

“La regla mayoritaria y la personalidad jurídica”

por Ariel Ángel Dasso

I. Primera Aproximación

Cuando las llamadas “compañías” difundidas a comienzos del siglo XVII comenzaron a ser el instrumento del comercio de las metrópolis y sus colonias, fueron apareciendo instrumentos regulatorios dotados de novedosas características, que hoy se aprecian como vestigios de ese importante instituto que tomó auge en el capitalismo moderno y que se denomina sociedad anónima.

Aquellas compañías surgieron a favor de actos particulares, que en cada caso otorgaban los reyes, por medio de una “*carta de incorporación*”, que la convertía en “*corporación*”, concepto éste correspondiente al de personalidad jurídica con nota de limitación de responsabilidad al monto del aporte.

Asimismo se agrega a tan importante atributo la posibilidad de transmisión de los aportes sociales, más tarde denominados “acciones”.

Sus principios característicos eran:

- 1) La dependencia del poder que les otorga el carácter de corporación;
- 2) Su organización administrativa de tipo oligárquico;
- 3) La división del capital en acciones libremente transmisibles, y
- 4) La responsabilidad limitada al monto del aporte.

Aquellos principios iniciales que le daban el carácter de ente de derecho público, estructurado sobre la base de una organización oligárquica de administración, fueron luego sustituidos por principios privatísticos y de organización democrática, mientras que perduraron (para convertirse en sus notas principales) el carácter negociable de las acciones y la limitación en la responsabilidad.

El concepto de sociedad anónima aparece cuando la "compañía por acciones" es definida en el Código Napoleón como sociedad, supeditada en cuanto a su naturaleza jurídica a los principios del contrato de sociedad del Código Civil.

El especial ámbito político y las necesidades de desenvolvimiento al conjuro de las ideas económicas de la época generan la estructura de su organización sobre el principio democrático de la mayoría, en tanto subsisten los tradicionales principios relativos a la limitación de responsabilidad y a la transmisibilidad de las acciones.

Así podemos concluir que, surgida del Código francés de 1807 y perfilada con sus características definitivas en la ley de 1867, se difunde la sociedad anónima prototípica de los países europeos y pasa a ser el instrumento de una nueva forma jurídica de empresa encuadrada dentro de la noción contractual sobre la base de nacientes ideas políticas de libertad y organización democrática y la permanencia de las fundantes de limitación de responsabilidad y negociabilidad de los títulos¹.

A fines del siglo XIX y a principios del siglo XX, la sociedad anónima apareció identificada con el capitalismo moderno, a extremo tal que se llegó a afirmar que sin ella éste no hubiera podido existir, llegando a signar una época de la historia económica².

El devenir económico y político y la mutación de las sociedades del protocapitalismo al neo—capitalismo fueron exponiendo un nuevo tipo de gran empresa (*giant corporation*), para el cual la estructura novedosa de fines del siglo XIX pasó a ser prontamente insuficiente e incapaz, al parecer, de captar las exigencias múltiples de una nueva forma comercial. Ésta respondía a nuevas normas económicas, financieras y tecnológicas y ponía frente a la evidencia de un nuevo tipo de emprendimiento, en el que se conjugaba la existencia de un fuerte grupo de control (sin ser necesariamente mayoritario), con un generalmente dilatado espectro accionario, constituido por accionistas

¹ SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *Tratado de sociedades anónimas en el derecho español y en el derecho comparado*, Editorial Salvador Rosas Baye, Barcelona, 1953, p. 37.

² SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *“Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado”*, TEA, Buenos Aires, Argentina, 1957, p. 15.

inversores, cuyo interés estaba puesto más en el resultado de un dividendo que en el control de la explotación.

A la luz de aquellas exigencias aparecieron cuestionados los principios del contrato clásico y se imputó al viejo esquema su insuficiencia para adaptarse a las exigencias de la nueva sociedad.

De todos modos, la teoría del derecho de la sociedad permaneció vigente, con la clásica perdurabilidad de las instituciones jurídicas afirmadas a través de una larga y fundada elaboración, y encontró respuesta, con la teoría del contrato plurilateral de organización —asociativo—, a las nuevas exigencias.

Lo cierto es que, en la vieja estructura, el principio de más difícil elaboración es aquel que (en la por entonces novedosa fórmula de la sociedad anónima) pretendía la correspondencia del órgano de administración y control, con el principio democrático de la voluntad mayoritaria, sin olvidar el origen contractual de la sociedad.

Así pues, poner la sociedad al servicio de la voluntad democrática supone identificar la voluntad social con la voluntad de la mayoría.

Pero la colisión entre ese principio y los de la disciplina contractual aparece allí donde los principios del contrato en sus aspectos más importantes se revelan agredidos por la voluntad mayoritaria.

Resulta entonces que el estatuto o acto constitutivo habrá de ser adaptado a las necesidades del desarrollo societario y a las novedosas exigencias que en materia económica, financiera y técnica se plantean a la sociedad, pero tal adaptación encuentra en la clásica concepción del contrato como acuerdo de voluntades, y en la consiguiente inexorable consecuencia, que es la exigencia del consenso del socio para su modificación, un valladar jurídico difícil de superar.

A través de la modificación del estatuto por mayoría se va abriendo camino la respuesta jurídica a la necesidad funcional de la empresa.

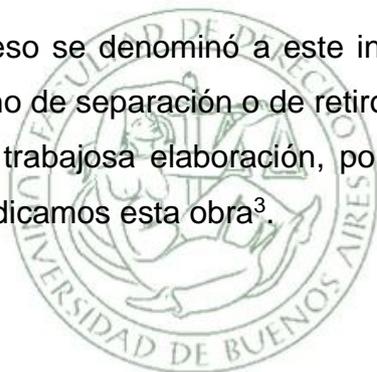
Paulatinamente se opera la aplicación de la regla mayoritaria respecto de aquellos actos necesarios, los que aun cuando importen modificación del

estatuto (contrato), quedan sometidos a ella, con superación de la voluntad del socio singular.

Este sometimiento o derogación del principio de consenso para la modificación del contrato (estatuto), en aras de la funcionalidad de la sociedad, encuentra en el derecho de separación del accionista disconforme una valiosa correspondencia.

La sociedad encontrará así satisfacción a su interés lícito de modificar su estatuto, en aras del cumplimiento de sus objetivos sociales, y el accionista hallará en el derecho de separación el respeto de su voluntad primigenia en cuanto sean alterados sin su consenso los principios del riesgo y la responsabilidad a los que adhirió al constituir la sociedad o adquirir el título.

Derecho de receso se denominó a este instituto en la doctrina y la legislación italianas (derecho de separación o de retiro en algunas legislaciones de países hispánicos), de trabajosa elaboración, polémica valoración y difícil instrumentación, al cual dedicamos esta obra³.



³ La palabra receso proviene del latín *recessus*, sustantivo derivado del verbo *recedere*, compuesto del prefijo *re* (que significa movimiento hacia atrás) y del verbo *cedere*, que quiere decir “ir”, “andar” o “marchar”. En consecuencia, receso es un retroceso, alejamiento o retirada (FONTANARROSA, Rodolfo, *Consideraciones sobre el receso del socio*, JA 1964-III-Doc. p. 3; MORENO DUBOIS, Eduardo, *La garantía de receso, útil remedio frente a los intereses particulares de pseudo-mayorías*, LL 126-822). El diccionario lo define como alejamiento, separación, apartamiento, desvío, retiro; de allí que el maestro Cámara lo llame también “*derecho de retiro*” (CÁMARA, Héctor, “Derecho de retiro o receso de los socios o accionistas de la sociedad”, en obra colectiva, *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1992, p. 245). Por todo esto, en el ámbito societario se lo conceptúa como el derecho reconocido al socio por la ley o por el contrato social de salir de la sociedad mediante su declaración de voluntad. Con mayor precisión, se lo define como “la facultad del socio o accionista de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de su participación social, cuando el órgano de gobierno resuelve reformar el estatuto de la sociedad, alterando las bases que aquéllos tuvieron en cuenta al constituir o incorporarse a la misma, o modifica sustancialmente el ejercicio de sus derechos” (NISSEN, Ricardo A., *Ley de sociedades comerciales*, Ábaco, 2ª ed., Buenos Aires., 1995, t. IV, n° 525). (SCJ de Mendoza, Sala 1ª, 21/02/2003 “*Banco de Mendoza S.A. en j. 137.997/27.669, Domínguez, Francisco Luis y Ots. c/ Banco de Previsión Social S.A. p/ Ord. s/ Cas.*”, JA 2008-II-243).

En el derecho societario estadounidense, el derecho de receso es denominado indistintamente *appraisal* (frecuentemente *appraisal remedy*) o *the right of dissenting* (derecho de disidencia) y exhibe tantas modalidades de *appraisal rights* como Estados los regulan, ya que no existe normativa a nivel federal. FLETCHER, William Meade *Cyclopedia of the Law of Private Corporation* (por KEATING, CH R. P. y PERKOWITZ-SOLHEIM, J.), 12 B, Deerfiel-New York, Rochester, ed. 1993, p. 376. La *The Model Act* lo llama *right to dissent*, mientras que muchos autores se refieren a él como *right of appraisal*.

II. Introducción y evolución de la regla de modificación del estatuto por mayoría

Corresponde, para una mejor interpretación del instituto, realizar un breve comentario en torno a la evolución histórica de las facultades de la asamblea para deliberar y decidir la modificación del estatuto por mayoría.

En las sociedades por acciones ha sido objeto de una lenta evolución, cuyas distintas etapas guardan estricta vinculación, no sólo con el momento histórico y las necesidades jurídicas de adaptación a la realidad económica y financiera, sino con la experiencia resultante de cada uno de los intentos legislativos o jurisprudenciales realizados.

I) Ya en el art. 31 de la ley francesa del 24 de julio de 1867 y la alemana de 1861 se encuentra un punto de partida en esta lenta elaboración del polémico instituto, a través de la introducción de la regla de modificación del estatuto por mayoría.

Se trataba de una posición novedosa en la que las normas se limitaban a establecer el número de accionistas necesarios para deliberar pero, en todo caso, presuponiendo una disposición expresa del estatuto que autorizase la modificación por mayoría⁴.

En caso de falta de disposición expresa que posibilitase la modificación por mayoría, regía la norma general de la exigencia de la unanimidad para modificar el estatuto.

Se advierte entonces una diversificación de categorías de actos: a) los de gestión o actividad ejecutiva del contrato, para los cuales rige la regla mayoritaria; b) los de modificación, para los que, a falta de disposición expresa permisiva de la aplicación de la regla mayoritaria, corresponde la regla de la unanimidad, afirmándose entonces que la regulación de una relación contractual requiere el consenso de los contratantes.

II) En una segunda etapa, se precisan en los estatutos las llamadas “bases esenciales de la sociedad”, elaboradas en la jurisprudencia francesa en

⁴ DONADÍO, Giuseppe, *Il recesso del socio per modifichie statutarie*, Giuffrè, Milano, 1940, ps. 4 y ss.

un intento por determinar aquellos elementos que se reputan inmodificables, aunque el estatuto previese la modificación en general, partiendo de la base de la conceptualización del estatuto como contrato y la consecuente aplicación de la correlativa disciplina⁵.

Por oposición a las bases esenciales, se distinguen las cláusulas accesorias.

Para las bases esenciales aparece el requisito permanente de la unanimidad, mientras que para las cláusulas accesorias queda reservada la aplicación de la regla mayoritaria.

En forma paralela se elabora en la doctrina italiana la teoría de los “derechos individuales de los accionistas”, con referencia a las llamadas posiciones subjetivas intangibles por la mayoría⁶, representadas en las cláusulas del estatuto por elementos de fundamental importancia y por ello inmodificables⁷.

Era en extremo difícil encontrar un criterio objetivo para establecer las cláusulas de fundamental importancia y consecuentemente inmodificables, tanto más cuando se atendiese a la figura del accionista medio, lo que explica las diversas direcciones tomadas por la doctrina en el tema de los derechos individuales intangibles.

No obstante, en esta etapa todavía se admite que el estatuto pudiera, con una cláusula prohibitiva, excluir la modificación por mayoría, quizá como una forma de reconocer positivamente la dificultad exteriorizada en torno a la precisión de los llamados “derechos individuales de los accionistas”, constitutivos del contenido de las “bases esenciales de la sociedad”.

III) La tercera etapa marca un ostensible avance, significado por la posibilidad de decidir la modificación por la asamblea por mayoría reforzada.

En esta línea se advierten distintas variantes, entre las que se pueden ubicar la ley francesa del 22 de noviembre de 1882 que así lo establece, pero con la exclusión de las causales del cambio de nacionalidad y ampliación de los

⁵ LYON CAEN, Charles – RENAULT, Louis, “*Traité de droit commercial*”, LGDJ, 4ª ed., Paris, 1909, p. 254.

⁶ Indicada por THALLE en un comentario a una sentencia de la Corte de Casación del 30 de mayo de 1892.

⁷ RIVOLTA, Gian Carlo M., *Le partecipazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 22.

aportes; la ley alemana de 1897, que admite la deliberación por la asamblea de algunas modificaciones del estatuto por mayoría reforzada de tres cuartos, salvo disposición en contra del estatuto, y el Código Italiano de Comercio de 1882 (que modifica el de 1865), el que también autoriza a la asamblea para la modificación de los estatutos; pero en la hipótesis de fusión, aumento de capital y cambio de objeto, reconoce al accionista el derecho de separación.

IV) Un avance legislativo doctrinario e histórico permite calificar una cuarta etapa, en la cual se prohíbe establecer en el estatuto límites al poder de modificación por la asamblea.

Así acontece con la ley francesa del 1º de mayo de 1930⁸.

De este modo, del principio inicial de la inmodificabilidad de los estatutos, pasando por una progresiva admisión de la regla mayoritaria para algunas modificaciones de los estatutos (y luego para todas), se llega a la antípoda de la posición inicial: la inderogabilidad del principio mayoritario.

La evolución histórica muestra la prevalencia del criterio de la funcionalidad y el desarrollo de la empresa sobre los principios de la autonomía contractual.

