

Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, España)
Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán, Argentina)

DOCUMENTO PARA CONSULTA PÚBLICA

***FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES
ARGENTINO PARA EL FOMENTO DE LA INICIATIVA
EMPRESARIAL DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA
Y
MEDIDAS DE APOYO FINANCIERO Y FISCAL***

Profesores argentinos participantes:

Prof^a. D^a. Liliana Araldi

Prof^a. D^a. Mariana Baigorria

Prof. Dr. D. Bernardo Pedro Carlino

Prof. D. Héctor Osvaldo Chomer

Prof. Dr. D. Raúl Aníbal Etcheverry

Prof. Dr. D. Juan Carlos Veiga

Profesores españoles participantes:

Prof. Dr. D. Manuel Alba Fernández

Prof. D. Jorge Feliu Rey

Prof^a. Dr^a. D^a. Marta García Mandaloniz

Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz

Prof^a. Dr^a. D^a. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell

Junio 2008

SUMARIO

SUMARIO

I.	INTRODUCCIÓN.....	8
II.	PROBLEMÁTICA GENERAL DE LAS PYMES EN ARGENTINA.....	13
	1. Problemática general: introducción.....	14
	2. Problemática financiera.....	16
	2.1. Dificil acceso al crédito bancario.....	17
	2.2. Excesiva dependencia del autofinanciamiento.....	17
	2.3. Escasa utilización de otros instrumentos privados de financiamiento...18	
	2.4. Defecto y descoordinación en la información sobre financiamiento....19	
	3. Problemática fiscal.....	20
	3.1. Alta presión fiscal y evasión impositiva.....	20
III.	LÍNEAS DE ACTUACIÓN.....	21
	III.A. MEDIDAS DE APOYO FINANCIERO Y FISCAL A LAS	
	 PYMES.....	22
	1. Introducción.....	23
	2. Medidas de apoyo financiero a las PYMES.....	23
	2.1. Celebración periódica de “mesas redondas de banqueros y PYMES”...23	
	2.2. Línea estable de microcréditos para microempresas.....	24
	2.3. Reafianzamiento del sistema de garantías recíprocas.....	25
	2.4. Extensión de la titulización de préstamos concedidos a las PYMES....26	
	2.5. Aparición y difusión de los préstamos participativos.....	27
	2.6. Fomento de la actividad de capital-riesgo y <i>business angels</i>	28
	2.7. Creación de mercados alternativos bursátiles.....	29
	2.8. Adopción de una regulación sobre factoring.....	30
	2.9. Instalación de centros integrales de información financiera.....	31
	3. Medidas de apoyo fiscal a las PYMES.....	31
	3.1. Fomento de subsidio de tasas o beneficios fiscales.....	31

3.2. Flexibilización del régimen tributario para las sociedades regulares	
PYMES.....	32
3.3. Aparición de la “cuenta-ahorro empresa” y de la “cuenta-ahorro inversión en PYMES”.....	33
III.B. FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES COMERCIALES: CREACIÓN Y REGULACIÓN DE UNA NUEVA SOCIEDAD PARA LAS PYMES.....	35
III.B.a). NUEVA SOCIEDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROYECTADA.....	36
1. Nueva sociedad: introducción.....	37
2. Nueva sociedad: ¿abierta o cerrada?.....	39
3. Nueva sociedad: denominación.....	40
4. Ámbito de aplicación de la normativa proyectada.....	41
4.1. Las PYMES como ámbito subjetivo de aplicación.....	41
4.2. Necesidad de una definición uniforme y flexible de “PYMES”.....	41
4.3. Definición uniforme de “PYMES” en el ámbito europeo.....	42
4.4. Definiciones de “PYMES” en el ámbito interno argentino.....	43
4.5. ¿Remisión o nueva definición de “PYMES” en el ámbito de la normativa proyectada?.....	45
III.B.b). RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.....	48
III.B.c). CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA SOCIEDAD.....	53
1. Introducción.....	54
2. Posibles barreras detectadas.....	55
2.1. Marco normativo único y división de competencias ejecutivas.....	55
2.2. Excesiva burocracia: mayores costes y tiempo.....	56
2.3. Discrecionalidad en el control de la adecuación entre el capital y el objeto social.....	56
2.4. Falta de publicidad y transparencia.....	57
2.5. Escasez de información y asesoramiento.....	58
3. Propuestas específicas.....	58
3.1. Uniformidad en el proceso constitutivo.....	59
3.2. Reducción de la burocracia: procedimiento constitutivo sencillo y rápido.....	59

3.3. Fijación de un capital social mínimo legal.....	62
3.4. Sistema eficaz de publicidad.....	63
3.5. Información y asesoramiento mediante un sistema de ventanillas únicas.....	64
III.B.d). RELACIONES ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD: DERECHOS DE LOS SOCIOS.....	66
1. Introducción.....	67
2. Posibles barreras detectadas para el ejercicio eficaz y flexible de los derechos de los socios.....	68
2.1. Falta de adecuación entre la realidad empresarial y el modelo legislativo de toma de decisiones sociales como obstáculo para el ejercicio eficaz de los derechos de los socios.....	68
2.2. Aplicación insuficiente y asistemática de las nuevas tecnologías en todas las relaciones del socio con la sociedad como mecanismo de reactivación de la posición de los socios.....	69
3. Propuestas específicas.....	70
3.1. Como resultado de la aplicación coherente de las nuevas tecnologías, reforzar el derecho de información del socio.....	71
3.2. En relación con la previsión de diversos procedimientos de formación de la voluntad, la previsión del derecho a solicitar celebración de Asamblea o reuniones de socios.....	72
3.3. El derecho de separación del socio.....	73
III.B.e). ÓRGANOS SOCIALES: ASAMBLEA O REUNIÓN DE SOCIOS: COMPETENCIAS, PROCEDIMIENTOS DELIBERATIVOS Y NO DELIBERATIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS..	75
1. Introducción.....	76
2. Posibles barreras detectadas.....	76
2.1. Falta de adecuación entre la realidad empresarial y el modelo legislativo de toma de decisiones sociales.....	76
2.2. Escaso cumplimiento de las obligaciones de documentación de los acuerdos sociales.....	77
2.3. Elevada informalidad en la operativa societaria: minimalismo formal.....	78
2.4. Conflictos entre socios y bloqueo del funcionamiento de la sociedad.	79

3. Propuestas específicas	79
3.1. Procedimiento de formación de la voluntad social.....	79
3.2. Replanteamiento de la rigurosidad de las obligaciones de documentación.....	82
3.3. Solución de conflictos o medidas antibloqueo.....	83
III.B.f). ÓRGANOS SOCIALES: ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: COMPETENCIAS Y FUNCIONES	85
III.B.g). ÓRGANOS SOCIALES: ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN INTERNA: COMPETENCIAS	88
III.B.h). RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIVISIÓN DEL CAPITAL Y LA PARTICIPACIÓN DEL SOCIO	90
1. Introducción	91
2. Caracterización funcional de la sociedad y posibilidades de financiamiento	93
3. Opciones legislativas	96
3.1. Transmisibilidad de las partes sociales.....	97
3.2. División del capital y naturaleza, denominación y representación de las partes sociales.....	98
3.3. Encaje de las diferentes opciones para la división del capital en el funcionamiento del régimen de la sociedad.....	101
3.4. Aclaraciones.....	103
III.B.i). MÉTODOS PARA LA PREVENCIÓN DE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS	105
1. Problemática actual	106
2. Regulación de métodos para la prevención de situaciones de crisis económica o financiera	107
2.1. Caracteres generales del régimen propuesto.....	107
2.2. Convocatoria.....	110
2.3. Intervención de terceros mediadores.....	110
2.4. Difusión y publicación de la solución o soluciones consensuadas.....	111
2.5. Principio de “trato más favorable” para la minoría disidente o los acreedores no concurrentes.....	111
2.6 Aclaraciones.....	111

