la ejecución de sus decisiones; g) Las demás funciones y facultades atribuidas en esta ley a los síndicos”.

131

▫ ZALDIVAR, 611.

132

▫ ZALDIVAR, 612.

controlar algunos de los negocios ordinarios que deseen realizar los directores. A nuestro humilde entender, algunos de los actos jurídicos que deberán quedar sujetos a dicha aprobación, serán: a) celebración de contratos con proveedores, cuantos los montos de los mismos superen “x” cantidad de dinero; b) celebración de contratos con competidores directos de la marca; c) aprobación de diseño de contrato tipo de adhesión a ser utilizado por la empresa a los fines de facilitar la captación de clientes; e) contratos de compraventa por el cual se adquieran bienes a nombre de la sociedad; f) contratos de compraventa por el cual se disponga de bienes pertenecientes a la sociedad anónima; g) contratos donde se otorguen garantías reales; e) otros supuestos, ya que aquí rige con mucha intensidad el principio de la autonomía de la voluntad.

El interés económico que tienen los consejeros en la sociedad torna razonable las previsiones propuestas, ya que, lo lógico será que los consejeros actúen con particular prudencia de su parte frente a cierto tipo de negocios o contratos de riesgo, a los que pueden estar tentados los directores que no sean accionistas, donde su capital no esté en juego, por lo que, la ponderación razonable de los consejeros redundará también en un beneficio de la empresa familiar.¹³³

A su vez, el inciso “D” del artículo 281 en conjunción con la parte pertinente del artículo 255 de la Ley General de Sociedades, establecen que si el estatuto lo reconoce, el consejo de vigilancia podrá elegir a los miembros del órgano de administración, posibilidad que nos resulta interesante, siempre y cuando se haya reservado la integración del consejo de vigilancia a actores idóneos, que tengan las condiciones necesarias para no solo elegir a los miembros del directorio, sino también para controlar su gestión.

La empresa familiar podrá reservar la integración del consejo de vigilancia a los fundadores, o accionistas que tengan la conducción de la misma en los hechos, y reservar los puestos del órgano de administración a terceros no accionistas, específicamente capacitados para desempeñar dicho cargo, con la especialización que se requiera.

Si el directorio fuera elegido por el consejo de vigilancia, los mismos pueden durar en el cargo por 5 años, y a su vez, el contrato suscripto se asemeja a uno laboral y para Zaldivar hay que aplicarle la legislación laboral, ya que ese director es elegido por

su grado de conocimiento o aptitud técnica/profesional, y no por una elección societaria.¹³⁴

Por todo lo expuesto, consideramos a la figura del consejo de vigilancia como útil para la empresa familiar, disintiendo con la postura doctrinal que sostiene que la única función práctica ha consistido en eludir el requisito de que los síndicos sean abogados o contadores, o de privar a los accionistas minoritarios del derecho de elegir a los consejeros por voto acumulativo o por categorías de acciones.¹³⁵

5) Conclusión.

Luego del desarrollo efectuado a lo largo del trabajo, hemos arribado a las siguientes conclusiones, a saber:

- Las empresas familiares ocupan un rol preponderante dentro de la economía argentina, siendo generadoras de fuentes de trabajo, y ensanchando las arcas del Estado mediante su aportación al fisco, por lo que, el Estado debe velar por su protección.
- Independientemente de la voluntad del legislador al momento de la creación de la Ley General de Sociedades, y de su deseo de que las sociedades anónimas sean utilizadas por grandes empresas multinacionales, la realidad y las estadísticas indican que este tipo social es utilizado por pequeñas, medianas y grandes empresas.
- Al margen de los otros tipos sociales, la figura de la sociedad anónima se erige como una adecuada estructura figura que permite encuadrar los negocios subyacentes proyectados por nuestro empresariado.
- El derecho societario regula cuestiones de contenido patrimonial, y es por ello por lo que el principio de la autonomía de la voluntad se erige como principio rector en la materia. El Estado debería permitir el ejercicio pleno del ya mentado principio a la hora de la redacción de los estatutos de las sociedades anónimas

134

□ ZALDIVAR, 503.