Se anota que este difícil tema de la modificación de los estatutos aparece como polémico a través de su evolución histórica, solamente en las sociedades capitalistas, limitado al régimen de la sociedad por acciones.

En cambio, en las sociedades personales, tiene permanencia la regla de la unanimidad⁹.

III. LA REGLA MAYORITARIA EN LA SOCIEDAD DE CAPITALES

Constituye ardua tarea encontrar una solución satisfactoria en la búsqueda de explicación de una regla uniforme en el ámbito jurídico que dé fundamento a la vigencia de la regla mayoritaria para la deliberación de la

⁸ Conf: BOSVIEUX, Henri, *L'organisation et des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires sous le régime de la loi du 1er. Mai 1930*, Paris, 1933, ps. 20 y ss. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudio de Derecho Mercantil*, Ed. de Derecho Financiero, Jaén, 1977-1978, vol. II, ps. 55 y ss.

⁹ GALGANO, Francesco, *La società per azioni*, Cedam, Padova, 1978, p. 62, arts. 131, 139, 145, 160 LSC.

modificación del estatuto en las sociedades de capitales y la contraria del consenso unánime, que se requiere en las sociedades de personas.

La doctrina atiende a distintas pautas; así se pone el acento en el distinto régimen de responsabilidad de los socios (ilimitada en la de personas; limitada en la de capitales), lo que significaría indicar el requisito del consentimiento unánime en las primeras, y la admisión de la regla mayoritaria para la segunda. Pero basta con advertir la hipótesis de la sociedad en comandita simple, en la que la modificación del estatuto exige la conformidad de todos los socios, entre ellos por supuesto los comanditarios, no obstante la limitación que constituye la nota esencial de su responsabilidad, lo que echa por tierra la posibilidad de aplicar este criterio¹⁰.

Tampoco permanece libre de excepciones la situación proyectada a las sociedades según tuvieren o no personalidad jurídica, que permitiese adjudicar la regla mayoritaria a las corporaciones (siempre dotadas de personalidad jurídica). Porque si bien se admite la estricta correspondencia entre personalidad jurídica, organización corporativa y responsabilidad limitada, aparece pronto una excepción impeditiva de la aceptación de esta regla en la hipótesis de la sociedad en comandita por acciones, donde coexisten personalidad jurídica y socios ilimitadamente responsables, a los que se impone, no obstante, la regla de la mayoría y ello porque el régimen de la responsabilidad limitada es la razón o la explicación del reconocimiento de la personalidad jurídica¹¹, pero no es un componente absoluto de ella¹².

La búsqueda de una explicación racional a la regla mayoritaria en la sociedad de capitales no logra una que resulte totalmente satisfactoria, libre de excepciones, por lo cual se pone el acento, más que en los presupuestos teóricos, en las necesidades diversas de funcionamiento de las dos clases de sociedades, de personas y de capitales, en las que se apunta, para las primeras,

¹⁰ Art. 139 LSC.

¹¹ RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *Personalità giuridica e società di capitali*, Rivista Società, 1970, ps. 547 y ss.

¹² TANTINI, Giovanni: *Le Modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 110 y ss.: “Aparece prevalente como elemento típico de la personalidad jurídica la organización corporativa (antes que la limitación de responsabilidad) con inderogable división en órganos con funciones distintas, para la cual la regla mayoritaria emerge como un elemento de su propia estructura en razón de la limitación de responsabilidad”.

a su carácter de forma operativa entre dos o más empresarios; y para las segundas, a su función instrumental en la producción o el intercambio de bienes o servicios.

Las exigencias funcionales de ambas determinan distintas disciplinas, pues mientras que para las sociedades de personas la modificación del contrato social permanece en la órbita de competencia de todos los socios, lo que supone el consenso de cada uno de ellos —regla de la unanimidad—, cuando se trata de la sociedad de capitales, la decisión modificatoria se produce necesariamente por mayoría, porque la voluntad del cuerpo colegiado es la que surge de la aplicación de la regla mayoritaria.

1. Sociedad de personas y sociedad de capital. La decisión colegiada y la personalidad jurídica.

La tesis de justificación del principio de mayoría reconoce fundamento en la premisa según la cual el principio mayoritario es conciliable con las reglas de los contratos, importando una tutela estricta de la autonomía privada individual sólo cuando el grupo en el que opera reconoce una organización colegiada, por lo que el principio mayoritario estaría entonces limitado a los grupos en los que las deliberaciones se toman con un procedimiento en el que se respete el método colegial. El colegio, como forma de concentración de grupo, supone discusión, deliberación, participación y opinión, lo que implica tutela de la minoría.

En otras palabras la tesis que implica conciliación de la regla mayoritaria en los grupos con la regla contractual según la cual la organización colegial es alcanzada desde el punto de vista lógico y teórico, reconoce como fundamento que el procedimiento colegial tiene como fases inexorables, en primer término, la discusión que supone deliberación como condición de la decisión, todo lo cual significa garantía efectiva del derecho singular de cada colegiado.

Es concepto arraigado en doctrina el que hace descansar en la organización colegial la legitimidad de la absorción de la pluralidad de las manifestaciones de voluntad individual de sujetos pertenecientes a la

corporación —colegio— en una única manifestación de voluntad de ésta. Se explica, así, sobre la base de inteligencia del respeto a la tutela de la minoría en el seno del grupo consistente en que la expresión de voluntad singular en el interior de éste supone la posibilidad de incidir o referir la propia opinión a la de los otros singulares, cuya deliberación generará una resultante de voluntad única, en la que estarán subsumidas las de los singulares, en forma tal que todas las voluntades heterogéneas queden reasumidas en una única voluntad.

Esta idea había sido expuesta por O. von Gierke casi metafóricamente, al afirmar el parangón con la antigua asamblea de las armadas, en las que la opinión de la minoría quedaba supeditada al ruido de las armas y los gritos de la mayoría, en cuya función la aclamación era reputada como una voluntad unitaria¹³.

La justificación de la regla mayoritaria guarda vinculación con la personalidad jurídica a la que tradicionalmente se consideró como inmanente, fundando esta conclusión en la organización corporativa, de la cual el respeto al método colegial en la asamblea aparece como inescindible.

Así, la regla mayoritaria es considerada como una característica típica de la sociedad considerada como sujeto autónomo de derecho respecto de sus socios, inherente a todo grupo dotado de personalidad jurídica¹⁴.

En el sistema colegiado, la constitución del grupo por asamblea significa estricta vinculación con el reconocimiento de la personalidad jurídica, concluyendo que de la falta de personalidad jurídica en la sociedad de personas emerge la inexistencia del órgano asambleario en este tipo de sociedades¹⁵.

La organización corporativa—colegial— constituye elemento constante típico de la personalidad jurídica, y con ello el principio de la mayoría,

¹³ RUFFINI, Edoardo, *Il principio maggioritario*, Adelphi editore, 1976, Brossura, 3ª ed., p. 39.

¹⁴ GALGANO, Francesco, *Il principio de maggioranza nelle società personali*, Cedam, Padova, 1960, p. 11; FERRI, Giuseppe, *Delle società (Disposizioni generali – Soc. Semplici- Soc. in none colettivo- Soc. in accomandita semplice)*, 2ª ed., en *Commentario del Codice Civile* a cargo de SCIALOJA, Antonio – BRANCA, Giuseppe, *Del Lavoro* (arts. 2247-2324), Libro quinto, Zanichelli, Bologna – SEFI, Bologna, Roma, 1968, p. 90.

¹⁵ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 17, quien enseña que es relevante como elemento típico de la personalidad jurídica la organización corporativa con inderogable división en órganos de funciones distintas, para la cual la regla mayoritaria emerge como un elemento de su propia estructura en razón de la limitación de la responsabilidad.

inexorablemente condicionado a la organización colegial, estaría limitado a los grupos en los cuales existe personalidad jurídica (fundada esta conclusión en la organización corporativa, elemento del cual es insoslayable el respeto del método colegial de la asamblea en la que son tomadas las deliberaciones de las corporaciones).

La organización colegial transforma así las plurales manifestaciones individuales en la manifestación unitaria resultante de la expresión por la corporación. Entonces, la vinculación de la minoría o de los disidentes o los ausentes no es el resultado de la simple voluntad de la mayoría sino de la corporación, imputable a todos los partícipes.

¿Cuál es el argumento para soslayar la pretendida exclusividad de la aplicación de la regla de la mayoría al grupo dotado de personalidad y, conceptualarlo aplicable al grupo que carece de ella?¹⁶. Se contesta que aquellos fundamentos, sintetizados en la expresión “colegialidad”, pertenecen a la teoría general del acto, en tanto que miran exclusivamente a la organización interna del grupo¹⁷ y no a la del sujeto, por lo que no son aplicables en forma excluyente y exclusiva como reconocimiento implícito de personalidad, por lo cual, focalizándolos como dogmática del acto y no del sujeto, resultan compatibles con el grupo o la sociedad no dotada de personalidad¹⁸.

La vinculación del principio mayoritario entendido como vínculo necesariamente resultante de la organización colegiada del grupo tiene en doctrina otra motivación concurrente, aquella que parte de la base de que el sacrificio de la autonomía privada del individuo perteneciente al grupo como consecuencia del principio mayoritario se justifica por la garantía que representa

¹⁶ La cuestión en doctrina está referida a las sociedades personalistas en las que no existe asamblea ni, por consiguiente, colegialidad.

¹⁷ VENDITTI, Antonio, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Edizioni Scientifiche Italiane E.S.I. Spa Napoli, 1955, ps. 38 y 45.

¹⁸ GALGANO, Francesco, *Il principio de maggioranza nelle società personali*, CEDAM, Padova, 1960, p. 18, nota 37. Esta conclusión parte de una concepción de personalidad jurídica que no adjudica a la organización colegial el carácter de atributo esencial de ella.

el método colegial, que permite al sujeto singular concurrir en la formación de la deliberación e influir a través de la discusión en la decisión que será así unitaria¹⁹.

Este razonamiento es propio del sistema continental europeo, en el que la sociedad personalista está dotada de subjetividad, aunque no de personalidad, pero no es menester en el caso del ordenamiento societario argentino en que la LSC reconoce personalidad jurídica (aunque de modo atenuado, respecto de la sociedad de capital), a la sociedad personificada (art. 2 LSC).

IV. LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO

Exigencias novedosas en función de la permanente mutación de las condiciones objetivas en las que la sociedad se desenvuelve (técnicas, económicas, administrativas y financieras) determinan un consecuente cambio en las formas de organización, gestión y administración; nuevos modos o tipos de financiación y objetivos para la producción y para la diversificación de mercados, todo lo cual exige a la vez la adecuación del acto constitutivo u originario contrato social (o, en todo caso, del contrato social actual vigente) a las nuevas necesidades. Tal adecuación implica su modificación²⁰.

El acto constitutivo (ya conceptuado como sinónimo de estatuto) es un elemento informante de los objetivos de la sociedad y de los métodos para su consecución; pero la sociedad está concebida como relación de duración en el tiempo, de actividad que perdura y se prolonga. El cambio de las condiciones objetivas requeridas encuentra en la modificación del estatuto el medio apto para

¹⁹ VENDITTI, Antonio, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Jovene, Napoli, 1955, p. 14 y ss.; y 55: El método colegial garantiza la participación en la formulación de la voluntad colectiva y representa el máximo posible de protección del interés individual: “en la integración de influencia recíproca de las voluntades individuales radica la razón profunda de la adopción del método colegial”; Dice BIANCA, Massimo C., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, p. 19: “es efectivamente la participación en el órgano de deliberación lo que pone al sujeto singular en posición igualitaria respecto de los otros copartícipes del órgano y justifica la sumisión a la decisión de la mayoría como decisión común emanada del concurso de los miembros del grupo”. En igual sentido, FOSCHINI, Marcello, “*Sul diritto di discussione in assemblea*”, en *Rivista Società*, 1962, ps. 53 ss.; VERDE, G. *Sulla rilevanza della discussione nelle assemblee di società per azioni*, en SEFI, 1961, I, c. 1905; CANDIAN, Aurelio, *Il potere del socio di parlare in assemblea*, en *Temì*, 1962, ps. 144 y ss.

²⁰ En la sociedad de personas también las condiciones subjetivas: aquellas que afectan directamente a la persona de los socios, sin incidencia relevante en las sociedades por acciones.

que la sociedad enfrente las nuevas exigencias. Se ha dicho, por ello, que la modificación del estatuto refleja el momento dinámico de la sociedad en su aspecto, no de actividad o gestión de sus negocios, sino de su devenir, de su permanencia y desarrollo, de su reestructuración continua como acto instrumental e incide sobre la organización en sentido normativo (salvo excepciones en las que se resuelve en un mero acto contable, en las que la modificación no es sino el reconocimiento de hechos preexistentes: caso del aumento de capital por revalúo, reducción del capital por anulación de acciones o pérdidas de determinada entidad)²¹.

Normalmente el cambio o modificación del estatuto será seguido de un acto ejecutivo consecuente en la organización de hecho²².

Ocasionalmente, la modificación puede ser mera ejecución del estatuto, cuando éste no prevé expresamente la sucesiva modificación formal (la delegación en el órgano de administración del aumento de capital dentro de ciertos límites o en forma ya autorizada por el órgano de deliberación)²³.

Ahora ya podría conceptualizarse (no propiamente definir) la modificación del *estatuto* en el sentido estrictamente jurídico o positivo, que más adelante denominaremos “modificación propiamente dicha”, como “cambio de uno cualquiera de sus elementos destinados a incidir en el ordenamiento de la sociedad, en las relaciones entre los socios, o en la integración o supresión de la estructura societaria o de sus elementos particulares”²⁴.

Tiene requisitos en su deliberación, decisión, publicidad e inscripción y abarca un espectro de gran latitud, desde los más leves hasta los más extremos: desde el cambio de domicilio a la vereda de enfrente, hasta la hipótesis en que se agreden los aspectos más sustanciales de la organización, de la relación o la participación de los socios, (el cambio de tipo), que puede llegar hasta la mutación del régimen de responsabilidad y a límites de tal trascendencia que sólo encuentran la justificación de su vigencia en el derecho

²¹ Arts. 220 inc. 1º, 205 y 206 LSC.