III.B.j). MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.....	113
1. Introducción.....	114
2. Modificaciones estructurales: diversos planteamientos.....	115
2.1. Remisión a la actual legislación.....	115
2.2. Regulación en la propia ley.....	116
2.3. Sistema de exclusión.....	116
III.B.k). DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.....	118
1. Causas de disolución y procedimiento liquidatorio.....	119
IV. ANEXO: CUESTIONARIO SOMETIDO A CONSULTA PÚBLICA.....	121

I- INTRODUCCIÓN

I- INTRODUCCIÓN

Mediante *Resolución de 21 de diciembre de 2006 de la Presidencia de la Agencia Española de Cooperación Internacional por la que se acuerda conceder las ayudas para la realización de las diversas modalidades que conforman el Programa de Cooperación Interuniversitaria e Investigación Científica entre España e Iberoamérica* (BOE núm. 9, miércoles 10 de enero de 2007), se concede a los solicitantes el Proyecto “*Flexibilización del Derecho de Sociedades para el fomento de las iniciativas empresariales*” (Código A/5206/06). La concesión del citado proyecto ha permitido canalizar una intensa cooperación interuniversitaria entre la Universidad Carlos III de Madrid (Madrid, España) y la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán, Argentina) durante el plazo de duración del proyecto que se ha extendido desde enero de 2007 hasta abril de 2008, tras el otorgamiento de un período de 4 meses de prórroga a partir de su finalización prevista inicialmente en enero de 2008, con objeto de concluir satisfactoriamente el plan de trabajo y cumplir los hitos asumidos en la presentación. Los ambiciosos objetivos que el equipo conjunto de investigación se ha marcado han hecho imprescindible plantearse la solicitud de la renovación del proyecto por un período anual más. En la convocatoria pertinente de 2007 para el curso 2008 los solicitantes han procedido a solicitar la renovación, gracias a la generosidad de ambas instituciones universitarias participantes que han aceptado continuar apoyando financiera y organizativamente el proyecto junto con la Agencia Española de Cooperación Internacional. En la resolución de concesión de proyectos nuevos y renovaciones de diciembre de 2007, se otorga al equipo de investigación conjunto la renovación solicitada, por lo que la ejecución del proyecto “*Flexibilización del Derecho de Sociedades para el fomento de las iniciativas empresariales*” se extiende hasta enero de 2009.

Tras el marco de cooperación interuniversitaria principal, el proyecto concedido alberga una intensa y fructífera relación de colaboración científica e investigadora entre un equipo de investigadores españoles pertenecientes a la Universidad Carlos III de Madrid y un equipo de investigadores argentinos pertenecientes a la Universidad del Norte

Santo Tomás de Aquino y a la Universidad de Buenos Aires. Los miembros del equipo español, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz, como responsable español, pertenecen al Área de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid (España): Prof^a Dra. D^a Marta García Mandaloniz, Prof. Dr. D. Manuel Alba Fernández, Prof^a Dra. D^a Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, Prof. D. Jorge Feliu Rey (y la Prof^a Dra. D^a Pilar Perales Viscasillas durante el primer año del proyecto). El centro contraparte en el marco del Proyecto es la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán, Argentina). El equipo de investigación argentino está compuesto por los profesores e investigadores: Prof. Dr. D. Raúl Aníbal Etcheverry, Prof. Dr. D. Juan Carlos Veiga, Prof. Dr. D. Bernardo Pedro Carlino, Prof. D. Héctor Osvaldo Chomer, Prof^a D^a Liliana Araldi, Prof^a D^a Mariana Baigorria.

Para la ejecución del proyecto se acordó un cronograma inicial de trabajo para el ejercicio 2007. De conformidad con los hitos temporales marcados, la primera fase del proyecto ha consistido en la elaboración de un informe inicial a cargo de los profesores e investigadores argentinos sobre el estado actual del Derecho de Sociedades en la República de Argentina. Con anterioridad a su preparación, el equipo español de investigación había confeccionado un cuestionario que remitió a su contraparte como guía de trabajo y primera identificación de problemas y necesidades.

La etapa de diagnóstico del panorama societario argentino requería un trabajo analítico en conjunto entre ambos grupos de investigación para el intercambio de pareceres y la discusión de ideas y propuestas. Conforme al calendario trazado, los miembros del equipo español de investigación se desplazaron a Argentina durante dos semanas en los meses de junio y julio de 2007 para asistir a las reuniones convocadas por el grupo de investigadores argentinos. Las reuniones de trabajo fueron celebradas entre los días 26 de junio a 4 de julio de 2007 en Buenos Aires. Tras este primer período de trabajo en común, los miembros de ambos grupos se desplazaron a la provincia de Tucumán donde fueron atendidos por los representantes del centro contraparte del proyecto, para iniciar unas intensas jornadas marcadas por el intercambio de opiniones y la recopilación de sugerencias y comentarios con colectivos sociales, políticos, académicos y empresariales interesados o afectados por la regulación proyectada. Este trabajo se realizó entre los días 5 a 10 de julio de 2007 en Tucumán.

En cumplimiento del plan de trabajo previsto, la segunda etapa del proyecto consistió en la elaboración por parte del equipo investigador español de un contrainforme mediante el que se da forma a las discusiones mantenidas entre ambos grupos para identificar con precisión las necesidades detectadas, en el que se fijan de forma concreta los objetivos específicos que deben guiar la regulación y donde se comienzan a sugerir propuestas concretas para la redacción legislativa proyectada. El contrainforme fue la guía de trabajo de las sesiones que se celebraron en la sede de la Universidad Carlos III de Madrid, Campus de Getafe, durante los días 29 de octubre a 9 de noviembre de 2007 y para asistir a las cuales, los miembros del equipo argentino se desplazaron durante esas fechas a España.

Las intensas discusiones mantenidas durante este período de trabajo han permitido conformar este documento, cuya elaboración, conjunta por ambos equipos, se ha extendido desde diciembre de 2007 hasta su presentación y sometimiento a consulta pública en Argentina durante las últimas semanas del mes de abril de 2008.

El objetivo de este documento que se presenta es doble. En primer lugar, es un documento de recopilación, análisis y propuesta que resulta del trabajo desarrollado por el equipo investigador durante el período que antecede a esta fase y cuya finalidad primordial es servir de referencia en la etapa de información pública y consulta. Es, por tanto, un documento de información y de consulta pública que pretende completar un ciclo fundamental en el proceso emprendido: verter en la sociedad los resultados analíticos y valorativos derivados de las discusiones teóricas, estudios de campo e investigaciones comparadas de los miembros del equipo investigador y, al tiempo, recibir de los colectivos interesados respuestas, críticas, sugerencias y comentarios que aseguren la practicabilidad de las propuestas, el acierto de las estrategias y la internalización y equilibrio de los intereses afectados. El escenario propuesto para cumplir este objetivo de comunicación bidireccional entre los investigadores y los colectivos sociales, empresariales, económicos y políticos es la celebración de una o varias jornadas de presentación, discusión y consulta en Argentina durante las fechas señaladas. En segundo lugar, este documento es, además, un documento preparatorio que antecederá, además de completar en determinadas materias excluidas del marco legislativo, a la propuesta normativa en la que este proyecto pretende culminar. Se ha concebido, así, que cumpla una función suplementaria además de preparatoria.