135

▣ VILLALOBOS, Enrique, en “Responsabilidad de los miembros del Consejo de Vigilancia en caso de quiebra”. LA LEY1985-D, 887 AR/DOC/19200/2001, 1.

familiares, ya que, aquellos que quieren asociarse para realizar un negocio son los que se encuentran en mejores condiciones para proteger sus derechos y determinar sus obligaciones dentro del negocio en cuestión.

- La Ley General de Sociedades consagra en su articulado una serie de herramientas jurídicas de las que pueden valerse las empresas familiares argentinas para lograr un mejor funcionamiento de su estructura, acorde a lo que cada familia pretenda de su emprendimiento, y del rol que cada familiar deba ocupar en el mismo.

- Está claro que a los fines de la conversión de la empresa en el tiempo, no alcanzará pura y exclusivamente con un adecuado estatuto societario, si no que, el mismo deberá complementarse con otros instrumentos jurídicos que formen un bloque tendiente a regular todos los aspectos de la vida de la sociedad y sus accionistas, entre los que encontramos, al protocolo familiar, pacto de sindicación de acciones, pacto sobre herencia futura, entre otros.

- A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, consideramos que los puntos desarrollados en el presente trabajo, servirán de ayuda a todos aquellos operadores jurídicos a los que les hayan encomendado la labor de redactar un estatuto de sociedad anónima, sirviendo lo aquí desarrollado como guía y recordatorio de todas las previsiones que pueden ser previstas en el mismo para asegurar un mejor y adecuado funcionamiento de la empresa familiar.

BIBLIOGRAFÍA.

ABDALA, Martín E. La responsabilidad de los administradores societarios en la actuación plural, LA LEY 23/10/2014, Cita Online AR/DOC/2709/2014.

BALBIN, Sebastian, en “El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS”, La Ley, 06/02/2020, Cita Online: AR/DOC/4053/2019.

BALBIN, Sebastian, “Nulidad en la LSC hasta el 1 de agosto de 2015”, material estudiado en el marco de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad Austral, en la materia Dinámica Societaria.

CABANELLAS, Guillermo, en “Las acciones con preferencias y derechos diferenciales patrimoniales”, La Ley, 10/02/2016, AR/DOC/4026/2016.

CALCATERRA, Gabriela S. - HADAD, Lisandro A. - COSTE, Diego en “Conclusiones”, La Ley 11/12/2019, Cita Online: AR/DOC/3800/2019”.

CESARETTI, Oscar D, en “Limitaciones convencionales a la libre cesibilidad de las cuotas y acciones”, en “La empresa familiar encuadre general, marco legal e instrumentación”, director Eduardo M. Favier Dubois (h), editorial Ad-Hoc, 2010 .

DUPRAT, Diego A.J., en “La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales”, La Ley, 12/12/2013, Cita Online AR/DOC/3886/2013.

DUPRAT, Diego A. J, en “La exclusión y separación del accionista en las sociedades anónimas cerradas”, LA LEY 13/02/2013AR/DOC/134/2013

DUPRAT, Diego A.J – ODRIOZOLA, Juan Martin, en “Algunas reflexiones sobre las SAS, la necesaria modernización del derecho societario y la maldición del yo-yo”, La Ley, 24/06/2020, Cita Online: AR/DOC/2102/2020.

ESCUTI, Ignacio A, en “Sociedades”, Editorial Astrea, 2006.

FARGOSI, Horacio P., en “Anotaciones sobre el consejo de vigilancia en las sociedades anónimas” LA LEY146, 852 - Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III, 921 AR/DOC/1950/2008.

FAVIER DUBOIS (h) “La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica”.

FAVIER DUBOIS (p.), Eduardo M. - Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h.) “El marco legal de la empresa familiar. Riesgos y soluciones con la normativa vigente”. AR/DOC/1803/2013.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h.). “La financiación de la empresa familiar y sus resultados contables frente a la liquidación de la sociedad conyugal”.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M (p) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M (h), en “Derecho societario para la actuación profesional”, editorial Erreius, Buenos Aires, año 2015.

FERNANDEZ MOORES, Javier en “Comité ejecutivo y responsabilidad de los directores”, exposición en III Congreso Argentino de Derecho Societario, Salta, 1982.