²² CORAPI, Porfirio: *Gli statuti delle società per azioni*, Editore Giuffrè, Milano, 1971, ps. 106 y ss.

²³ Art. 188 LSC.

²⁴ TANTINI, Giovanni: *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 22.

positivo en el reconocimiento del derecho de separación o receso a favor del socio con cuyo consenso no se cuenta.

V. LA MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO Y LA INALTERABILIDAD DE LA ENTIDAD SOCIETARIA

La doctrina concuerda en que el elemento tipificante de la modificación del estatuto (a diferencia de otros tipos de cambios) es la subsistencia de la individualidad del ente modificado (sociedad) lo que lleva a enfrentarnos con un tema arduamente debatido, como es el de los caracteres individualizantes de la sociedad²⁵.

Resulta imposible afirmar que la sociedad se individualice con alguno o hasta con algunos (conjuntamente) de los elementos obligatorios para su constitución; a tal punto que un fallo de la Casación Italiana, del 24 de noviembre de 1970, sostuvo que el cambio de objeto y de la denominación social no importa por sí mismo la extinción de la sociedad sino una modificación importante del acto constitutivo²⁶.

Se trata de todo un conjunto plural constituido por elementos insuficientes aisladamente, lo que podrá dar a la sociedad caracteres que la individualicen.

No obstante, luego de sucesivas modificaciones, es dudoso que la sociedad mantenga sus caracteres individualizantes. Luego de cambios sucesivos de cada uno de los cuales resulte subsistente la individualidad del ente, puede llegarse a una sociedad sustancialmente diversa de la originaria; por lo que se concluye que, así como cualquier cambio del acto constitutivo o estatuto constituye modificación en sentido positivo, contrariamente, no es caracterizante de la modificación su incidencia sobre los distintos elementos de la sociedad (nombre, denominación, objeto, capital, etc.), pues la mutación de

²⁵ GRECO, Paolo, *La società nell sistema legislativo italiano, liniamenti generali*, Giappichelli, Torino, 1959, p. 337, dice que “el poder modificativo con aplicación de la regla mayoritaria no reconoce más límites que los derechos individuales e inderogables de los socios y las normas imperativas del orden público y las buenas costumbres”.

²⁶ *Rivista Giustizia Civile*, 1970-I-1519, nota de Giannatasio, Carlos.

tales elementos no supone extinción de la sociedad como tipo de un determinado ente.

Los diversos y sucesivos cambios no alteran la individualidad de la sociedad que permanece: pero si nos fuera dado aplicar un velo histórico, que borrara la sucesión de modificaciones entre la sociedad originaria y la resultante de la última modificación, encontraríamos, sin lugar a dudas, dos sociedades sustancialmente diversas, de modo que sólo el cambio histórico inverso nos permitiría reencontrar la sociedad de origen, pero ello de ninguna manera implica que la sociedad hubiera dejado de existir luego de las sucesivas modificaciones de su acto constitutivo o estatuto.

1. Categoría de modificaciones implicadas en el receso

Advirtiendo ya que el derecho de separación o receso reconoce como causales generadoras actos modificativos del estatuto, resulta de fundamental importancia en nuestro estudio la clara definición del perfil de la modificación en sentido jurídico, doctrinario y positivo.

1.1. *Modificación positiva o técnica*

Atendiendo a la operatividad inmediata *per se*, o bien a la necesidad de implementación complementaria a través de un específico procedimiento reglado, se distingue en positiva o técnica:

DECONOMI

(i) La modificación positiva estatutaria en sentido amplio, define el cambio objetivo del acto constitutivo o del estatuto vigente;

(ii) La modificación técnica es una especie del género anterior y requiere procedimiento, publicidad e inscripción reglados²⁷.

Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 22.903 de 1983, la modificación estatutaria implicada en el receso era aquella que, además del cambio positivo y objetivo del acto constitutivo o estatuto, requería la nota

²⁷ GALGANO, Francesco, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, CEDAM, Padova, 1960, p. 35, cita como ejemplo la exclusión del socio en la sociedad de personas lo que configura una modificación al solo fin de la inscripción. Es una modificación en sentido técnico cuya disciplina no encaja en los principios de las modificaciones del contrato, sino más bien en los de la resolución por incumplimiento (arts. 91 y 92 inc. 2 LSL).

En las sociedades de capitales, el cambio de socios-accionistas no supone modificación del estatuto.

integrativa de la modificación en sentido técnico, esto es: deliberación, publicación e inscripción. Sin embargo, en virtud del nuevo ordenamiento legal, podemos considerar que de todas aquellas notas sólo queda vigente como elemento condicionante la deliberación asamblearia que decide la modificación.

Pasan a ser innecesarios, a los efectos de la generación del derecho de preceder en el régimen vigente, la publicidad y la inscripción que antes aparecían requeridos. Pero la regla de la modificación estatutaria positiva u objetiva tiene una excepción cuando se trata de la causal focalizada en el reintegro total o parcial del capital (art. 96 LSC), la que, tratándose de la reconstitución de la cifra existente en el estatuto, constituye un cambio objetivo que no hace menester la modificación del estatuto (arts. 96; 244, 4to. párrafo, 245 *in capit*).

1.2. *Voluntaria o receptiva (obligatoria)*

Corresponde ahora considerar otra categoría: la modificación del estatuto en sentido propio, entendiendo por tal el cambio voluntario del estatuto o acto del grupo que delibera y decide diversas modalidades o elementos en sustitución o integración de los existentes (acto autónomo modificadorio de la relación social), o, diversamente, la modificación consecutiva o sólo receptiva del hecho extraño a la voluntad de deliberación de los socios. Así, por ejemplo, la reducción obligatoria del capital por pérdidas que absorben las reservas y el 50% del capital social (art. 206 LSC) o por revalúo de bienes o por anulación de acciones etc., procedimiento que supone la modificación de uno de los elementos del acto constitutivo, el capital, pero que en esencia es la rectificación del capital nominal para adecuarlo a la realidad. Requiere un proceso deliberativo y decisorio de la asamblea y está sujeto a inscripción, pero no corresponde a una decisión voluntaria, a diferencia de la modificación propiamente tal, sino un sometimiento de la apariencia, o mera forma representada por el capital nominal, a la realidad (capital real).

La modificación receptiva u obligatoria es una modificación consecutiva o impropia, meramente consecuente de un hecho extraño a la voluntad y deliberación de los socios²⁸.

Mientras en la modificación voluntaria, la deliberación de los socios y su decisión es seguida del cambio de organización, administración o relación, que son consecuencia del acto voluntario de la sociedad a través de su asamblea; inversamente, en la modificación impropia o receptiva, cronológicamente acontece primero el hecho, que luego el procedimiento de los socios se limita a verificar y dado su carácter obligatorio (a diferencia del carácter voluntario de la otra categoría) sucede la consecuente modificación de la relación²⁹.

La hipótesis del art. 103 LSC comporta una modificación voluntaria del estatuto. La del art. 206 LSC es, en cambio, receptiva, pero ninguna es causal de receso pues no generan cambio en la medida de responsabilidad ni riesgo del socio o accionista.

Desde el punto de vista de la categoría de las modificaciones estatutarias, la única implicada en el receso es la voluntaria, esto es, la originada en el órgano asambleario, no así la impuesta por la ley. En otros términos, sólo es causal de receso la modificación estatutaria que reconoce la expresión afirmativa originaria decidida por la asamblea de accionistas por vía de su forma extraordinaria.

Consecuencia importante en cuanto a la no aplicabilidad del derecho de receso cuando se trata de una modificación estatutaria meramente receptiva u obligatoria (no voluntaria) es el de las modificaciones estatutarias impuestas en virtud del régimen especial al que se encuentran sometidas las sociedades cuyo funcionamiento está supeditado a la autorización administrativa para funcionar (hipótesis de sociedades de seguros, entidades financieras, etc.). Las

²⁸ ZALDÍVAR, Enrique - MANÓVIL, Rafael M. - RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª parte, p. 331.

²⁹ La hipótesis del art. 203 LSC comporta una modificación, facultativa, voluntaria, del estatuto. La del art. 206 LSC es, en cambio, receptiva.

reglamentaciones pertinentes exigen a la sociedad, bajo apercibimiento de revocación de la patente y/o liquidación, modificaciones estatutarias, tales como fusiones, reintegros o aumento de capital, las cuales responden a las exigencias de las relaciones técnicas impuestas por el régimen especial al que se encuentran sometidas. En estas hipótesis, por tratarse de modificaciones estatutarias meramente receptorias u obligatorias, ajenas a la directa voluntad de la sociedad, y resultantes, por el contrario, del especial régimen o sistema, no existe derecho de receso³⁰.

La regla que presupone en la causal de receso una modificación voluntaria del estatuto tiene una excepción, incorporada por la ley 22.903 en el art. 245, 2do. párrafo, focalizada en el reconocimiento del derecho de receso a los accionistas que hubieren de recibir acciones destinadas a la cotización u oferta pública como consecuencia de un procedimiento de fusión o escisión, cuando la autoridad de control deniega la autorización. Ese acto administrativo es externo (*rectius*: contrario) a la voluntad de la sociedad y por ello su consagración como causal de receso (originada en la denegatoria administrativa) constituye una excepción a la regla de la modificación voluntaria como única categoría de modificaciones del estatuto causal de receso (en rigor, debe advertirse que en la hipótesis no existe modificación del estatuto, sino una veda administrativa a la modificación previa que, ya consumada en el sentido positivo, impide su culminación técnica).

VI. EL ACTO CONSTITUTIVO, EL ESTATUTO Y LA DISCIPLINA CONTRACTUAL

Razones de método y expresión obligan a la precisión de dos términos significativos de dos institutos diversos, respecto de cuya trascendencia y disciplina, en orden a nuestro estudio, es menester una clarificación previa para facilitar el ulterior desarrollo y evitar confusiones.

³⁰ CNCom., Sala A, 09/09/1981, "Almeida, Raúl y otro c/ Sadela S.A. del Atlántico, Cía. Financiera", LL 1983 -B-62.- Jurisprudencia Parte Quinta N° 25, 230, 231.

El acto constitutivo es el conjunto de cláusulas que reglan los elementos necesarios al origen de la sociedad. El estatuto es el conjunto de cláusulas que norman la organización y el funcionamiento (también liquidación) de la sociedad, establecido por imperio de la ley para conformar el tipo elegido por los socios, o determinado por los mismos socios para integrar o derogar (en el ámbito de lo permitido) la disciplina legal que regla el tipo social electo.

En doctrina aparece convincente la afirmación de la inadmisibilidad de una duplicación de naturaleza y disciplina, auspiciándose el reconocimiento de un tratamiento unitario como acto constitutivo y estatuto.

El ordenamiento de la sociedad por acciones es de tipo contractual, creado por la autonomía de las partes, en el ámbito de un esquema típico impuesto por la ley (art. 1, LSC). Las normas estatutarias constituyen el trámite a través del cual las normas organizativas fijadas abstractamente por la ley para la calificación del tipo “sociedad por acciones”, en virtud de entrar a formar parte del singular ordenamiento “estatutario”, gobiernan la vida de las diversas sociedades por acciones como organismos concretamente existentes en el ordenamiento general.

La conclusión doctrinaria respecto de la identidad de tratamiento hace procedente la remisión de ambos actos a las normas que regulan los contratos³¹.

Pero otra doctrina, partiendo del principio según el cual en la sociedad con personalidad jurídica la disciplina o regulación del grupo asume relieve en el plano del ordenamiento general (que predispone el contenido y el efecto de la relación), concluye que el ordenamiento estatutario debe ser excluido de la preceptiva contractual³².

³¹ CORAPI, Porfirio, *Gli statuti delle società per azioni*, Editore Giuffrè, Milano, 1971, ps. 192 y ss; 343 y ss.: Acto constitutivo y estatuto deben ser interpretados con arreglo a las normas sobre los contratos.

³² SCORZA, Bernardino, *Gli statuti degli enti a tipo associativo, con particolare riferimento alle società di commercio*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1934, p. 142: “A la luz de las normas contractuales no se explicaría la oponibilidad a terceros, por lo que las normas del estatuto no serían expresión de la autonomía de la voluntad, sino que asumirían el carácter de las normas objetivas, en cuanto el ordenamiento estatal haría reenvío a las normas del ordenamiento societario”. Se contesta que la oponibilidad es el resultado de la publicación del acto, no del mismo estatuto, ya que éste no produce efecto en la esfera jurídica de terceros.

ANAYA, Jaime, “El marco jurídico de la empresa” en *Tratado de la Empresa* (Ana Piaggi, Directora), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, p. 37, realiza un profundo e ilustrativo estudio del marco jurídico de la empresa. Atrapa al lector todo el texto, de inexcusable lectura, particularmente aquel pasaje en el que bajo el subtítulo de “La sinonimia o fusión” pasa revista a las teorías de Mossa Paillusseau, Ripert,

Se puede afirmar que el estatuto tiene trascendencia, en carácter de reglamento contractual, que establece normas de conducta que regulan el funcionamiento del grupo, delimitando la estructura de la sociedad.

Las reglas estatutarias tienen características de generalidad y abstracción que son inherentes a toda regla de organización de una actividad³³.

Modificación del acto constitutivo (o estatuto) es cualquier cambio de una cláusula de éste (comprendida la derogación a las normas dispositivas del ordenamiento legal).³⁴

Si —como concluimos— la decisión mayoritaria (sin consenso del socio singular) resulta eficiente en la sociedad de capitales para la ya definida modificación del estatuto (o del acto constitutivo), la especulación que aspira a encontrar su vinculación—la de la modificación— con el acto de creación u origen de la sociedad o acto constitutivo nos pone frente al problema de la concepción de la sociedad como contrato o como persona jurídica.