Convencidos de que el marco jurídico representa un factor clave en el proceso de toma de decisiones de empresarios o emprendedores y constituye una pieza estratégica fundamental para la competitividad de una economía, el objetivo final de este proyecto, que ya cuenta con un plazo de ejecución total previsto de, al menos, veinticuatro meses, es la elaboración de una propuesta normativa destinada a remover los obstáculos y ofrecer los instrumentos adecuados de promoción para impulsar la iniciativa empresarial en la Argentina. El estudio del panorama social, empresarial y normativo ha permitido identificar algunas necesidades y detectar ciertos problemas que pueden superarse mediante la adopción de medidas de política legislativa y la ejecución de un plan de actuación combinado. Puesto que la normativa proyectada tendrá como ámbito de aplicación únicamente los aspectos societarios de la iniciativa empresarial, aquellas medidas de corte fiscal o financiero aplicables a las pequeñas y medianas empresas cuya implementación se estima pertinente, pero que por la materia a la que se refieren no puedan incluirse o no convengan que se incluyan en la proyectada legislación, encontrarán en la versión final del “libro blanco” que resulte del período de consulta pública el lugar idóneo para su planteamiento.

El presente documento se somete a la consulta de todos los colectivos interesados con objeto de recabar sugerencias, críticas y comentarios que permitan determinar la adecuación del enfoque, mejorar las propuestas y completar todos los aspectos abordados en el mismo. Las cuestiones que se someten principalmente a consulta aparecen recopiladas de forma sistemática en un anexo final. Se ha optado por esta ubicación de las cuestiones para facilitar a los destinatarios una visión global o conjunta, permitiendo así la elaboración de una respuesta más precisa y mejor informada.

El equipo investigador agradece a todas las personas y entidades que deseen participar en este proceso de consulta el tiempo y la dedicación invertida, así como la posibilidad otorgada de mejorar las propuestas planteadas, completar el diagnóstico y los estudios de campo y acercar las soluciones sugeridas a los problemas reales de la práctica socio-empresarial de la Argentina. Se pretende alcanzar, entre todos, un objetivo común: impulsar las iniciativas empresariales mediante la flexibilización del Derecho societario.

**II- PROBLEMÁTICA GENERAL
DE LAS PYMES EN ARGENTINA**

II- PROBLEMÁTICA GENERAL DE LAS PYMES EN ARGENTINA

1. PROBLEMÁTICA GENERAL: INTRODUCCIÓN.

El escaso tamaño de la empresa y el consiguiente nivel de atomización son los caracteres básicos del tejido empresarial en la República Argentina. El sustrato económico-empresarial argentino es, en este sentido, comparable al de otros países. La Comisión Europea, a finales de 1997, realizaba esta declaración: “más del 99,8% de los 17,9 millones de empresas que existen en la Unión Europea son PYMES”. Con el transcurso del tiempo esta declaración no ha perdido ni fuerza ni vigor.

La importancia de las PYMES, además de por su elevado número, viene dada por su participación en variables macroeconómicas como el Producto Interior Bruto, las ventas, las importaciones y exportaciones o el empleo. Por lo que se refiere a este último punto, hay que advertir cómo las compañías pequeñas y medianas lideraron el proceso de generación de empleo privado total en los últimos años. Fueron partícipes del 92,7% de los puestos de trabajo creados entre 2003 y 2004, frente al 7,3% de las grandes firmas, según datos de la confederación argentina de la mediana empresa (CAME). Su participación en la creación de empleo formal también ha sido muy destacada. El Ministerio de Trabajo estimó que en ese mismo período crearon el 76,8% del empleo “en blanco”. Con un tamaño mínimo, las PYMES tienen un impacto máximo. Son, en definitiva, la llave para crear oportunidades de crecimiento y empleo.

Las PYMES son, en efecto, la célula básica de la estructura económica, tanto por su contribución al desarrollo de la actividad regional y productiva, como por su dinamismo y capacidad de adaptación. No obstante, reina un serio desajuste entre su contribución al desarrollo económico y su posición en el juego competitivo. Por su reducido tamaño, las PYMES se encuentran con problemas de distinta índole que merman las posibilidades de tener éxito en el ejercicio de su actividad.

Un exceso de regulación les perjudica. Para “salir” de la rigidez que provoca una complicada regulación, estas empresas entran en la informalidad. La informalidad societaria es un gran sector en el que se desenvuelve la actividad empresarial en la Argentina. Los desincentivos para acoger un molde jurídico-societario regular por parte de las empresas de limitada dimensión provienen de un triple frente: laboral, financiero y fiscal. Desde la óptica de esta triple vertiente han de comenzar las actuaciones para intentar poner freno, en el campo del Derecho societario, a las numerosas situaciones de informalidad. El Derecho comercial de sociedades enlaza, en este punto, con otras ramas jurídicas para aunar esfuerzos en la ardua tarea de “sacar de la oscuridad” a la denominada “economía sumergida”. Resulta conveniente, por tanto, ofrecer ahora una visión general e inicial de la problemática laboral, financiera y fiscal en la que se sustenta la informalidad societaria.

La legislación laboral desalienta. El mercado laboral se caracteriza por un elevado grado de rigidez. Un régimen jurídico laboral estricto y protector para el trabajador implica, muchas veces, limitaciones para la empresa de reducido tamaño. Los mecanismos de contratación, las indemnizaciones por despido y, en general, los onerosos costes salariales no propician la estabilidad en el terreno laboral. El empresariado busca, en ocasiones, el modo de tratar de evitar determinadas reglas o normas laborales. La flexibilización de las rigideces institucionales del mercado laboral argentino podría ayudar a resolver el problema de su informalidad y precariedad. De ello se derivaría un aumento de la competitividad empresarial que, a su vez, conduciría a un crecimiento económico y a una senda de empleo productivo estable y de calidad.

Junto a los elementos laborales descritos no cabe desconocer las múltiples e importantes cortapisas que el entorno financiero e impositivo provoca en las empresas de pequeñas y medianas dimensiones. Su descripción más detallada se realiza a continuación.

2. PROBLEMÁTICA FINANCIERA.

Un grupo de problemas por los que las PYMES atraviesan son de financiamiento, aún sin desconocer que ni todas las dificultades ni, en ocasiones, las más importantes, son de orden financiero. En cualquier caso, destacan las carencias estructurales que se agolpan sobre las unidades productivas de pequeño y mediano tamaño, no sólo para formar un coste del capital y una estructura financiera adecuada a la rentabilidad esperada de su capital económico, sino, incluso, para acceder al financiamiento ajeno o propio.

Hay que resaltar una casi absoluta preeminencia del autofinanciamiento como fuente de recursos propios internos, y una gran dificultad de penetrar en el mercado de valores, como vía para encontrar recursos propios externos. Esto es sin perjuicio de que existe en Argentina un régimen de excepción simplificado para las PYMES previsto en las normas de la Comisión Nacional de Valores (CNV) (Resolución General 336/99) y recientes decisiones que permiten a las PYMES su ingreso para cotizar en la Bolsa de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por otra parte, entre el capital ajeno de las PYMES destacan los recursos a corto plazo. Existe, además, una intensa dependencia de fuentes de financiamiento ajeno distintas de las que proceden de la negociación con los intermediarios financieros: proveedores, familiares o amigos. Cualquier PYME, sobre todo, si es de nivel medio o bajo de rentabilidad, cuando encuentra dificultades en la oferta del crédito bancario utiliza como fuente de financiamiento ajeno asequible a familiares o amigos y a proveedores. Este modo de financiarse presenta, en comparación con el financiamiento bancario, tres indudables ventajas: la confianza, la cotidianidad y la no exigencia de garantías o datos contables o, más en general, de información detallada relativa a la empresa. Se hace depender el financiamiento empresarial de un elemento básico en cualquier relación financiera, esto es, la confianza, pero no se tiene en cuenta que el escaso volumen del crédito medio obtenido a través de estos cauces, como regla general, no abarca todas las necesidades financieras.