FIORITO, Tomas M, en “Prima de emisión y métodos de valuación de empresas”, La Ley, 22/02/2011, Cita Online: AR/DOC/7479/2010.

GARCIA SARMIENTO, María L, “La empresa familiar, los pactos sucesorios y el orden público”, La Ley, Cita Online AP/DOC/41/2019.

GRISPO, Jorge Daniel, en “Los "gerentes" de las sociedades anónimas”, LA LEY 12/04/2010, Cita Online: AR/DOC/1439/2010.

HADAD Lisandro A, en “La funcionalidad de un Derecho de Sociedades moderno”, La Ley, 08/06/2020, Cita Online: AR/DOC/1827/2020.

HALPERIN, Isaac en “*Manual de Sociedades Anónimas*”, Editorial Depalma, Buenos Aires.

LUCIANI, Fernando J, en “Las acciones de las sociedades anónimas como vehículos adecuados de financiación de empresas. Finalidad actual de las acciones rescatables”, en X Congreso Argentino de Derecho Societario, VI Congreso Iberoamericano De Derecho Societario y de la Empresa, La Falda, Cordoba, Argentina, 2007

MARTORELL, Ernesto Eduardo, en “Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos”, Tomo II, Editorial Adebado Perrot, año 2010.

MASCHERONI, en “La asamblea en la sociedad anónima – Manual teorico practico”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

MASCHERONI, en “La asamblea en la sociedad anónima” Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.

MASCHERONI, Fernando H y MUGUILLO Roberto A, en “Régimen jurídico del socio – Derechos y obligaciones en las sociedades comerciales”, editorial Astrea, Buenos Aires, año 1996.

MEDINA, Graciela. “Empresa familiar”. AR/DOC/4625/2010.

MEDINA, Graciela – FAVIER DUBOIS, Eduardo M. “Empresa familiar. Proyecto de incorporación al Código Civil”. AR/DOC/5659/2011.

MENÉNDEZ, Augusto Juan, en “Las acciones preferidas en la sociedad anónima”, La Ley, Cita Online: 0021/000021.

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “La empresa familiar como enfoque metodológico”. AR/DOC/746/2014;

MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “Programación patrimonial en la empresa familiar”. AR/DOC/2986/2015.

MORO, Emilio F, en “Sobre un caso de exclusión de socios”, La Ley, 01/03/2017, Cita Online: AR/JUR/1805/1995.

RECIO, Juan Ignacio, en “Criterios para evaluar la razonabilidad de las reservas facultativas”, en III Jornada Nacional de Derecho Contable, La Plata.

ROTHEMBERG, Mónica, en “Autonomía de la voluntad y sociedades de capital”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

SCHNEIDER, Lorena R., en “Menosprecio al ordenamiento jurídico e injustificado retroceso hacia la burocratización en las SAS. La importancia de la autonomía de la voluntad”, La Ley, 11/08/2020, Cita Online: AR/DOC/2504/2020.

VERON, Alberto Victor, en “Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada”, Tomo III, Editorial Astrea, 1986.

VERON, en “Sociedades Comerciales – Ley 19.550 – Comentada, Anotada y Concordada”, Tomo IV, Editorial Astrea, 1986.

VILLALOBOS, Enrique, en “Responsabilidad de los miembros del Consejo de Vigilancia en caso de quiebra”. LA LEY1985-D, 887 AR/DOC/19200/2001.

VILLANUEVA, Julia, en “La responsabilidad de los directores de la sociedad anónima” LA LEY 26/02/2019, AR/DOC/190/2019.

VITOLLO, Daniel R “Las empresas de familia como organizaciones incluidas en la estructura de las sociedades cerradas”. En XI Congreso Argentino de Derecho Societario, VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, 2010.

VÍTOLO, Daniel R, en “El COVID-19 y las SAS. Las ventajas de la masilla sobre la arcilla en tiempos difíciles”, La Ley, 08/06/2020, Cita Online: AR/DOC/1558/2020

ZALDIVAR, Enrique, en “Cuadernos de Derecho Societario – Volumen III – Sociedad por Acciones, Sociedades Anónimas y en Comandita por Acciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.