Así se insinúa la particular incidencia del problema de la teoría general de la sociedad y su naturaleza (contractual o extracontractual) sobre las modificaciones del estatuto, la tutela de la minoría y los derechos individuales de

Garrigues y Tantini, cuyas investigaciones constituyen el común denominador de la vertiente del subjetivismo, para poner en evidencia, en resumen, la clara diferencia de esencia existente entre la vertiente organizativa que pone el acento en la sociedad por parte de interés, como supervivencia de forma de colaboración entre empresarios, frente a la sociedad de capital como instrumento de producción en masa, en la que el principio mayoritario sacrifica la voluntad subjetiva a la funcionalidad. “El grupo empresario” constituye un prolegómeno del tratamiento del interés de la empresa, y aquí profundiza un tema casi extraño a la doctrina argentina y de difícil instalación, tal como las dificultades planteadas del establecimiento en razón de la versatilidad y la indefinición de los contenidos de hacienda y empresas (Cfr. p. 44). Partiendo de las enseñanzas de ASQUINI, en orden al reconocimiento e inexistencia de unidad conceptual de la empresa analiza los cuatros conceptos reales sobre los que quedó instalada por su idoneidad la base para sistematizar la problemática de la empresa y presentar bajo sus cuatro perfiles o conceptos, el subjetivo, el funcional o dinámico, el objetivo o patrimonial y el corporativo, sus más relevantes desarrollos.

³³ MESSINEO, Francesco, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, Voz: “Contrato normativo y contrato tipo”: Mientras las reglas estatutarias están destinadas a una actividad en acto (en desarrollo), los contratos normativos lo están a las relaciones futuras, potenciales.

³⁴ COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 84: Las normas jurídicas son: 1) Imperativas (ordenan sin facultar una conducta diversa); 2) Prohibitivas (imponen una omisión); 3) Permisivas, facultativas o dispositivas; pueden dividirse en, a) supletivas (regulan conducta con facultad de apartarse de ellas); b) interpretativas (interpretan conductas); c) autorizantes de una conducta.

los accionistas, a su vez íntimamente vinculado con el del derecho de separación del accionista.

Varias teorías, con diversas versiones conceptuales, a las cuales se ha denominado institucionalistas, coinciden en admitir el origen contractual de la sociedad, pero afirman que el contrato original que organiza y pone en funcionamiento el grupo no se extingue en sí mismo sino que el ordenamiento del grupo sustituye a la relación contractual³⁵.

La teoría contractual de la sociedad encuentra aguda crítica en quienes sostienen que la modificación del estatuto de la sociedad con personalidad jurídica por la asamblea, subordinada a la aplicación de la regla mayoritaria, es incompatible con el principio de unanimidad vigente en la disciplina contractual.

Por ello se argumenta que el sistema de la modificación no debe considerarse un acto de los socios en una relación contractual, sino que debe ser focalizado en la particular organización de la sociedad con personalidad jurídica, o sea como un acto de la sociedad como ente (cuya voluntad los socios forman como órganos). Los socios delegan en la sociedad (en o por el contrato social) la factibilidad de la modificación por un órgano (distinto de los socios mismos), cuya voluntad los socios forman en virtud del ordenamiento del grupo³⁶.

El presupuesto de esta posición es la existencia de un doble género de actos: los de la sociedad por una parte y los de los socios singularmente por la otra, pero receptados estos últimos por la sociedad como propios de ésta. Los

³⁵ CORAPI, Porfirio, *Gli statuti delle società per azioni*, Editore Giuffrè, Milano, 1971, p. 60, distingue con precisión entre el contrato de cambio y contrato asociativo: “Si bien en todo tipo de contrato está presente un principio de colaboración en orden a conjugar los intereses de las partes, en los contratos de cambio el momento de la colaboración se agota rigurosamente en el acto, mientras en los contratos asociativos en general –y en el contrato de sociedad en particular- la colaboración se proyecta en función de la organización de la actividad, en la fase de actuación”.

³⁶ TANTINI Giovanni: *Le Modificazioni dell' atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 48, transcribe a DALMARTELLO, Arturo: *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1937 p. 48: la asamblea actúa en forma análoga a la figura del arbitrador al que las partes se remiten para la integración de la relación jurídica en el ámbito de la disciplina de los contratos. Las sociedades, o más precisamente el órgano asamblea, serían aquí delegados por los socios para la modificación del estatuto.

actos de ejecución del contrato pertenecerían a la primera categoría, y a la segunda, los de modificación del estatuto.

En los actos de modificación, la voluntad de los socios (como contratantes) es asumida por la sociedad como si fuese voluntad unánime, operándose así la sustitución de la totalidad de la mayoría “como si se tratase de la voluntad unánime”, vinculante de todos los socios, obviamente también de la minoría. El derecho de receso sería entonces la correspondiente compensación a la derogación de la regla de la unanimidad y la asunción de la regla mayoritaria, en el tema de la modificación del acto constitutivo (o estatuto).

Sin embargo tal tesis no es convincente, porque el derecho de separación del accionista no cubre un supuesto vacío entre la voluntad mayoritaria y la de los socios todos (unánime), sino que representa un correctivo en algunos casos de modificación más relevantes y, precisamente, aquellos en los que incide su interés esencial.

Si el derecho de separación representase el correspondiente a la renuncia de la regla de la unanimidad por la modificación del contrato, como se desprende de las argumentaciones de los críticos a la teoría contractual, el receso debería concederse en todos los casos de modificaciones y no solamente en aquellos más relevantes, que afectan el interés esencial del socio.

Quienes no encuentran viabilidad a la regla mayoritaria en el esquema contractual de la sociedad incurren en el error de una desacertada definición del concepto de contrato, en cuyo contenido no admiten sino el contrato de cambio, sin advertir que una moderna revisión a la luz de la mejor doctrina permite trascender de la concepción romana a una mucho más amplia, que posibilita incluir dentro de las reglas contractuales todo acuerdo de dos o más voluntades para conciliar o disciplinar la conducta de dos o más partes³⁷.

Conforme con la elaboración doctrinaria contractualista, la regla mayoritaria no es sino un elemento inherente al carácter organizativo estructural en el contrato de sociedad, o sea que la correspondencia entre contrato y regla

³⁷ COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 24

mayoritaria tiene su origen en el hecho de que el acto crea una organización y que esta organización importa una actividad³⁸.

Así, la moderna teoría contractual supera con su mayor espectro, en su más difundido ámbito, la crítica que la reputa insuficiente para la comprensión del íntegro fenómeno de la modificación del estatuto o acto constitutivo sin necesidad del consenso del socio singular.

VII. LA REGLA MAYORITARIA Y LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Advertida la admisibilidad de adecuación de la regla mayoritaria en la disciplina contractual, es menester poner de relieve que tradicionalmente aparece enfocada como una característica típica de la sociedad (considerada como sujeto autónomo de derecho respecto de sus socios) e inherente a todo grupo dotado de personalidad jurídica³⁹.

Desde luego que esto nos lleva a enfrentarnos con el problema de la concepción de la persona jurídica como un fenómeno de naturaleza compleja no susceptible de ser reducido en su totalidad al esquema contractual, pero ello supera el límite de este trabajo, que apunta a conclusiones aplicables al derecho de receso.

No obstante, limitando nuestra especulación a la conclusión expuesta, diríamos que en última instancia la doctrina encuentra en la búsqueda de la naturaleza de la persona jurídica un elemento típico, constante e invariable, que es el de la inderogabilidad de la organización corporativa, cuyo elemento se puede dar en las sociedades de personas, aunque no necesariamente.

³⁸ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1937, ps. 22 y ss.

³⁹ GALGANO, Francesco: *Il principio de maggioranza nella società personali*, CEDAM, Padova, 1960, p. 11; FERRI, Giuseppe: “Delle società (Disposizioni generali- Società semplici- Società in nome collettivo- Società In accomandita semplice)”, 2ª ed. en *Commentario del Codice Civile* a cargo de SCIALOJA, Antonio – BRANCA, Giuseppe, Zanichelli, Bologna- SEFI, Roma, 1968, p. 90. TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 51: Se observa que el sistema colegiado (la constitución del grupo por asamblea) tiene estricta vinculación con el reconocimiento de la personalidad jurídica, concluyendo que la falta de personalidad jurídica en la sociedad de personas emerge de la inexistencia del órgano asambleario en este tipo de sociedades.

A su vez, la organización corporativa se da en orden o en función del beneficio de la responsabilidad limitada, (responsabilidad limitada de los miembros y de los administradores), pero ello constituye solamente la razón de la particular regulación y no un elemento esencial.

La organización corporativa constituye así un elemento constante y por ello susceptible de ser conceptuado como elemento típico de la personalidad jurídica.

Mientras las sociedades de capitales aparecen dotadas de personalidad jurídica en las que la característica inderogable es la organización corporativa, hay que advertir que en toda colectividad organizada, a la cual el ordenamiento legal imputa en modo unitario los efectos de su actividad, aparece la subjetividad.

Así, entonces, la personalidad jurídica atiende a la organización corporativa en función normal del beneficio o privilegio de la responsabilidad limitada y ello acontece en la sociedad de capitales, mientras que en la sociedad de personas la adjudicación del carácter de sujeto autónomo de derecho se revela a través de un orden cualitativamente más leve, significado por la subjetividad, en cuyo elemento se configura la imputación unitaria de autonomía del grupo frente a terceros.

Cuando en las sociedades de personas es característica normal la responsabilidad ilimitada de sus miembros (correspondiente al poder de administración inherente a su calidad de socios), las dotadas de personalidad jurídica y caracterizadas por organización corporativa en líneas generales se fundan en la responsabilidad limitada de sus socios y administradores.

Se debe reconocer en la disciplina de la sociedad en comandita simple o por acciones una excepción al principio de correspondencia entre responsabilidad limitada y reconocimiento de la personalidad jurídica, circunstancia ésta que ya hemos visto anteriormente (el socio comanditado tiene responsabilidad limitada)⁴⁰.

⁴⁰ Art. 134 y 314 LSC.

Y por ello, precisamente, en la personalidad jurídica no se identifica el régimen de la responsabilidad como un elemento invariable, constante y definitorio, sino en el de la inderogabilidad de la organización corporativa.

Con el riesgo que supone toda esquematización, la sociedad anónima (o sociedad de capitales en general), está dotada de personalidad jurídica cuya característica esencial, inderogable, *sine qua non*, es la organización corporativa, en razón (no esencial, por lo que admite excepciones) de la responsabilidad limitada de los accionistas.

La sociedad de personas en cambio, tiene una característica normal: la responsabilidad *ilimitada* de los socios, y no constituye nota típica o inherente a su esencia la organización corporativa, sino solamente subjetividad (que significa la autonomía del grupo).

VIII. SOCIEDAD: SU CARACTERIZACIÓN COMO CONTRATO PLURILATERAL DE ORGANIZACIÓN. COMPATIBILIDAD DE LA REGLA MAYORITARIA Y EL DERECHO DE RECESO CON LA DISCIPLINA CONTRACTUAL

Se pretende avanzar con la especulación hacia la definición o la focalización del contrato de sociedad, en forma de posibilitar ulteriormente la consideración de los distintos tópicos de la modificación del estatuto, y el más específico del derecho de receso, en ocasión de las modificaciones más relevantes, en orden a los principios generales que habrán de ser aplicados a estas instituciones.

Las conclusiones anteriormente expuestas, que permitieron atribuir a la persona jurídica el carácter de una técnica de organización para la obtención de intereses individuales “de los socios” (pero comunes), no están en pugna aparentemente con la concepción positiva de la sociedad y tampoco presentan una contradicción íntima con el sistema económico estructurado sobre la iniciativa privada, un régimen (teleológico) de concurrencia con participación de grupos activos de accionistas en la gestión de la empresa (aun cuando los accionistas fueran minoritarios).

Así, la incorporación de la sociedad a la concepción contractual se fue reabriendo camino con amplio consenso en la doctrina y se revalorizan entonces, a la luz de la disciplina de los contratos, institutos que anteriormente se consideraban incorporados a la teoría de las instituciones: exclusión de los socios, tradicionalmente analizada como expresión de un poder de disciplina de la sociedad y ahora interpretada a la luz de la disciplina de los contratos; cesión de las cuotas en la sociedad de responsabilidad limitada, que aparece calificada como cesión del contrato⁴¹, y hasta el mismo receso de la sociedad es vuelto a la disciplina de la rescisión unilateral del contrato⁴².

No obstante, como suele acontecer en el movimiento pendular de las instituciones (paralelo a análoga situación económica e histórica), la aparición de las llamadas sociedades gigantes por acciones en el derecho anglosajón (*giant corporations*), en las que una exigua minoría ejerce el poder ante multitud de accionistas y donde la tradicional figura del socio aparece sustituida por la del accionista inversor—ahorrista, parece provocar una nueva crisis en la concepción contractual de la sociedad.

El análisis del nuevo fenómeno del mundo capitalista ha sido realizado mediante la definición de las características fundamentales de la sociedad gigante por acciones, individualizando ésta sobre las siguientes notas: 1º) el control o poder real aparece concentrado en las manos de los directores y no de los accionistas; 2º) la dirección se constituye en un grupo que se autoperpetúa; 3º) la autofinanciación, o tendencia de la sociedad a la independencia financiera.

El primero de estos aspectos, la separación de la propiedad con relación al control (aquí propiedad debe entenderse como sinónimo de “propiedad con capacidad de ejercer el control”), había sido caracterizado ya con

⁴¹ GALGANO, Francesco, “Delle associazione non riconosciute”, en *Comentario del Código Civile de SCIALOJA*, Antonio – BRANCA, Giuseppe, Bologna-Roma, 1982, p. 14; TANTINI, Giovanni, *Società a responsabilità limitata*, 1971, p. 97.

⁴² DE FERRA, Giampaolo, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 11; GALGANO, Francesco, “Delle associazioni non riconosciute”, en *Commentario del Código Civile de SCIALOJA*, Antonio – BRANCA, Giuseppe, Bologna-Roma, 1982, cit. nota 20. La sociedad estaría regulada en el momento de creación por la disciplina de los contratos y en el segundo momento (de organización), por las normas sobre las personas: aquí aparecería la vigencia de la regla mayoritaria.

mucha anticipación como el elemento típico en el origen de las grandes sociedades accionarias⁴³.

El cuestionamiento de las conclusiones, que ya parecía como casi unánime en torno al planteamiento contractual e institucional, postula la adecuación a la realidad económica abandonando la tradicional polémica, la que en sus tentativas de demostrar o refutar definitivamente la naturaleza contractual de la sociedad entrañaría una ambivalencia o contradicción del fenómeno societario que las varias teorías, en lugar de resolver, pondrían en mayor evidencia.