2.1. Dificil acceso al crédito bancario.

Ha sido el endeudamiento ajeno con las entidades financieras lo que tradicionalmente ha entrañado mayores dificultades en el financiamiento de la pequeña y mediana empresa. Dentro de un clima generalizado de incertidumbre y desconfianza en el mercado financiero, se observa cómo este tipo de empresas encuentra graves dificultades, sobre todo, en términos de costes y garantías, para acceder a los recursos ajenos de las instituciones crediticias. Cuando finalmente los obtienen, suelen ser a corto plazo, con lo que ven limitadas las posibilidades de dotación de reservas y, con ello, sus proyectos de inversión.

El gran coste del crédito bancario, los elevados tipos de interés, la insuficiencia del financiamiento a largo plazo, el limitado poder de negociación de las pequeñas empresas, las mayores exigencias o requisitos bancarios que se les exigen frente a las grandes, la alta cantidad de garantías solicitadas, la reticencia de los bancos a financiar proyectos de reducida envergadura y el cobro de comisiones por la negociación del préstamo o crédito caracterizan las relaciones de las PYMES con las entidades bancarias.

Las PYMES dependen de los créditos bancarios, pero no acceden a ellos con facilidad. En suma, estas empresas sufren graves dificultades para obtener recursos crediticios a precios razonables con los que financiar sus inversiones y su expansión.

2.2. Excesiva dependencia del autofinanciamiento.

Debido a los impedimentos señalados para recurrir al crédito, el autofinanciamiento se convierte en la principal o, incluso, en la única vía para allegar recursos económicos. Los recursos propios resultan indispensables en el financiamiento de toda empresa porque, gracias a su permanencia, representan un soporte de eventuales necesidades futuras. En ningún caso, esto significa que sean por sí solos suficientes para sostener un crecimiento empresarial alto. En primera instancia, debido a que para la acumulación de fondos propios internos (beneficios generados y retenidos) se necesita un período largo de tiempo. En segunda instancia, porque el proceso de autofinanciamiento no es

inagotable sino, *a contrario*, limitado y condicionado a la efectiva obtención de suficientes beneficios con que atender las necesidades de financiamiento. Aún cuando el financiamiento propio cumpla una función de primer orden, sobre todo, durante los primeros años del desarrollo empresarial, no es conveniente que ella sola satisfaga todas las necesidades financieras. El financiamiento ajeno a medio y largo plazo es obligado acompañante de aquél.

2.3. Escasa utilización de otros instrumentos privados de financiamiento.

A las dificultades antes descritas para acceder al crédito bancario se añade ahora su alejamiento respecto de otros instrumentos privados de financiamiento. Es muy escaso el uso que las PYMES están haciendo en la actualidad de productos financieros como las sociedades de garantía recíproca, el leasing, el *factoring*, la securitización-titulización o las obligaciones negociables en el mercado bursátil. Se trata, en suma, de un entramado de instrumentos financieros que no está tan extendido como debiera y que, por tanto, no está produciendo los resultados que serían esperables.

El mercado bursátil, por ejemplo, es una fuente de financiamiento de indudable interés, a la que, sin embargo, tienen un arduo acceso las empresas de menor dimensión. Una de las razones es el cúmulo de requisitos exigidos para la admisión en el mercado de valores. Las obligaciones de información, periódicas o puntuales, a los que quedan sometidas las sociedades emisoras son básicas para el correcto funcionamiento de cualquier mercado de valores. Sin información no habría inversión, sin inversión no habría emisión. Cotizar es informar. Pero, las continuas solicitudes de información; los altos costes, fijos o variables, de contabilidad o jurídicos, del proceso de admisión; la frecuente y persistente iliquidez que sufren los valores de las compañías menores por su modesta capitalización; y el miedo a la pérdida de control se sienten en las PYMES como un indestructible muro a la entrada y permanencia en el mercado bursátil. Costes, iliquidez, temor a inversores externos y apertura informativa echan hacia atrás, en su decisión de cotizar, a las unidades empresariales medianas y pequeñas.

2.4. Defecto y descoordinación en la información sobre financiamiento.

La eficacia de cualquier medida financiera instaurada o que se instaure en el futuro para paliar la problemática citada y allegar, así, recursos económicos a las PYMES depende, en buena medida, de la información que éstas reciban. Sin información no hay financiamiento. La información de las vías de financiamiento es esencial tanto para las nuevas como para las pequeñas empresas ya maduras.

Hoy en día existe una acusada carencia informativa y de asesoramiento en materia financiera. Hay, en efecto, en las pequeñas y, más aún, en las microempresas un serio déficit de información financiera de calidad adecuada a sus específicas necesidades. A las ayudas públicas existentes no accede la generalidad de las PYMES argentinas no sólo por el insuficiente número de estas ayudas sino, además, por el defecto de información al respecto. En ocasiones, la problemática es la contraria: un sobre-exceso informativo. La información se encuentra, muchas veces, dispersa en distintos organismos públicos y privados; otras veces, se encuentra duplicada. La dispersión y duplicidad potencia la excesiva burocracia.

Junto a la información se echa en falta un asesoramiento personalizado y ajustado a las necesidades particulares de las micro, pequeñas y medianas empresas en este ámbito de los instrumentos públicos o privados de financiamiento puestos a su disposición. Está ausente un asesoramiento financiero individualizado no sólo en el momento de la puesta en marcha de la empresa sino a lo largo de toda la vida empresarial.

En la práctica, la carencia de información y asesoramiento financiero específico, añadido a la falta de acceso directo al mercado de capitales o a la insuficiencia de garantías a aportar ante las entidades crediticias contribuyen a que las PYMES tengan un serio déficit en el acceso al financiamiento, tanto ajeno como propio. Son estas carencias las que explican su menor capacidad de expansión y su superior tasa de mortalidad respecto de las grandes empresas.

Los actuales mecanismos de financiamiento resultan, en su conjunto, insuficientes para hacer frente a las necesidades económico-financieras de las empresas de reducida talla.

Es urgente enfrentarse a esta problemática financiera. El objetivo último es alcanzar una mayor productividad que permita conseguir una superior competitividad por parte de las unidades empresariales más modestas. Las PYMES son –o debieran ser– el motor económico de la sociedad argentina.

3. PROBLEMÁTICA FISCAL.

Añadidas a las graves dificultades financieras por las que atraviesan las PYMES, aparecen las que provienen desde el marco fiscal, tributario o impositivo.

3.1. Alta presión fiscal y evasión impositiva.

En la actualidad existe un impuesto sobre los débitos y créditos bancarios que desincentiva acudir al financiamiento crediticio bancario. En general, en el momento presente la presión fiscal que soporta esta clase de empresas es excesiva. La presión fiscal alta se acompaña de una tasa de evasión también elevada. En efecto, la presencia de impuestos, tasas o gravámenes nacionales, provinciales y municipales superpuestos conduce, en muchas ocasiones, a un intento de evasión impositiva. Otras veces, la “evasión” es la realización de la actividad empresarial en un contexto de informalidad societaria. Las empresas que no regularizan su actividad soportan una carga tributaria menor que aquéllas que se constituyen regularmente. Poner límites a las consecuencias negativas que emanan de la situación descrita resulta inaplazable.

III- LÍNEAS DE ACTUACIÓN

**III.A- MEDIDAS DE APOYO FINANCIERO Y FISCAL
A LAS PYMES**

III.A- MEDIDAS DE APOYO FINANCIERO Y FISCAL A LAS PYMES

1. INTRODUCCIÓN.

Tras haber recogido en la parte dedicada a la problemática general la situación de informalidad societaria en la que actúan las PYMES argentinas, y antes de diseñar un marco jurídico societario acoplado a sus características, es momento ahora de proceder a definir una serie de medidas de apoyo con las que intentar poner freno a las dificultades de orden financiero y fiscal que han sido planteadas.

2. MEDIDAS DE APOYO FINANCIERO A LAS PYMES.

Han de buscarse los motivos por los que el conjunto de instrumentos del que dispone una micro, pequeña o mediana empresa para financiar sus proyectos de inversión no está tan extendido como debiera y, por consiguiente, no está produciendo los resultados que serían esperables. Una vez encontrados, la tarea será proponer un conjunto de medidas financieras aptas para aquellas PYMES que regularicen su actividad. A tales fines van dedicados los siguientes apartados.

2.1. Celebración periódica de “mesas redondas de banqueros y PYMES”.

La relación de las pequeñas empresas con el sistema bancario ha de ser mejorada y reforzada, estableciendo condiciones adecuadas para acceder al crédito. La sistemática incompreensión entre el mundo de la pequeña empresa y el mundo de la banca podría verse atenuada mediante la celebración periódica de “mesas redondas de banqueros y PYMES”, del estilo de las que se vienen celebrando en las últimas décadas bajo los auspicios de las instituciones comunitarias, es decir, de la Unión Europea. Las reuniones de bancos y PYMES permiten identificar y, en su caso, eliminar las barreras que dificultan el acceso de este grupo de empresas al financiamiento crediticio.

2.2. Línea estable de microcréditos para microempresas.

Para quienes carezcan de cualquier tipo de garantías y tengan graves impedimentos para acceder a los canales tradicionales de financiamiento, debiera implantarse un sistema eficaz y generalizado de microcréditos. El microcrédito es un instrumento útil para promover la creación de empresas, favoreciendo, en última instancia, el espíritu empresarial. Una línea estable de financiamiento por medio de microcréditos para aquellas microempresas en situación regularizada que tengan un proyecto de inversión viable y no puedan disponer de garantías puede ser un buen método para impulsar un desarrollo económico equilibrado del país.

Para contribuir a ese impulso quizás fuera factible en la Argentina la implantación y fomento de redes de microcréditos P2P (*peer to peer* o entre iguales). El “P2P *lending*” o “préstamos persona a persona” es un fenómeno en veloz crecimiento en EE.UU., Canadá, Australia, Dinamarca, Holanda y Reino Unido.

Su filosofía consiste en conectar a prestamistas particulares con quienes necesitan un microcrédito para poner en marcha o expandir su negocio. El proceso de conexión se realiza *on-line* y la concesión del microcrédito a través de estas plataformas en Internet suele ser bastante rápida. Sin la intermediación de los bancos, los prestamistas obtienen una alta rentabilidad y los prestatarios un dinero que difícilmente por otros medios podrían conseguir. En este sistema el componente clave es el otorgamiento de información fiable acerca de la solvencia y, en su caso, el historial crediticio de los prestatarios. Para ello, los encargados del sitio web han de mantener acuerdos con empresas especializadas en verificar información sobre las deudas e ingresos de todos aquellos que se disponen a solicitar un microcrédito.

Sin información no habría inversión. La reclamación en caso de hipotética morosidad sigue los cauces habituales hasta llegar a un eventual embargo. Bajo estas premisas, la necesidad de financiamiento para el emprendimiento de muchos desfavorecidos podría verse cubierta.

2.3. Refianzamiento del sistema de garantías recíprocas.

Una de las dificultades que han venido tradicionalmente marcando las relaciones de las PYMES con los bancos ha sido el alto número de garantías solicitadas. Es conocido que la razón en la que se sustenta es el mayor nivel de riesgo que, en principio, presentan estas empresas, sobre todo, si son de nueva creación frente a las de mayor dimensión. A mayor riesgo, mayores garantías. A mayores garantías exigidas, menores posibilidades de obtención de financiamiento ajeno crediticio. Para romper este silogismo, se instauró el sistema de garantías recíprocas.

Cabe cuestionarse por qué una herramienta financiera, como ésta de la garantía recíproca, se encuentra relativamente extendida entre las PYMES en distintos países europeos como España o Francia, y, en cambio, no está suficientemente implantada en la República Argentina. Así lo confirman los datos estadísticos. Mientras en España, según cifras de la asociación CESGAR (Confederación Española de Sociedades de Garantía Recíproca), a 31 de diciembre de 2006, el número de PYMES asociadas a las sociedades de garantía recíproca (SGR) era de 85.744, contribuyendo a la creación de 508.248 puestos de trabajo, en Argentina la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional confirmaba que tan sólo eran 7.500 las PYMES beneficiarias de esas garantías.

Entre los motivos que, *a priori*, pudieran aducirse para su escaso éxito destaca, en primer término, el desconocimiento que entre las PYMES existe de los fines y el mecanismo de esta figura, pese a que su regulación se aprobara y publicara hace ya más de una década en el Título II de la Ley n° 24.467.

A lo anterior habría que añadir la ausencia del necesario respaldo al sistema de garantía recíproca por parte de un sistema de refianzamiento apoyado por la Administración Pública. Una o varias compañías de refianzamiento, con capital público, que re avalen las operaciones de garantía de las SGR se vislumbra de suma utilidad para posibilitar el acceso de las pequeñas o medianas empresas a un financiamiento a largo plazo en óptimas condiciones de mercado.

Las sociedades de reafianzamiento necesitan, a su vez, el respaldo público para acrecentar su solvencia. Sería importante la concesión de ayudas públicas sobre el riesgo vivo reafianzado con el objeto de abaratar el coste de las operaciones de reafianzamiento. Los criterios a tener en cuenta a la hora de otorgar estas ayudas públicas podrían ser el número de empresas beneficiarias y el volumen de riesgo que hubiera asumido la sociedad de reafianzamiento. Con la expansión de medidas públicas de este tipo el sistema de garantías recíprocas en su conjunto podría desarrollar todo su potencial de crecimiento.

Este instrumento financiero de la garantía recíproca palia, de modo directo, la insuficiencia de garantías, pudiendo negociar con los bancos mejores condiciones de tipo de interés y plazos de amortización, con el consiguiente abaratamiento de los costes financieros y la posibilidad para las empresas de menor dimensión de financiarse a largo plazo. De manera indirecta, homogeneiza préstamos de distinta naturaleza con vistas a la titulación o securitización crediticia.

2.4. Extensión de la titulación de préstamos concedidos a las PYMES.

Una nueva vía de financiamiento para las pequeñas y medianas empresas que aún no ha sido suficientemente explotada es la titulación de activos. En el futuro podría llegar a ser un instrumento eficaz para financiar el tejido económico-productivo.

En general, se trata de un proceso financiero mediante el cual una entidad acreedora cede sus derechos de crédito a un ente independiente y sin personalidad jurídica (Fondo de Titulación) que, previa mejora y calificación crediticia, los transforma en valores negociables en un mercado secundario organizado.

Para que produzca efectos en las pequeñas o medianas compañías, éstas habrían de actuar como empresas prestatarias. Las SGR actuarían como instituciones que garantizan los préstamos cedidos, mientras que las sociedades de reafianzamiento respaldarían las operaciones de las SGR. Por su parte, las entidades de crédito serían prestamistas y, a la vez, cedentes de los préstamos a un Fondo de Titulación específico de PYMES, siempre administrado y gestionado por una sociedad gestora. Las entidades crediticias cedentes se encontrarían obligadas a reinvertir la liquidez obtenida con el

proceso de titulización en nuevas concesiones de préstamos o créditos a las empresas de reducida dimensión.