De manera más o menos desembozada la crítica apunta a un cuestionamiento jurídico que centra sus argumentos en la postulación de la insuficiencia—y hasta de la contradicción— de toda la disciplina de la empresa —no solamente la contractual— para dar satisfacción al fenómeno económico moderno.

El episodio final del embate suele terminar con una afirmación socio—política contra la sociedad por acciones toda, cuya estructura es reputada incapaz para la solución de la problemática planteada por las nuevas sociedades con grandes capitales, vastamente difundidos o con gran base accionaria.

El modelo de la sociedad por acciones aparecería como insuficiente para abarcar la amplitud de fenómenos nuevos generados por el nuevo tipo de sociedad caracterizada, según se ha expuesto, por la separación de la propiedad con relación al control, la decadencia como objetivo primigenio por parte del accionista de la finalidad de la ganancia; el menoscabo del aspecto privatístico a favor del aspecto público significado por las condiciones de funcionamiento de la sociedad en oligopolio o monopolio en relación con toda la economía nacional.

Por último, la difusión de las acciones entre inversores, clientes, trabajadores, dependientes y hasta los mismos consumidores provocaría la aparición de intereses totalmente diversos a los de los socios, por lo que, bajo la óptica de tales intereses, la sociedad tendría un objetivo de autosuficiencia por

⁴³ BARAN, Paul Y SWEEZY, Paul: *Il Capitale monopolistico*, trad. It., Einaudi, Torino, 1968; ASCARELLI, Tullio: "Proprietà privata e control della ricchezza", RDPC, 1952, p. 753, TANTINI, Giovanni: *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, cit. p. 76.

vía de la obtención de las dimensiones óptimas y de autofinanciación. Asimismo, se trata de obtener un incentivo que, aun aspirando al máximo de provecho, tienda a bajar la tasa de los dividendos, lo cual no significa que se deje de lado como objetivo primordial de la sociedad la obtención de utilidades, sino solamente que el grupo dirigente y sus accionistas mayoritarios se ponen de acuerdo en la diversificación de las utilidades antes que en la distribución, porque de ese modo se obtiene la autofinanciación empresarial y simultáneamente se posterga la consecuencia que está dada por el incremento del valor de las acciones.

Aquí aparece frustrado el pequeño accionista ahorrista, el que procuraría encontrar un rédito elevado de su capital.

La sociedad aparecería como un centro de poder económico—político y, en definitiva, como una entidad con funcionamiento autónomo, o desprovista de carácter privatístico, para aparecer como un ente “originario” y prácticamente “soberano”⁴⁴.

Así, reducida la participación del accionista en la gran sociedad por acciones, nace un enfoque institucionalista de la empresa, que descarta los límites demasiado estrechos y aparentemente insuficientes de las reglas contractuales.

Las teorías institucionalistas reconocen una elaboración estructurada en la doctrina francesa hacia 1910. En ella se define la sociedad como la institución cuyas características son: 1) una “idea directriz” soberana, que constituye su fin; 2) un “principio de autoridad”, que tendrá por justificación

⁴⁴ ALEGRIA, Héctor, “La empresa como valor y el sistema jurídico”, LL 2006-B- 1172, la empresa ocupa hoy un lugar central en el desarrollo de las distintas comunidades, del Estado y de los estratos de la sociedad. Desde este punto de vista ya no puede verse sólo como una emanación de la personalidad de un individuo (empresario) sino que también es el centro de generación, de potenciación y, en alguna proporción, de medios para el desarrollo individual y colectivo. Hemos comprendido hoy, pues, que la empresa no es sólo una propiedad o una fuente de renta. Es asimismo un centro de optimización de los recursos, una fuente de riqueza social y un eslabón imprescindible en la cadena de los valores plurales de la sociedad en su conjunto y de los grupos e individuos que la componen.

cumplir con la idea directriz; 3) la comunión de los miembros en torno a aquella idea⁴⁵.

Queda entonces delineado un “ser social” independiente de sus miembros, con una realidad histórico—fáctica previa a la jurídica (posterior), que queda supeditada y condicionada a aquélla. Sus normas reguladoras no serán derivadas de la libertad individual, sino de un estatus predeterminado por una idea (directriz) que “gobernaba como un cuerpo viviente a esa empresa que tenía una potencia y duración superior a los individuos que la habían organizado”.

Esta teoría estructura un ser social intermedio entre el Estado y la familia; dota a la empresa de notas vivas, casi humanas: búsqueda del bien común, poder en función de intereses no sólo comunes sino de un concepto más amplio, el del interés común; interés perdurable (frente al precario y definido del objeto contractual); y sometimiento de los estatutos al interés social (con la consecuente viabilidad de modificaciones sin consenso de los socios).

Dirigida con intencionalidad ideológica, la teoría produjo un embate espectacular en el tipo societario que tipifica al régimen liberal—capitalista: la sociedad anónima.

Pretendió así transferir a ésta sus principios, enseñando que el contrato en su momento genético produce un organismo (sujeto de derecho, distinto al de los socios) con un fin propio, que es la realización de un interés intermedio entre la sociedad y el Estado y en el que la administración de la sociedad no está tanto a cargo de meros mandatarios de los accionistas, como de órganos de dirección y control al servicio de la “idea directriz” sobre la base del propio “principio de autoridad”⁴⁶.

Se observa que en la teoría de la institución lo útil subsume a lo jurídico: el socio no conocerá cuál es el derecho porque él debe someterse al del

⁴⁵ HAURIUO, Maurice: *Principes de droit administratif et droit public*, Larose et Tenin, Paris, 1910; COLOMBRES, Gervasio R.: *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 16.

⁴⁶ ANAYA, Jaime, “El marco jurídico de la empresa”, en *Tratado de la empresa* (Ana Piaggi, Directora), AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 38-46; ALEGRIA, Héctor “*La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (evolución, panorama actual y cuestiones modernas)*” en *Tratado de la empresa -Ana Piaggi Directora-*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 2 y ss; GAILLARD, Émile, *La société anonyme du demain*, Sirey, Paris, p. 37, cit. por COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 19.

interés social; no podrá invocar la nulidad de una decisión asamblearia por violación a la ley o el estatuto (basta con que ésta se acomode a la utilidad colectiva).

La regla mayoritaria carecerá igualmente de prevalencia y obligatoriedad en cuanto se oponga al interés colectivo.

Su formulación imprecisa, plena de conceptos sociológicos, carente de fórmulas dogmáticas, no pudo desplazar los conceptos jurídicos producto de laboriosas construcciones. La armoniosa disciplina de la autonomía de la voluntad, estructurada sobre un bien enclavado juego de precisas normas y principios, no reconoce prioridad científica ni axiológica a una teoría que subordina al fin colectivo, los principios de la sociedad pluralista.

Sin embargo debe reconocerse que aparece actualmente desdibujada la figura societaria, tal como fue tradicionalmente definida en el derecho positivo italiano de 1942, pero no por ello se puede abandonar la concepción contractual que insufla toda la legislación y la doctrina, porque ello supondría realizar un absoluto, radical y antagónico planteamiento, con derogación de la integridad del sistema y de su ámbito privatístico⁴⁷.

Nuevas exigencias han llevado a la proliferación de sociedades en las que el tradicional accionista, interesado en la explotación, cede posiciones ante un nuevo género de inversores, preocupados no tanto en la marcha de la sociedad como en la mera ganancia, diluyendo el perfil tradicional del accionista interesado por la suerte de su aporte y el control de la sociedad; adquiriendo en cambio novedoso relieve en estas sociedades de gran base accionaria el accionista especulador, axiológicamente minimizado su interés frente a una sociedad que adquiere “fines propios”.

El hecho de que existan en posiciones idénticas dos categorías de accionistas: los minoritarios (en relación con el capital), que son a su vez mayoritarios (en cuanto al control de asamblea), y, por otro lado, la gran mayoría solamente motivada por un interés de inversión o especulación, no puede dejar

⁴⁷ TANTINI, Giovanni: *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, ps. 74 y ss.

pasar por alto que es sobre los socios que descansa el poder en la sociedad y ellos son los que en definitiva transmiten su poder a los administradores y dirigentes, aun cuando este poder pueda tener apariencia de autonomía.

Lo que en tales casos acontece es una deformación o fenómeno límite dentro del sistema contractual: la expoliación de los derechos de la mayoría— que son minoría en cuanto al control— por parte de la minoría, que domina la sociedad.

Naturalmente que este nuevo tipo de problemas puede llevar a la disyuntiva de si ellos encuentran solución adecuada dentro de la disciplina de las sociedades por acciones, o si debe procurarse en el exterior por un sistema de controles publicísticos.

En la práctica existe una ostensible tendencia a favor de los controles de naturaleza pública, lo que significa, en definitiva, optar por la racionalización de la disciplina actual de la sociedad por acciones, manteniéndose vigente su estructura.

En los capítulos anteriores se definió tanto el acto constitutivo como la sociedad como un conjunto de relaciones susceptibles de ser consideradas a través de la disciplina contractual, explicando ello la conceptualización de relación contractual también para la posición de los socios internamente en la sociedad.

La concepción de la personalidad jurídica, más que mutar esa posición en la de órganos de un nuevo ente distinto a los socios individualmente, tiene sólo la significación de una particular disciplina de organización que la ley adjudica al reconocimiento de la personalidad jurídica: las partes (socios) determinan el contenido del contrato (constitutivo), el que produce efecto como todos los contratos (*ex lege*), en tanto que el reconocimiento de la personalidad jurídica agrega otros efectos contractuales de los cuales el carácter inderogable de la organización corporativa, en función de la responsabilidad limitada, aparece como esencial.

Así se diluye la incompatibilidad del momento originario o constitutivo (eminentemente contractual) y el momento dinámico organizativo (esencial a la personalidad jurídica). La diversidad de la naturaleza entre uno y otro desaparece a la luz de la doctrina, que da al concepto de persona jurídica el

carácter de una fórmula abreviada para resumir una disciplina normativa de alguno de los grupos organizados.

Quienes tachan de insuficiente la teoría contractual para captar el entero fenómeno societario caen en el difundido error de reducir el concepto de contrato al tradicional esquema romano, sin advertir que su mucho más amplio espectro se configura toda vez que exista acuerdo de dos o más voluntades para conciliar o disciplinar la conducta de dos o más partes⁴⁸, lo que modernamente permite la inclusión en el ámbito contractual de la categoría de los contratos plurilaterales asociativos o de organización, cuya teoría constituye uno de los más relevantes aportes de la doctrina italiana a la determinación de la naturaleza jurídica de la sociedad.

Se demuestra así la esterilidad de largas disputas teóricas, tendientes a ubicar las cuestiones relativas al origen del acto constitutivo y su desarrollo en el marco tradicional del contrato de cambio.

Se caracteriza el valor típico del contrato asociativo en términos de organización, dando al ejercicio o dinámica de la actividad una configuración de estructura.

El acto se proyecta sobre la actividad y ésta constituye un necesario e infaltable desarrollo de él. El contrato atiende al ejercicio en común del grupo, de una actividad que se desarrolla *en una serie de actos en los que se determina contenido y modalidad* (organización)⁴⁹.

⁴⁸ COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 24.

⁴⁹ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 26. Son notas del contrato plurilateral *de organización*:

1° Se trata de un contrato plurilateral, a diferencia de los contratos de cambio, en los que las partes no pueden ser más de dos. La naturaleza contractual subsiste.

2° Es una especie entre los contratos plurilaterales, singularizada por determinar una organización colectiva. El sujeto de derecho, así derivado, configura el contrato de organización o asociativo como un contrato de ejecución continuada. De ello resulta:

- a) La relación sinalagmática se establece no sólo entre las partes, sino también respecto de cada parte y del sujeto de derecho.
- b) Las prestaciones están dirigidas al nuevo sujeto y no al otro contratante como en el contrato de cambio. Por ello, aunque los intereses sean opuestos su satisfacción resulta común.
- c) El cumplimiento de las prestaciones no importa la caducidad del contrato.
- d) Las prestaciones son atípicas, y no determinadas como en el contrato de cambio.
- e) Cada parte no solamente está obligada a cumplir su prestación, sino que también tiene el derecho de hacerlo.

La individualización de la organización como elemento típico y caracterizante de la sociedad permite colocar el contrato de sociedad (y de los contratos asociativos y en general) dentro de las disciplinas de las distintas clases de contratos.

Se determina así, en el contrato plurilateral en comunión de fines, la categoría aquella en la cual se engloban los contratos asociativos y entre éstos el contrato de sociedad, en contraposición con los contratos de cambio.

Integrando el concepto, y para tipificar en mejor medida la clasificación, se pone el acento, además, tratándose de la sociedad, en el contrato asociativo y de sociedad en particular, en la “organización de la actividad”, con lo que el contrato aparece ya con un margen propio no susceptible de ser encuadrado en otras categorías por su peculiar y distintivo carácter “organizativo”.

La consecuencia de la caracterización de la sociedad, como tipo de la categoría del contrato plurilateral en comunión de fines (o de organización) supone la aplicación de toda la disciplina de los contratos en cuanto no se encuentre derogada por la disciplina de la especie particular.

Supone también trasladar a la disciplina de los contratos los principios de interpretación del acto constitutivo, de exclusión del socio, de la cesión de acciones y, en lo que interesa a nuestro trabajo, el derecho de receso.

Individualizando en la organización de la actividad el elemento típico, esencial y estructuralmente fundamental del contrato de sociedad, y de los contratos asociativos en general, se posibilita calificar a la sociedad como

f) El simple consentimiento de las partes es inhábil para determinar la extinción de todos los efectos del contrato.

g) La no aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* consagrada para los contratos de cambio en el art. 1201 Cód. Civ.

h) La no aplicación del pacto comisorio tácito estatuido en el art. 216 Cód Com., respecto de los socios entre ellos.

i) El contrato no se extingue por la imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida por una de las partes, contrariamente a lo que disponen para el contrato de cambio los arts. 888 y ss. Cód. Civ.

j) El contrato tampoco se extingue en el caso de nulidad o anulabilidad de la prestación a cargo de una de las partes, diversamente de lo que ocurre en el contrato de cambio, según lo dispuesto por los arts. 1052 y cc. del Cód. Civ.

especie contractual en su origen y en su desarrollo, en el acto constitutivo y en las consecuencias de su ordenamiento⁵⁰.