Con el propósito de que este sistema funcione con fluidez sería conveniente que los valores de renta fija emitidos por estos Fondos de Titulización de PYMES vinieran garantizados por una partida de los Presupuestos Generales del Estado, al modo en el que sucede en algunos países de Europa. La garantía no recaería, sin embargo, sobre el 100% del valor nominal del total de los valores que hubiera emitido el Fondo sino que el porcentaje garantizado ascendería conforme se elevara la calificación crediticia de tales valores.

Así formulado, de la titulización-securitización se deriva un conjunto de beneficios para los emisores, los deudores y los inversores. La finalidad última es mejorar el financiamiento de la actividad productiva empresarial.

2.5. Aparición y difusión de los préstamos participativos.

Los préstamos titulizados bien pueden ser préstamos participativos. Aun desconocidos tanto en la práctica como en la legislación vigente argentina de corte financiero, existen proyectos legislativos sobre Entidades de Capital Riesgo que los contemplan. En todo caso, se trata de un instrumento que está siendo en otras economías extranjeras una interesante medida financiera para las PYMES, sobre todo, con propuestas de inversión de carácter innovador.

Estos préstamos especiales se caracterizan, por un lado, por la participación de la entidad prestamista en los resultados económicos de la empresa prestataria y, por otro, por su postergación en caso de concurso o quiebra de la prestataria. Por ser participativo, la entidad prestamista percibe –aparte de un eventual interés fijo– un interés variable determinado en función de la evolución de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución puede ser el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio o cualquier otro que acuerden las partes. Por otro lado, por ser un préstamo subordinado se sitúa, en orden a la prelación de créditos, después de los acreedores comunes.

Como entidades prestamistas (sociedades de préstamos participativos) podrían actuar tanto entidades públicas (nacionales o regionales) como privadas. Entre las privadas podría resultar de interés el papel a jugar por las Entidades de Capital-Riesgo como aportantes de este tipo de préstamos. En efecto, en normativas extranjeras, como la española, las Entidades de Capital-Riesgo pueden, para el desarrollo de su objeto social principal, otorgar préstamos participativos.

2.6. Fomento de la actividad de capital-riesgo y *business angels*.

Tanto en EE.UU. como en Europa la participación en el capital de las PYMES por parte de las Entidades de Capital-Riesgo (o *venture capital*) y de los inversores particulares privados (o *business angels*) ha resultado en muchas ocasiones esencial de cara a financiar a las empresas nuevas de menor dimensión que cuentan con proyectos de inversión viables. En el año 2006 la Comisión Europea declaraba su intención de triplicar las inversiones en capital-riesgo para las empresas de reciente creación, por considerar que esas inversiones podrían ser la clave del futuro de Europa. La extensión de esta fórmula de financiamiento empresarial también al tejido económico argentino bien pudiera ser otra de las líneas de actuación en el terreno financiero.

Los *business angels* son personas físicas con un amplio conocimiento en determinados sectores y con capacidad de inversión, que impulsan el desarrollo de proyectos empresariales en sus primeras etapas de desarrollo, aportando capital y valor añadido a la gestión. En todo caso, para que este financiamiento mediante la inversión de los *business angels* llegue a ser realmente efectiva para las pequeñas y microempresas en etapas de desarrollo empresarial incipientes (*seed capital* o *start-up capital*) se muestra como elemento indispensable la creación de algún subsidio fiscal para este tipo de inversores privados particulares. Los *business angels* están ávidos de incentivos fiscales.

En un estadio posterior, la implantación de redes (virtuales o no) de *business angels* –al estilo de las que proliferan en EE.UU y en Europa– propiciaría un complemento ideal para el incremento de su desarrollo.

2.7. Creación de mercados alternativos bursátiles.

Como medios de desinversión, tanto los *business angels* como las Entidades de Capital-Riesgo encuentran tres vías para recuperar lo invertido y, en su caso, poder obtener plusvalías. La primera es la venta privada o cesión a un tercero que tenga interés en adquirir la participación empresarial. En segundo lugar, la re compra “*inter partes*” o retrocesión a socios, directivos o, en ocasiones, empleados de la sociedad participada. La cesión pública, mediante la cotización de los valores de la sociedad participada en Bolsa, es la tercera vía de desinversión. Es, en teoría, la “salida reina”.

En condiciones de extrema eficiencia, la introducción de la sociedad participada en la Bolsa de valores proporciona a los inversores de capital-riesgo fluidez, liquidez, objetividad y plusvalías adecuadas. En la práctica, su uso viene, sin embargo, condicionado a la consolidación de un mercado bursátil específico para las pequeñas empresas.

La legislación bursátil argentina permite, mediante el régimen jurídico especial de la resolución general 506 de 2007, la cotización de los valores (obligaciones negociables y acciones) de las empresas de escasa dimensión. No obstante, la realidad evidencia no ya su escaso, sino prácticamente nulo uso por dichas empresas. Según datos del Departamento de PYMES de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en el año 2004 había una sola empresa emitiendo obligaciones negociables. Un año después eran dos el total de empresas con obligaciones negociables.

A partir del año pasado, desde el Fondo Nacional de Desarrollo para la MiPyme (Fonapyme) –constituido bajo la forma de Fideicomiso Financiero– se ha dispuesto la suscripción e integración de emisiones de ON (obligaciones negociables) que consiste en el compromiso en firme (*underwriting*) por la suscripción e integración de hasta el 80% de las ON de cotización pública emitidas por PYMES, cuando los inversionistas privados no alcancen a cubrir la totalidad de la emisión. El objeto de esta operatoria es impulsar la utilización del mercado de capitales por las PYMES, generando una nueva cultura, como ocurre en las naciones más avanzadas, de utilización de este canal, además de los bancos.

Si normalmente las condiciones al mercado de crédito son gravosas para las empresas de limitado tamaño, mucho más lo son las del mercado de valores. Cuando el mercado bursátil *stricto sensu* no resulta un medio adaptado a las empresas de limitadas dimensiones ha de poder buscarse su cotización en sistemas alternativos de negociación.

En varios países europeos, tales como el Reino Unido o Francia, se encuentran ya operativos estos sistemas alternativos de negociación dirigidos a sociedades cotizadas de reducida capitalización. En España el mercado alternativo bursátil en el que, de momento, negocian sólo las sociedades de inversión colectiva de capital variable y las Entidades de Capital-Riesgo, tiene el objetivo de adaptarse en un futuro próximo a las pequeñas y, sobre todo, medianas empresas en expansión. Para conseguir que los inversores se decanten por los valores (de mayor riesgo) de estas compañías de menor capitalización están previstas desgravaciones fiscales para los inversores. La adopción, con las pertinentes variaciones y ajustes, de un mercado alternativo análogo en la República Argentina quizás pudiera servir como una fórmula de financiamiento propio externo de la empresa.

2.8. Adopción de una regulación sobre factoring.

Otros mecanismos financieros privados, como el *factoring*, habrían de encontrar una regulación para su correcto funcionamiento como instrumento para financiar al conjunto de las PYMES. En este sentido los Convenios internacionales adoptados pueden ser un buen referente normativo. Es el caso de la Convención internacional de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) adoptada en la ciudad de Ottawa en el año 1988 sobre *factoring* internacional.

En general, el denominador común de todos los instrumentos privados de financiamiento que hasta aquí han sido apuntados es su apoyo a los proyectos inversores presentados por empresas de escaso tamaño que actúen en una situación de regularidad. Favorecer el establecimiento o desarrollo de los instrumentos descritos conlleva actuaciones tanto por parte de las autoridades públicas correspondientes como de los agentes u operadores financieros privados implicados. Unos y otros no habrán de olvidar que el financiamiento es el eslabón que permite el incremento de la

productividad y, por ende, de la competitividad de las PYMES que nutren el tejido económico-industrial de cualquier país.

2.9. Instalación de centros integrales de información financiera.

Como ya hubo ocasión de adelantar, para que cualquier mecanismo pueda allegar recursos económicos a un abundante número de PYMES, éstas han de conocer la existencia, los caracteres, las ventajas e, incluso, en su caso, las desventajas de su uso. Sin información –se recalca– no hay financiamiento. Para que exista un adecuado canal informativo y una disminución del papeleo, la coordinación entre las diferentes entidades suministradoras de información financiera, en los distintos ámbitos territoriales, se convierte en uno de los objetivos principales a conseguir. La elaboración de un programa nacional, general y plurianual coordinado de financiamiento a favor de la consolidación y competitividad de las PYMES –a semejanza de los aprobados en múltiples Estados europeos– puede ser de gran provecho en esta dirección.

Sumado a lo anterior, la instalación de centros integrales de información (a modo de las “ventanillas únicas empresariales” existentes en Europa), bajo la colaboración de las organizaciones de empresarios y autónomos o los colegios profesionales, es otra de las medidas que se precisa afrontar en este contexto.

3. MEDIDAS DE APOYO FISCAL A LAS PYMES.

3.1. Fomento de subsidio de tasas o beneficios fiscales.

Las medidas de apoyo fiscal complementan a las financieras. El subsidio de tasas o beneficios fiscales desempeñaría un papel clave. Los subsidios de orden tributario sobre el impuesto de débitos y créditos bancarios podrían re dirigir las solicitudes de las PYMES de recursos económicos ajenos externos hacia las entidades crediticias.

3.2. Flexibilización del régimen tributario para las sociedades regulares.

En un plano más general, sería conveniente flexibilizar el régimen tributario que afecta a las pequeñas empresas, siempre que tengan regularizada su situación, por medio de la constitución de una sociedad mercantil. La reforma fiscal integral planteada podría basarse en exoneraciones, fraccionamientos o aplazamientos en el pago de impuestos por parte de las nuevas y pequeñas empresas que formalicen su actividad empresarial mediante la constitución de una sociedad regular. El condicionamiento de una fiscalidad favorable para las empresas de escaso tamaño a su constitución como una sociedad regular permitiría dar una solución tanto al problema de la evasión e informalidad impositiva como al propio de la informalidad societaria.

Para el funcionamiento de los beneficios fiscales quizás podría tomarse como uno de los posibles modelos a utilizar el instaurado por la legislación española para la sociedad limitada nueva empresa (sociedad de responsabilidad limitada especial). En el ordenamiento español los términos en los que se aplica esta fiscalidad especial son los que, a continuación, se enumeran:

1. Primero, la Administración tributaria concede, previa solicitud y sin aportación de garantías, el aplazamiento de la deuda tributaria del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, por la modalidad de operaciones societarias, derivada de la constitución de la sociedad durante el plazo de un año desde su constitución.
2. Segundo, la Administración tributaria también concede, previa solicitud y sin aportación de garantías, el aplazamiento de las deudas tributarias del impuesto sobre sociedades correspondientes a los dos primeros períodos impositivos concluidos desde la constitución de la sociedad. El ingreso de las deudas del primer y segundo períodos deberá realizarse a los doce y seis meses, respectivamente, desde la finalización de los plazos para presentar la declaración-liquidación correspondiente a cada uno de dichos períodos.
3. Tercero, la Administración tributaria podrá conceder, previa solicitud, con aportación de garantías o sin ellas, el aplazamiento o fraccionamiento de las cantidades derivadas de retenciones o ingresos a cuenta del impuesto sobre la

3.3. Aparición de la “cuenta-ahorro empresa” y de la “cuenta-ahorro inversión en PYMES”.

Facilitar a los emprendedores la constitución de una sociedad comercial regular sería también el objetivo de la denominada “cuenta-ahorro empresa”. Desde el año 2003 se conoce en España esta clase de cuentas corrientes que llevan asociadas beneficios fiscales. Esta medida consiste en emplear el ahorro individual para la constitución de una sociedad. Con ello, se estarían obteniendo, durante un número de años, deducciones fiscales en el impuesto a la renta personal. Se establece, en conclusión, una deducción para las cantidades depositadas en una entidad bancaria durante un plazo determinado, siempre que se apliquen después a la constitución de una sociedad regular.

Tomando como ejemplo la cuenta-ahorro empresa, se propone idear una nueva “cuenta-ahorro inversión en PYMES”. Los inversores particulares aportarían cantidades con destino a la toma de participación temporal en pequeñas empresas. Al igual que la anterior cuenta de crédito, también ésta estaría sujeta a deducción fiscal. En este caso, sería útil que los beneficios fiscales no se restringieran a la primera inversión y que, además, el plazo de la deducción se fuera renovando con cada inversión. A cambio, el inversor tendría que mantener su inversión en la empresa durante varios años. Con este tipo de incentivos impositivos podrá potenciarse el financiamiento, vía *business angels*, de pequeñas empresas.

Por último, quisiéramos destacar otra medida fiscal que entronca también con la inversión en compañías de elevado riesgo. Para incrementar la liquidez de los valores de aquellas entidades de pequeña o mediana capitalización que en el futuro coticen en el mercado alternativo bursátil español (una vez que extienda la apertura de sus puertas a esta clase de valores) se ha previsto incorporar –según hubo ya ocasión de comentar– una serie de incentivos fiscales. Una desgravación fiscal por invertir en estos valores parece, *a priori*, útil para fomentar su negociabilidad.

Si se adoptaran medidas tributarias similares a las que han sido enumeradas hasta aquí quizás se estimularía en Argentina la constitución regular de sociedades comerciales y, al tiempo, se contribuiría a la supervivencia de estas sociedades recién constituidas.

En este contexto, nuestra pretensión última –hacia la que se dirigen las siguientes páginas de este documento de consulta– es forjar un marco normativo societario flexible y adaptado a las iniciativas empresariales que, en unión con estas medidas de apoyo fiscal y financiero, propicie a largo plazo el fortalecimiento de la actividad económico empresarial argentina en su conjunto.

**III.B- FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES
COMERCIALES: CREACIÓN Y REGULACIÓN DE UNA NUEVA
SOCIEDAD**

III.B.a)- NUEVA SOCIEDAD

Y

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROYECTADA

III.B.a)- NUEVA SOCIEDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROYECTADA

1. NUEVA SOCIEDAD: INTRODUCCIÓN.

El propósito esencial de este documento es introducir una nueva sociedad ajustada a los peculiares requerimientos de las empresas de reducido tamaño. Se trata de legislar pensando en las pequeñas empresas. La nueva legislación societaria reducirá cargas y burocracia. La simplificación normativa ha de ser el camino a seguir si se desea fomentar el espíritu de empresa.

En el presente las PYMES cuando adoptan un formato societario regular se sirven preferentemente bien de la sociedad anónima (más las medianas que las pequeñas) bien de la sociedad de responsabilidad limitada. En la práctica, las sociedades en comandita simple o por acciones y las sociedades colectivas no se utilizan –exceptuadas ocasiones aisladas– ni por pequeñas ni por medianas ni por grandes compañías.

Sociedad anónima y PYMES no son conceptos antagónicos. En principio, la configuración de la anónima parece estar pensando en la gran empresa. Una anónima, con una gran empresa detrás, donde el accionista es inversor antes que socio porque su interés por los dividendos a distribuir y, en su caso, por la transmisión de las acciones prima sobre el interés hacia los asuntos de administración o gobierno de la sociedad. Esta tradicional conexión entre anónima y gran empresa ha sido, sin embargo, superada por la realidad práctica. La anónima es una forma social a la que también se recurre hoy por parte de medianas e, incluso, pequeñas empresas. Aún así, el molde de la anónima viene grande a las más pequeñas.