Un largo y difícil esfuerzo doctrinario legislativo fue primero tímidamente y luego en forma ostensible introduciendo en el mundo jurídico el concepto de empresa cuya noción insinuada en las reglas de la ordenanza francesa de 1673 sobre la competencia de los Tribunales de Comercio se asentó en la codificación francesa de 1807 en el Título II del Libro IV, desligando los actos de comercio de su proyección jurisdiccional y otorgándole un carácter definitorio sustantivo en materia comercial que adquirió jerarquía en el código italiano de 1882 al consagrar en el art. 3 veinticuatro actos de empresa.

De este modo, la sociedad comercial como entidad eminentemente jurídica encontró en el concepto de empresa elaborado por la doctrina a través de tempranas enseñanzas de Endeman en 1865 un proficuo campo para el debate que, a través de la noción de negocio organizado, consideró la empresa adoptada de personalidad comercial y sostuvo que el arbitrio de su dueño tenía límites. El comienzo del siglo XX reveló nuevos avances doctrinarios y hoy la sociedad comercial muestra una inevitable simbiosis y se vale de la empresa que, constituida en la estrella polar del mundo negocial, ha llegado a convertirse en el eje de una rama del derecho dirigida a tratar particularmente su conservación a través de tan novedosas y mutantes formas jurídicas y negociales, destinadas a protegerla frente a las contingencias que la amenazan con fuerza de extinción⁵¹.

“Para el derecho, la empresa no constituye un organismo unitario y autónomo ni desde un punto de vista subjetivo ni desde un punto de vista objetivo. Considerada como actividad, y esto es bajo un perfil dinámico, la empresa necesariamente se remite a la persona del emprendedor que desarrolla la actividad. La disciplina jurídica de la empresa es, por lo tanto, disciplina de la

⁵⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín: *Tratado de sociedades mercantiles*, Porrúa, México, 1959, t. I., ps. 18 y ss.

⁵¹ ALEGRIA, Héctor, “*La conservación de la empresa como centro principal del derecho concursal moderno (Evolución, panorama actual y cuestiones modernas)*” en *Tratado de la empresa*, (Ana Piaggi, directora), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 3 y ss. con amplio desarrollo y útil cita de doctrina nacional y extranjera.

actividad del empresario y la tutela jurídica de la empresa es tutela jurídica de esta actividad. Esto explica que la ley prevea la figura del empresario y ponga a cargo de éste, particulares obligaciones, y no considere en cambio la empresa como tal⁵².

Entendida bajo el aspecto patrimonial estático, la empresa es una combinación de bienes en vista de un objeto económico, productivo y lucrativo al mismo tiempo⁵³.

“Siendo la empresa una organización de actividades, de bienes y de relaciones de variada clase, cuando fuere objeto de tráfico, su transferencia significa la inclusión del activo y el pasivo, en suma la transferencia del negocio como organización viva. Ello no puede operar en bloque sino a través de pasos sucesivos en los que estén comprendidos los distintos elementos heterogéneos que la componen”⁵⁴.

Sin embargo, es una verdadera obsesión en la década del '80, a partir del *Rapport Sudreau* en Francia, la preocupación por plasmar en la norma positiva concursal la posibilidad de salvar a la empresa separándola de su dueño, el empresario, que, ineficaz o infortunado, la llevó a la cesación de pagos.

El presupuesto de la separación es conceptualizar la empresa como un bien en sí mismo, jurídicamente tutelable, con abstracción de su titular.

El primer esfuerzo se concretó en la difundida doctrina alemana del *Unternehmen an sich*, cuyos esbozos originarios se deben a Walter Rathenau.

Predica que la gran empresa es la “realidad nueva” en torno a la cual se habrá de construir la moderna teoría de la sociedad anónima. Este punto de partida posibilitará lograr los fines a los que tal tipo social está destinado para

⁵² FERRI, Giuseppe: *Manuale di diritto commerciale*, UTET, 1980, p. 48.

⁵³ SALERNO, Marcelo Urbano: “*Sociedad y empresa*” ED, 2006, FAVIER-DUBOIS, EDUARDO MARIO (P.): “*Limitación de responsabilidad del empresario*”, V Congreso de Derecho Societario. t. I, Advocatus. Córdoba 1992; ARAMOUNI, Alberto: “*Empresa individual de responsabilidad limitada*” Revista de Derecho Privado, Año 3, nº 8, mayo-agosto, 1992; PALMERO, JUAN CARLOS, “*Personalidad*”, en V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992, ps. 220, 329, 335 y 179 resp.

⁵⁴ VELASCO ALONSO, Ángel: “*La Ley de Sociedades Anónimas*”, EDR, Madrid, 1982, p. 159.

bien de la comunidad, defendiéndola de los pequeños accionistas que representan el gran obstáculo, no percibido aún por los juristas, que insisten en colocar el acento del régimen de la sociedad anónima en la defensa de las minorías⁵⁵.

La directiva a seguir habrá de ser, en cambio, la postergación del interés individual que está dirigido a la obtención de beneficios inmediatos. De esta manera, con el fortalecimiento de la empresa, ganará el interés general.

El fundamento de lo expuesto residiría en que la empresa implica un “interés propio” (*an sich*), autónomo y diverso de sus participantes, al que por razón de jerarquía estarían éstos supeditados. La consecución de ese “interés propio” de impostación publicista—al que quedarían subordinados los intereses económicos de los socios (*Gewinnstreben*)— determina para éstos una obligación de fidelidad (*Treupflicht*). La organización de una administración (*Verwaltung*) independiente de las cambiantes mayorías assemblearias contribuirá a ello en forma importante⁵⁶.

Sobre la base teórica del *Unternehmen an sich* que asigna a la empresa un valor jurídico autónomo merecedor de la tutela en derecho (*selbständiges schutzwürdiges Rechtsgut*), sus epígonos lanzaron un *slogan* asombroso e impactante: “la defensa de la empresa contra sus propietarios” (*Eigentümer*).

Por un andarivel análogo se instaló en Alemania, junto a la *Unternehmen an sich*, otra construcción jurídica de parecida concepción, la *Person an sich*, que proyecta la idea de Von Gierke de “realidad” de la “persona jurídica” y atribuye el “interés” a un sujeto de derecho, con lo cual pretende soslayar los reparos a la teoría del *Unternehmen an sich*, fundados en que la empresa no lo es⁵⁷.

⁵⁵ RATHENAU, Walter: versión italiana en “*La realtà della società per azione*” *Rivista Società*, 1960, ps. 918 y ss. y JAEGER, Pier Giusto, “*L’interesse sociale*”, Giuffrè, Milano, 1964, ps. 17 y ss.

⁵⁶ En cumplimiento de esta intención, se recomiendan las acciones de voto plural, el voto reservado a ciertas categorías de acciones (*Verwaltungsaktien*), el autofinanciamiento, etc.

⁵⁷ COLOMBRES, Gervasio, *Curso de derecho societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, ps. 96 y ss. a quien seguimos, y recuerda que los más conspicuos expositores de la teoría de la *Person an sich* fueron en Alemania Schlegelberger, Landsberger y F. Marx.

Instalada la empresa en el ámbito de la economía como su factor medular y elaborada por el derecho una rica doctrina que la pone a consideración del mundo jurídico como ente susceptible de regulación, o al menos de tutela legal, aun cuando no quede superada la imposibilidad de ubicarla como sujeto de derecho, aparece en el derecho concursal convertida en el polo atractivo de la preocupación legislativa.

A pesar de no haber obtenido una configuración homogénea a la del sujeto de derecho, queda convertida por imposición de la realidad económica en la protagonista de la vía negocial, cuya subsistencia llega a tener tal relevancia que la preocupación de las legislaciones la consagran como el bien jurídico tutelado en la crisis.

La laboriosa y perseverante investigación doctrinaria logra, sobre la base de pequeños y lentos consensos, elaborar un sustento dogmático suficiente como para pensarla como independiente del titular.

IX. EL DERECHO DE RECESO: LIMITACIÓN A LA REGLA MAYORITARIA O TUTELA DEL DERECHO SUBJETIVO DEL ACCIONISTA.

Dos momentos dialécticos convergentes, dos intereses legítimos coexistentes (el de la sociedad, ocasional; el del socio, permanente) llevan a la generación del derecho de receso: el interés, a la necesidad de modificación del contrato por parte de la sociedad, y el antitético del socio, a la conservación del contrato originario.

En la sociedad de personas, el principio de unanimidad configura una garantía suficiente para los socios disidentes⁵⁸. En cambio, en la sociedad de capitales, la introducción de la regla mayoritaria, a la cual nos hemos referido, para la adopción de decisiones que importen la modificación del acto constitutivo, está remarcando la prelación de la funcionalidad de la empresa respecto del interés individual del socio, resuelta por el reconocimiento del derecho de

⁵⁸ Es paradigmático el art. 131 LSC (de la sociedad colectiva, a cuyo sistema se remiten la sociedad en comandita simple –art. 139- y la sociedad de capital e industria –art. 145).

separación, cuando tales modificaciones tienen tal relevancia que parecería entonces como un correctivo de la regla mayoritaria y una conciliación entre el interés de los más, que optan por la modificación, respecto de los disidentes que, por no querer someterse a ella, pueden rescindir el vínculo social.

Así, la regla mayoritaria conserva vigencia pero no puede impedir el derecho del disidente a resolver el vínculo con la sociedad. Fue clasificado el derecho de receso juntamente con aquellas hipótesis en las que se exige para las deliberaciones un determinado quórum, o para las decisiones una determinada cuota de capital superior a la mera mayoría, de “tutela de la minoría”⁵⁹.

⁵⁹ El término *minoría* es ambivalente: aquí se refiere exclusivamente a la minoría en la asamblea, pero bien puede ocurrir que el grupo de poder sea el que constituye la minoría, ostentando más acciones, mientras que los más en número constituirán la minoría, o sea que en términos revertidos podría referirse a caso de tutela de la mayoría de accionistas contra la minoría que controla la asamblea. Esta situación fue contemplada ya cuando vimos, en el caso de las sociedades por acciones con gran base accionaria, el fenómeno de la separación de “propiedad” con relación al “control”, favorecida por el gran número de accionistas inversores, sustancialmente desinteresados de la actividad societaria. Inversamente también se señala el problema del abuso en la obstrucción de los medios de tutela a favor de la minoría (en la asamblea) por parte de algunos accionistas, lo cual provoca la defensa de la mayoría respecto de tales abusos y en tal sentido suele recordarse como ejemplo en el ámbito del derecho positivo el paliativo consagrado en el Dec. Legs. del 17 de enero de 2003 n. 6 de reforma del derecho societario italiano, que incluye una importante modificación en el art. 2377 Cód. Civ. bajo el título “Anulabilidad de las deliberaciones”: “Las deliberaciones que no están tomadas en conformidad de la ley, o del estatuto, pueden ser impugnadas por los socios ausentes, disidentes o abstenidos, por los administradores, por el consejo de vigilancia y por el colegio sindical. La impugnación puede ser propuesta por los socios cuando posean tantas acciones con derecho a voto referidas a las deliberaciones que representan, aun conjuntamente, del uno por mil del capital social en la sociedad que recurren al mercado de capitales de riesgo y el cinco por ciento en las otras; el estatuto puede reducir o excluir este requisito. Para las impugnaciones de las deliberaciones de las asambleas especiales, este porcentual se refiere al capital representado por las acciones de la categoría.

”Los socios que no representan la parte de capital indicada en el párrafo precedente y aquellos que, en cuanto privados de voto, no están legitimados a proponer la impugnación tienen derecho al resarcimiento del daño ocasionado por la no conformidad de las deliberaciones a la ley o al estatuto”.

En el mismo orden, la reforma ha introducido un nuevo artículo bajo el número 2034 bis determinando bajo el título “Invalidez de las deliberaciones de aprobación del balance”. La legitimación para impugnar las deliberaciones asamblearias de aprobación de balance sobre el cual el revisor no ha formulado reparos corresponde a socios que, aun en conjunto, representen por lo menos el cinco por ciento del capital social.

Nuestra LSC no tiene tal limitación en esa hipótesis, pero sí en cuanto a la convocatoria de asambleas (art. 236) o al deber de información e investigación (art. 294 incs. 6 y 11).

En líneas generales, se puede observar que aquellos derechos que se consideran como establecidos en tutela de la minoría (impugnación, procedimiento en la asamblea, medios de control e incluso situaciones objetivas de cada socio que no pueden ser objeto de modificación), llevan al planeamiento del casi insuperable problema de la caracterización de aquellos derechos no susceptibles de ser modificados, definidos como “derechos individuales”.

Estos derechos esenciales aparecen casi paralelos a la idea de las “bases esenciales de la sociedad” y reposan en el razonamiento “de que el individuo que entra en una colectividad y acepta la ley, no se da todo, sino que una parte de sí se sustrae a esta sujeción”⁶⁰.

Lo que equivale a afirmar que existe una esfera de intereses que, no obstante ser comunes, quedan en la disponibilidad de cada socio y son extraños a la posibilidad de ser dispuestos por la sociedad, y ello es así porque el principio o regla mayoritaria actúa sólo en función de intereses cuya realización entra en el contenido del contrato de sociedad o en otros términos, dentro de los límites de la comunión societaria de intereses⁶¹.

La doctrina intentó así determinar el contenido de una categoría de derechos individuales, cuya característica sería la de posiciones sociales inmodificables sin el consentimiento del interesado.

Pero los resultados no han sido en tal sentido proficuos. Así, se ha hablado de un derecho individual a la responsabilidad limitada, al lucro, al voto (salvo los casos de acciones privilegiadas), a la impugnación de deliberaciones asamblearias, a la información, etc., sosteniendo que tales derechos van más allá del interés del socio porque actúan “como instrumento para el buen funcionamiento de la sociedad”.

Pero ello no hace sino confundir los términos al conceder a principios esenciales para la vida de la sociedad o de un tipo en particular la característica

⁶⁰ MIGNOLI, Ariberto, *Le assemblee speciali*, Giuffré, Milano, 1960 p. 180 cit. por TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, p. 101.

⁶¹ JAEGER, Pier Giusto, *L'interesse sociale*, Giuffré, Milano, 1964, p. 186.

de derechos subjetivos del socio⁶². Son más bien elementos típicos de la comunidad y entonces aparecerían tantos derechos individuales cuantos principios generales que fueren también característicos de una determinada sociedad.

Así entonces los límites a la regla mayoritaria (que según hemos visto es la que permite la conformación de la voluntad de la sociedad o la voluntad de la sociedad misma), no son los derechos individuales de los socios distintos a los propios límites fijados para el funcionamiento social o la ley o el propio estatuto.

Además, la sanción por la violación de un derecho individual coincide siempre con la nulidad de la cláusula estatutaria o deliberación asamblearia que lo limita o excluye⁶³, lo cual demuestra que el derecho del socio es su condición, estado o situación de socio, que no puede descomponerse y tamizarse en una serie de posiciones subjetivas que se asumirían en cantidad de derechos subjetivos, distintos en todo lo que configura su participación social.

No hay situación intangible del socio sino más bien de los elementos caracterizantes de la sociedad (o los que son esenciales a su tipo) o bien a una determinada sociedad resultante del estatuto⁶⁴.

En definitiva, el tema queda reducido a un problema de modificación o no modificación del estatuto, antes que a derechos individuales suprimibles o insuprimibles.

Se trata entonces de la determinación de los límites a la modificabilidad de los estatutos, es decir, cuando la disciplina societaria en nombre de la organización impide la libre disponibilidad de los socios respecto de la modificación estatutaria (o aun de la misma constitución).

⁶² ASCARELLI, Tullio, “Sui poteri della maggioranza nella società per azioni ed alcuni loro limiti”, en *Studi in tema di Società*, in *Rivista di diritto commerciale*, Milano, 1952, p. 101.

⁶³ DONADIO, Giuseppe, *Il recesso del socio per modifiche statutarie*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 5.

⁶⁴ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, cit. p. 104.

Un caso típico de norma inderogable, por ser esencial en el tipo organizativo de la sociedad anónima, es aquella que establece la transmisibilidad de las acciones (art. 214 LSC). Luego es inmodificable toda cláusula estatutaria que la establezca, y nula aquella decisión asamblearia que la derogue.

Del mismo modo hace a la esencia de la organización el derecho de receso, desde que no puede ser suprimido en las hipótesis legales previstas, ni condicionado en su ejercicio (art. 245, 5to. párrafo LSC).

Son normas inderogables cuya intangibilidad surge de la organización, sin que sea menester explicarlas por la vía de la intangibilidad de derechos individuales de difícil esquematización.

El otro aspecto que se tiene en cuenta es la posibilidad de las modificaciones de la situación subjetiva del socio que ha sido reconocida concretamente en el acto constitutivo, aun cuando no corresponda a elementos típicos, esenciales de la sociedad: en suma se trata de aquellos componentes del derecho de participación del socio (responsabilidad limitada, realización de nuevos aportes, etc.). No se está en presencia de normas inderogables, porque tanto la transformación como el reintegro de capitales están permitidos por la ley, no obstante que una decisión en tal sentido significaría un cambio sustancial en la situación subjetiva (arts. 74 y ss.; 235 inc. 2; 96 y cc. LSC).

Aquí se trata entonces de límites al principio mayoritario, solamente superables por deliberación unánime, lo que es susceptible de doble enfoque.

En primer término, como superación a los límites de la capacidad, esto es, como posibilidad de deliberar por unanimidad lo que no puede hacerse por mayoría, y en segundo término como derogación al régimen legal en cuanto hace a la posibilidad de establecer para algunas deliberaciones de modificación la regla de unanimidad en derogación a la mayoría calificada establecida por la ley.

Cuando se aspira a la unanimidad para las deliberaciones que atacan o perjudican un derecho del socio, en realidad no se hace sino exigir la conformidad del socio afectado, porque precisamente la unanimidad subsume

tal conformidad singular, y se olvida que el socio con su voto no sólo concurre a formar la voluntad social, para lo cual es necesaria y suficiente la mayoría, sino que da positivamente su consentimiento a un acto social de disposición de un derecho suyo.

En realidad se corre el riesgo de confundir el problema de deliberación, que es un problema de legitimación de la sociedad para expresar su voluntad, reduciendo toda la problemática a una cuestión de mayor o menor número de votos.

La sociedad “puede por mayoría”, que es precisamente la forma de expresión de la voluntad social.

Se recuerda entonces que los intereses convertidos en comunes, en forma necesaria o voluntaria por los socios, por corresponder respectivamente a los caracteres esenciales del tipo elegido o bien por haber sido decidido ello en el acto constitutivo, configuran un orden diverso ante aquellos intereses que no han sido delegados o transformados en comunes.

Los primeros están incorporados al mecanismo de la organización corporativa regido por la regla mayoritaria, mientras que respecto de los segundos no ocurre lo mismo.

A modo de esquema: existe un primer orden de normas societarias expresas en el estatuto (o implícitas por estar en el ordenamiento legal) que son inderogables, no modificables, que no son de libre disponibilidad de los socios (se trata de derechos que no han sido transformados en comunes); y un segundo orden de normas que, aun cuando están expresas en el acto constitutivo (o estatuto), permanecen siempre susceptibles de modificación (aunque alteren sensiblemente la posición subjetiva del accionista), sin más exigencia que la voluntad societaria expresada a través de la regla mayoritaria (se trata de los intereses de los socios vueltos comunes).

Pero entre esos derechos subjetivos disponibles existen algunos de tal trascendencia e importancia que cuando, a pesar de estar reconocidos en el estatuto, son agredidos por la voluntad social que —expresada por la regla mayoritaria— decide su modificación, se genera a favor del accionista el derecho a separarse de la sociedad.

El derecho de receso es, así, una solución de equilibrio entre la posición subjetiva del socio, agredida por la regla mayoritaria, y el correlativo derecho de la sociedad, por la expresión de su propia voluntad (generada y formada también por la regla mayoritaria) de modificar sus estatutos, y alterar en un última instancia la regulación de aquellos intereses que fueron convertidos en comunes, necesariamente (por ser consecuencia del tipo elegido) o voluntariamente (con una determinación de los socios en el acto constitutivo)⁶⁵.

X. EL DERECHO DE RECESO Y SU COHERENTE INSERCIÓN EN EL PRINCIPIO DE MAYORÍA

Ya se ha desarrollado largamente el concepto según el cual, genéricamente, para las modificaciones en las sociedades de personas rige el régimen de la unanimidad; en cambio, en la sociedad de capitales el de las mayorías.

Dijimos también que se ha pretendido justificar la regla de la unanimidad en la sociedad de personas como resultado consecutivo de la responsabilidad ilimitada de los socios o más bien, en otros términos, como la consecuencia de participación en un fenómeno límite de la vida societaria, en razón del correlativo riesgo que importa tal tipo de responsabilidad. Esto es, sería necesario el consentimiento del socio para la modificación del contrato, habida cuenta de que no existe límite para su responsabilidad. También recordamos que tal regla no es absolutamente satisfactoria, porque en el caso de la sociedad en comandita simple, y no obstante que el socio comanditario se encuentra en posición análoga a la del accionista (responsabilidad limitada), también para él tiene vigencia la regla de la unanimidad⁶⁶.

⁶⁵ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de derecho mercantil*, vols. 1º y 2º, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1972, t. II, p. 69.

⁶⁶ GALGANO, Francesco, *Il contratto di società di persone*, Zanichelli, Bologna, 1971, ps. 38 y 71.

En este caso la unanimidad podría ser considerada como una garantía, cuando se trate de la modificación del estatuto, a favor de un socio que por lo demás aparece como un simple espectador de la gestión empresarial⁶⁷.

La diferencia del tratamiento en cuanto al régimen de las modificaciones, más bien que en lo jurídico, encuentra su justificación en el plano histórico, atendiendo al diverso rol que las sociedades de personas y las de capitales en la práctica han tenido con relación al derecho societario, en tanto la primera categoría subsiste como propia de una economía vinculante entre mayor cantidad de empresarios, y así se pone el acento en destacar la estricta relación entre el pasaje de una economía protocapitalista al neo—capitalismo, con una paralela evolución de las formas societarias, en particular la evolución progresiva de la regla mayoritaria, aun para las modificaciones estatutarias en las sociedades por acciones.

Aquellos dos principios generales, aplicables a la sociedad de personas (unanimidad) y de capitales (mayoría calificada), son susceptibles de modificaciones en contrario: esto es, para las sociedades de personas el abandono de la regla de la unanimidad, con la atribución consecuente de la facultad de modificación a la mayoría y en cambio, en la de capital el abandono de la primera regla mayoritaria, por el de otra mayoría cuantitativamente más representativa.

En consecuencia, se trata de determinar las limitaciones o excepciones del régimen de unanimidad y de simple mayoría de las sociedades de personas y las de capitales respectivamente y, consecuentemente, los límites puestos a la autonomía privada para la derogación del régimen de la modificación por medio de la disciplina estatutaria.

1. El receso en las sociedades de personas

Se conceptúa doctrinariamente la existencia de sólo una excepción al principio de unanimidad, representada por la hipótesis de exclusión del socio (art.

⁶⁷ El argumento cobra mayor relieve en la doctrina italiana frente a una legislación en la cual el comanditario no sólo no puede ejercer la administración ni la representación societaria (como lo dispone el art. 136 LSC), sino que ni siquiera tiene derecho a incidir en la designación de administrador (derecho que, por el contrario, reconoce nuestra LSC art. 139).

91 LSC), pero, como ya se ha dicho precedentemente, la doctrina se muestra proclive a considerar esta especie como excluida de la categoría de modificaciones del contrato social y más bien referida a los principios de la resolución del contrato⁶⁸.

En el derecho argentino la LSC consagra el derecho de receso para las sociedades colectivas (art. 129), en comandita simple (art. 136), capital e industrial (art. 143), de responsabilidad limitada (art. 157), en comandita por acciones (arts. 316 y 319), y en las sociedades cooperativas (art. 60 Ley 23.377).

Sin perjuicio de aquella regulación, la ley prevé en el art. 89 causas contractuales de separación del socio no previstas en la ley, respecto de las cuales la doctrina conceptúa hipótesis de resolución parcial del contrato de sociedad antes que de receso⁶⁹.

2. Sociedades por acciones (de capital):

El principio general de competencia de la asamblea extraordinaria para resolver por aplicación de la regla mayoritaria la modificación del estatuto (art. 235 LSC) sufre importantes excepciones, las que suelen sistematizarse atendiendo a tres órdenes, en relación con su importancia:

1) modificaciones estatutarias que requieren el consentimiento de todos los socios (comportan la unanimidad);

2) aquellas que requieren una mayoría cuantitativamente más alta;

3) modificaciones para las cuales resulta competente la asamblea ordinaria por simple mayoría.

1) En la primera de las situaciones, el caso que constituye una excepción relativa a la modificación por mayoría (se tiene presente como

⁶⁸ ESCUTI, Ignacio A. (H), *Receso, exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, ps. 55 y ss.

⁶⁹ ZUNINO, Jorge Osvaldo, *Sociedades comerciales. Disolución y liquidación*, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. I, ps. 277 y ss.; VANASCO, Carlos Augusto, *Manual de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 299, n° 1.

excepción la posibilidad de que el acto constitutivo disponga lo contrario) es el de las modificaciones inherentes a las prestaciones accesorias a las que los socios se han obligado en el acto constitutivo (art. 50 LSC)⁷⁰.

Estas obligaciones se hacen parte integrante del acto constitutivo (art. 50, LSC): no integran el capital; deben ser claramente diferenciadas de los aportes y no pueden consistir en obligaciones dinerarias (art. 50, 1er. párrafo, inc. 2 y 3, LSC). Deben ser nominativas y se requiere la conformidad del directorio para su transferencia.

La participación social integrada por prestaciones accesorias nacidas del contrato de sociedad, para ser modificada, requiere deliberación asamblearia unánime con la mayoría requerida para la reforma del estatuto, salvo pacto en contrario (art. 50, inc. 4, LSC).

Tiene esta situación el sentido especial de que los interesados o afectados deben prestar su “conformidad” (se trata de los socios comprometidos con las prestaciones accesorias), la cual puede acontecer, incluso, fuera de la asamblea⁷¹.

Reiteramos aquí que, más que regla de unanimidad, se trata de modificabilidad o no del estatuto con el consenso de todos los socios afectados, lo que configura algo así como el anverso de la misma moneda, representado por la posición subjetiva de cada socio, sólo disponible con su consentimiento y por lo tanto derogable por parte de la asamblea, tema éste estrictamente relacionado con el de los derechos individuales, ya desarrollado⁷².

⁷⁰ “Artículo 50. — Prestaciones accesorias. Requisitos. Puede pactarse que los socios efectúen prestaciones accesorias. Estas prestaciones no integran el capital y 1) Tienen que resultar del contrato; se precisará su contenido, duración, modalidad, retribución y sanciones en caso de incumplimiento. Si no resultaren del contrato se considerarán obligaciones de terceros; 2) Deben ser claramente diferenciadas de los aportes; 3) No pueden ser en dinero; 4) Sólo pueden modificarse de acuerdo con lo convenido o, en su defecto, con la conformidad de los obligados y de la mayoría requerida para la reforma del contrato. Cuando sean conexas a cuotas de sociedades de responsabilidad limitada, su transmisión requiere la conformidad de la mayoría necesaria para la modificación del contrato, salvo pacto en contrario; y si fueran conexas a acciones, éstas deberán ser nominativas y se requerirá la conformidad del directorio”.

⁷¹ Ésta es en la legislación italiana la única hipótesis en que la ley requiere la unanimidad del consentimiento, en derogación de la regla de la mayoría calificada (art. 2345 Cód. Civ.).

⁷² La doctrina italiana ha postulado de antiguo la inclusión de otra hipótesis de modificación, las que con base en los principios de las situaciones objetivas del socio, modificabilidad o no del estatuto, se considera que deberían ser decididas por unanimidad, esto es, con el consentimiento del socio afectado; situación ésta vinculada directamente con las situaciones subjetivas derogables sin consenso del socio singular. La óptica

2) Hipótesis en las cuales es menester la elevación de la mayoría: son las de los supuestos especiales del art. 244, 4to. párrafo LSC: transformación, prórroga o reconducción (excepto en sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones), disolución anticipada, transferencia de domicilio al extranjero, cambio fundamental de objeto, reintegración total o parcial del capital, fusión y escisión (no para el caso de la sociedad incorporante).

También corresponden a la decisión de la asamblea extraordinaria con las mayorías calificadas del art. 244, 4to. párrafo, la limitación o la suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas emisiones (art. 197).

En el régimen de la ley 19.550 se trataba de una resolución reservada a la asamblea extraordinaria, con las mayorías comunes del art. 244, 3er. párrafo.

La ley 22.903 de reformas de la LSC recogió la posición de la doctrina italiana, que conceptuó que la limitación o la exclusión del derecho de opción en ocasión del aumento de capital requieren también decisión de una mayoría calificada, porque su objetivo es la financiación fuera del círculo de accionistas, acompañada con la renuncia del derecho de suscripción preferente.

Otra hipótesis de mayoría especial es la requerida para la constitución de reservas facultativas cuyo monto exceda el del capital y las reservas legales (art. 70, LSC).

de la cuestión descansa fundamentalmente en la situación subjetiva del socio y en la mayoría que pretende modificarla, agravando su situación.

Esas tres hipótesis son:

- a) la posible reintegración por mayoría de capital a causa de pérdidas, lo cual vendría a anular la calidad del socio, que sólo podría ser readquirida por el accionista con el ejercicio del derecho de opción y efectuando un nuevo aporte, violando el principio general que determina que nadie puede ser obligado a nuevos aportes más allá de los afectados en el momento de constitución. Estaríamos, en consecuencia, en presencia de una posición subjetiva del socio, inderogable sin su consentimiento;
- b) la transformación de la sociedad de capital en sociedad de personas y su consecuencia, que es la pérdida del beneficio de la responsabilidad limitada;
- c) la introducción de una cláusula impeditiva de la transferencia de acciones que no sólo varía el contenido del derecho subjetivo del accionista, sino que crea un vínculo absolutamente novedoso, que altera la posición jurídica asumida en su momento de entrada en la sociedad. Nuestra LSC art. 214 prohíbe las cláusulas estatutarias impeditivas de la libre transmisibilidad de acciones, aunque admite la determinación estatutaria de limitaciones, a condición de que no importen prohibición de transferencia.

El quórum de decisión requerido en estas resoluciones asamblearias que determinan modificaciones estatutarias de relevancia es el de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicar la pluralidad de voto, y sin la limitación (permisiva) de las acciones con preferencia patrimonial (las cuales no pueden ser privadas de voto en estos casos) (art. 244, 4to. párrafo y 217 LSC). Están excluidas de la base de cómputo las que estuviesen en poder de la sociedad por vía de adquisición o rescate (art. 221, LSC) y las que se encontrasen en mora de integración (art. 192, LSC).⁷³

Se trata de supuestos especiales que, por su particular relieve, son colocados por la ley al margen—por encima— de la simple mayoría de votos presentes (salvo exigencia mayor del estatuto) requerida para las demás decisiones en asamblea extraordinaria (art. 244, 3er. párrafo, LSC)⁷⁴.

La confrontación del interés de la sociedad para deliberar no obstante la ausencia de sus accionistas —hipótesis prevista en el art. 244, 2do. párrafo, LSC— por vía de una segunda convocatoria en la que es suficiente el quórum

⁷³ Tratándose de la asamblea extraordinaria que debe tratar los supuestos especiales del art. 244 LSC último párrafo la mayoría de capital se calcula teniendo como base de cómputo el total de acciones con derecho a voto (*rectius* las acciones representativas del total del capital social), incluyendo las acciones con preferencia patrimonial, las que respecto de estas materias no pueden ser privadas de voto (art. 217 LSC) y excluyendo el voto plural (art. 245: 4to. párrafo, 1era oración “sin aplicarse la pluralidad de voto”); las acciones en mora de integración (art. 192 LSC) y las que se encuentren en cartera de la propia sociedad (art. 221 LSC). Cfr. CRISTIA, José M., “SA Asambleas”, en *Código de Comercio Comentado y Anotado*, Adolfo N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2006, III, §9, p. 605. RACCIATI, Hernán (H) Y ROMANO, Alberto A., *Algunas reflexiones sobre quórum en las asambleas de sociedades anónimas*, LL, 1992-D-957. Constituyen supuestos especiales cuya deliberación requiere quórum representado por mayoría absoluta de la totalidad del capital con derecho a voto (y no sobre el presente) y quórum de constitución de más de la mitad del capital computable y no de los presentes: (i) la transformación de sociedades cerradas (art. 74,81 LSC); (ii) la prórroga o reconducción de sociedades cerradas (art. 95 LSC); (iii) la disolución anticipada de la sociedad (art. 94 LSC); (iv) la transferencia de domicilio al extranjero (art. 11 inc. 2 LSC); (v) el cambio fundamental del objeto (art. 11 inc. 3 LSC); (vi) el reintegro total o parcial del capital (art. 96 LSC); (vii) la fusión y la escisión, salvo que se tratare de sociedad incorporante en la fusión por absorción, en la que corresponde el quórum de constitución y las mayorías del aumento de capital (arts. 82 a 88 LSC).

⁷⁴ CNCom., Sala B, “*Brosman, Daryl y otros c/ Bel Ray Argentina SA*”, 14/06/2000, JA 2001-IV-793. Lexis N° 1/53353: En el caso del último párrafo del art. 244 LSC la mayoría absoluta se determina con relación a la totalidad del capital con derecho a voto y no sobre las acciones presentes con derecho a voto; por el contrario, es necesario un quórum de constitución de más de la mitad del capital computable y de los accionistas presentes.

de constitución del treinta por ciento de acciones con derecho a voto (salvo mayor o menor número determinado por el estatuto) y el interés contrario del accionista a que las modificaciones estatutarias relevantes que afectan la estructura, la duración, la organización y el ordenamiento legal aplicable (presupuestos esenciales de la adhesión del accionista) tengan su consentimiento es resuelto con una solución de equilibrio en la que las dos válidas pretensiones encuentran respuesta:

- a) exigencia de una mayoría sustancial y real; configurándose una excepción a la regla mayoritaria, por vía de su elevación;
- b) derecho de separación a favor del accionista que no se manifieste en forma expresa a favor de la decisión modificativa.

La doctrina también consideraba⁷⁵ que a las hipótesis mencionadas debía agregarse la limitación o la exclusión del derecho de opción en ocasión de aumento de capital, porque tienen por objetivo la financiación fuera del círculo de los accionistas y también normalmente el medio es la emisión de acciones privilegiadas, acompañado con la renuncia al derecho de opción por los accionistas.⁷⁶ Así lo incorporó a nuestro sistema la ley de reformas 22.903, art. 197.

3) La tercera de las excepciones al régimen general de la mayoría está configurada por la competencia de la asamblea ordinaria por simple mayoría. Es una situación opuesta a las anteriormente desarrolladas. Nos referimos a la reducción de capital por pérdidas, lo que es decidido por la misma asamblea ordinaria que aprueba el balance (art. 206, LSC). Se trata de una modificación del estatuto, no por voluntad de los socios sino por imperio de la ley, la que se limita a reconocer un hecho preexistente y a asignar el efecto subsiguiente de la modificación, consecuente y necesaria. En esencia se trata

⁷⁵ MICCIO, Renato, *Il diritto di opzione nell aumento di capitale delle società per azioni*, Editorial Jovene, Napoli, 1957, ps. 72 y ss. La LSC requería asamblea extraordinaria con mayoría simple (arts. 197; 235 inc. 5 y 224, 3er. párrafo).

⁷⁶ Véase Cap. V.

de la adecuación del capital nominal al real, en virtud de una norma obligatoria que impone la reducción, lo cual quita a esta situación especial de modificación del acto constitutivo por parte de la asamblea ordinaria el carácter de excepcionalidad típica.

Se recuerda además que la asamblea ordinaria es competente en la deliberación de reducción del capital sólo si es decidida en ocasión de la aprobación del balance que determina la pérdida, pero si lo es en ocasión de otra asamblea que hubiere sido convocada en el curso del ejercicio, en orden a las providencias a tomar cuando no sea previsible la real solución de la pérdida en el ejercicio sucesivo, la deliberación debe realizarse en la forma normal prevista para la modificación del estatuto, esto es, por asamblea extraordinaria (art. 205, LSC).

Por otra parte, cabe advertir que, en definitiva, la competencia excepcional para modificar el acto constitutivo debido al hecho de que la reducción del capital es obligatoria (en medida tal que si falta la decisión asamblearia, por asamblea ordinaria, debería ser dispuesta por el tribunal), en última instancia, constituye la adecuación del capital nominal al resultante después de la constatación de la pérdida, con lo cual ningún perjuicio puede derivarse de este hecho a los socios, lo que justifica el carácter excepcional del tratamiento por parte de la asamblea ordinaria, a cambio de la extraordinaria.

DECONOMI

4) Otra hipótesis—*supra* aludida— que ha cobrado actualidad, particularmente con su inclusión en el moderno derecho societario italiano (decreto legislativo nº 6/2003), es la de la formación del grupo de sociedades, lo que conduce al reconocimiento de que los socios externos puedan exigir que le sea adquirida su participación ante el eventual daño emergente de la dirección económica unitaria a través de la sociedad controlante^{77 y 78}.

⁷⁷ Sobre esta calificación, EMBID IRUJO, José Miguel, *Grupos de sociedades y acciones minoritarias. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, ps. 173-181, e ídem. “Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos”, 615 RGD 1995, espec. ps. 13420-13422 o SCONAMIGLIO, Giuliana, *Prospettive della tutela dei soci esterni nei gruppi di società*, *Rivista Società*, 1995, p. 421 y MASSAGUER, José, *La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídicos societarios)*, 192 RDM, 1989, ps. 300, 303-305.

⁷⁸ Ver “*Receso en el grupo*” Parte Segunda, Cap. L. 5, Italia, nº 4, p. 289.

XI. POSIBILIDAD DE DEROGACIÓN CONVENCIONAL DE LA REGLA MAYORITARIA

Examinaremos ahora los límites dentro de los que los socios pueden (convencionalmente) derogar el régimen legal con una fórmula diversa al de las modificaciones del estatuto por mayoría.

Considerándose inderogable uniformemente por la doctrina los mínimos establecidos para la asamblea extraordinaria, en primera o segunda convocatoria, la derogación por vía de la decisión de los socios o régimen convencional significará siempre una decisión de elevación cuantitativa de la mayoría requerida.

Se trata de determinar el alcance de la expresión de la ley: “salvo cuando el estatuto exija mayor número” (de votos) usada en los arts. 243 y 244⁷⁹.

Aparece así de inmediato planteada la cuestión sobre la existencia de límites en tales derogaciones y, consecuentemente, si puede admitirse una cláusula estatutaria que requiera la unanimidad.

El principio de la modificación del acto constitutivo por aplicación de la regla mayoritaria aparece como esencial en la disciplina de la sociedad por acciones y se considera que no debería tener excepción.

La voluntad de la sociedad no puede formarse si no es por mayoría.

DECONOMI

Determinar estatutariamente la unanimidad para algunas deliberaciones significaría atacar la esencia de los principios y atribuir al socio el derecho de veto.

Cuando la ley se refiere a mayorías más elevadas no hace sino establecer necesariamente otra mayoría diversa, cuantitativamente más

⁷⁹ TANTINI, Giovanni, *Le modificazioni dell'atto costitutivo nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 1973, cit. p. 119: en doctrina italiana el tema tiene una decisión casi uniforme en el sentido de admitirse la dirección de la derogación determinándose una mayoría cuantitativamente más importante: el cociente deliberativo no puede ser bajado sino solamente elevado.

importante, pero manteniendo siempre la disciplina en el orden de la misma categoría de la regla mayoritaria.

El concepto de *mayoría* es dicotómico, contradictorio y excluyente respecto al de la *unanimidad*. Se trataría entonces de una regulación ya no cuantitativamente (como lo establece la cláusula permisiva) sino cualitativamente diversa.

No debe ser considerada admisible la derogación de la voluntad legal por medio de una cláusula estatutaria, que exija la unanimidad para las deliberaciones de la asamblea extraordinaria, porque ello no mantiene el plano de la decisión dentro de la idea de la mayoría. En otros términos, el límite de la actividad privada está en la derogación al quórum (al *quórum* legal, pero no en la derogación del principio mayoritario), porque la unanimidad no es el grado más elevado de la mayoría; en cambio la mayoría más elevada es más que la mayoría simple, pero dentro de la misma categoría. Pasar de una determinada mayoría a la unanimidad significa una variante no sólo cuantitativa sino también cualitativa.

Consecuentemente la cláusula de la unanimidad es inadmisibles porque no concuerda con los principios generales de la sociedad por acciones, en las que la voluntad de la sociedad no puede formarse sino por mayoría: la voluntad de la mayoría es la de la sociedad⁸⁰.

En los supuestos especiales del art. 244, 4to párrafo, LSC, casi todos causales del derecho de receso, la ley no incluye —a diferencia de lo que ocurre en los supuestos comunes del 3º párrafo— la posibilidad de establecer estatutariamente una elevación de la mayoría requerida legalmente.

No obstante, debe interpretarse tal posibilidad favorablemente⁸¹, teniendo en cuenta que para los supuestos comunes, carentes de la relevancia

⁸⁰ En contra: ASQUINI, Alberto, *Sulla maggioranza richiesta per la deliberazioni delle assemblea ordinaria delle società per azioni in seconda convocazione*, en RDC, 1965, t. II, p. 105 y ss., quien admite la posibilidad de una cláusula estatutaria que requiera la unanimidad para ciertos actos.

⁸¹ ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael M.; RAGAZZI, Guillermo E. y ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, vol. II, 2ª Parte.

DECONOMI

AÑO VII – NÚMERO 21

de los especiales, está concedida y hasta límites que pueden superar las mayorías requeridas para los últimos



DECONOMI