La sociedad de responsabilidad limitada, por su parte, no termina de encajar en las PYMES. Esta sociedad, de carácter híbrido, donde conviven elementos personalistas y

capitalistas, debiera haberse convertido en la forma social preferida por las pequeñas empresas argentinas. No obstante, a ella no han acudido de forma masiva.

Lo que se propone ahora es una nueva sociedad. Se trata de una nueva figura societaria y no de un subtipo de los tipos recogidos en la Ley nº 19.550 de sociedades comerciales. No es una sociedad por acciones (anónima o en comandita por acciones). No es una modalidad de sociedad de responsabilidad limitada. Tampoco es una sociedad personalista o de personas (sociedad colectiva o en comandita simple). Se está pensando en un régimen jurídico societario especial, con responsabilidad limitada de los socios por las deudas de la sociedad, que resulte funcionalmente adecuado a las características y necesidades propias de las PYMES. Una amplia acogida y difusión de la nueva sociedad contribuirá a instalar una cultura emprendedora como base y fortaleza de la Economía argentina.

El modelo jurídico societario que se plantea tiene como pilares centrales la rapidez y sencillez en su constitución y la flexibilidad de su regulación. Con esos caracteres se procura fomentar la adopción por parte de las empresas más pequeñas de un óptimo “ropaje” societario regular. Se regularizaría la situación de informalidad. Minimizar los casos de informalidad, esto es, de sociedades no constituidas regularmente es, efectivamente, el objetivo primordial.

Para la minimización al máximo de la informalidad podría llegar a idearse, incluso, una especie de “fase inicial o preliminar” (no necesariamente transitoria) con un régimen más simple aún que el de la nueva sociedad. Esta idea, en caso de que se estimase pertinente, consistiría en disciplinar una sociedad (probablemente con responsabilidad ilimitada) con una regulación sin apenas formalismos que evitara, de forma indirecta, caer en esa informalidad. Ese “estado inicial” de la sociedad debiera venir acompañado de un sistema que facilitara el cambio al régimen, también simple aunque más formal, de la nueva sociedad (con responsabilidad limitada).

2. NUEVA SOCIEDAD: ¿ABIERTA O CERRADA?

Para la nueva sociedad es preciso discutir la conveniencia de acoger un formato cerrado o, por el contrario, uno abierto y sin cortapisas para un eventual acceso al mercado bursátil. Ambas posibilidades contrapuestas cuentan con pro y contras. Su análisis se hará a continuación.

Una sociedad cerrada parece ser, *a priori*, la que mejor se amoldaría a las compañías de menores dimensiones. La sociedad cerrada permite un mayor control por parte de los socios fundadores. Los vínculos de amistad o familiaridad con que, muchas veces, se constituye una sociedad están con la sociedad cerrada a salvo de eventuales intromisiones. Es conocido que con una sociedad cerrada no hay posibilidad de transmitir en un mercado las partes sociales en que se divide el capital. Hay un alejamiento de los mercados secundarios de valores y del recurso al ahorro colectivo como medio de financiamiento.

La empresa que escogiera la “vestidura” de la nueva sociedad, en el supuesto de que finalmente ésta se estableciera como cerrada, habría de saber de antemano que no iba a poder recurrir al financiamiento propio externo que proporciona el mercado de valores. Una única salida de emergencia tendría para negociar los valores en el mercado: la transformación en una sociedad por acciones.

El miedo a la apertura informativa y, en consecuencia, a la apertura fiscal; la ausencia de una adecuada formación e información financiera; y el temor a la pérdida de independencia o del control societario suelen generar en el conjunto de las PYMES la negativa a apelar al ahorro público. A unas y otras razones siempre hay que sumar los costes fijos y variables que todo financiamiento por medio de un mercado de valores conlleva. Aspectos, de algún modo, calificados como "psicológicos", al lado de costes económicos, se unen para hacer causa común en orden a enclaustrar a la generalidad de las PYMES lejos del mercado bursátil. En Argentina, según datos de la Comisión Nacional de Valores a abril de 2007, hay cuatro empresas registradas en el Panel

PYMES y dos empresas abrieron su capital en el año 2006 en el ámbito de la Bolsa de Comercio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Ahora bien, aún sin querer restar importancia al impacto tanto de los nombrados aspectos psicológicos como de los costes económicos, no hay que olvidar que en la hipótesis que se decidiera que la nueva sociedad fuera abierta se estaría dejando libre el camino del financiamiento a través del ahorro público a aquellas (pocas o muchas) pequeñas o medianas empresas que apostaran por ello.

Dejar la sociedad abierta en defecto de pacto en contrario, permitiendo a los socios que puedan establecer cláusulas de cierre puede resultar positivo. Desde esta perspectiva, una razón de financiamiento (e inversión) empresarial se impone para abogar por un formato abierto, salvo pacto de los socios en contra, para nuestra nueva sociedad.

3. NUEVA SOCIEDAD: DENOMINACIÓN.

Hasta este momento el tipo societario proyectado ha sido denominado genéricamente como “nueva sociedad”. Encontrar una denominación específica se convierte en propósito inaplazable. Al ser una sociedad pensada en exclusiva para la pequeña y mediana empresa sería útil que a ello se hiciera referencia en el propio nombre. “Sociedad para la pequeña y mediana empresa” o “sociedad para la PYME” podrían ser dos de los múltiples ejemplos a proponer. En todo caso, unas siglas sonoras y fáciles de recordar, como “SOCIPYME”, resultarían provechosas para dar a conocer y divulgar en el entorno empresarial a esta sociedad.

Cuestión distinta del nombre que finalmente se escoja para el nuevo tipo societario es la modalidad (objetiva, subjetiva o de fantasía) de denominación social permitida para las sociedades que se constituyan. Aquí es recomendable instaurar el principio de libertad a la hora de elegir la composición de esta denominación social. Así, la denominación podría ser subjetiva (incluyendo uno o varios de los nombres de los socios), objetiva (adaptándose al objeto social), o de fantasía.

La amplia libertad de la que se gozaría para configurar la denominación social habría de encontrar como primer límite el que en ella necesariamente constase la indicación del

tipo societario de que se trata. En este sentido, se daría la alternativa de que a la denominación social se acompañase la expresión completa del tipo societario o su correspondiente abreviatura. En el supuesto de que los socios optaran por incorporar la abreviatura, ésta habría de incluirse al final. El segundo límite sería que la denominación social no podría ser idéntica a la de ninguna otra sociedad preexistente.

4. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROYECTADA.

4.1. Las PYMES como ámbito subjetivo de aplicación.

Como ya ha sido anunciado, la normativa comercial societaria proyectada tiene un ámbito subjetivo de aplicación muy específico: las PYMES. Descubrir lo que se esconde bajo este concepto es el cometido que se emprende acto seguido.

A lo largo de las páginas que a ésta anteceden se ha hecho uso, unas veces, del acrónimo “PYMES”, otras veces, de la expresión “pequeñas y medianas empresas” y, en ocasiones, a las pequeñas y medianas se han unido las microempresas. Es práctica habitual en el Derecho argentino utilizar indistintamente tanto el término “PYMES” como el de “MIPYMES”. En éste último se hace referencia expresa a las micro. Ahora bien, el hecho de que en el primero estén ausentes las iniciales de las microempresas no significa que implícitamente no se haga alusión a ellas. En la opción de elegir en este documento entre uno u otro vocablo nos hemos decantado por el de “PYMES”. Se está, así, en sintonía con lo adoptado por la Comisión Europea a la hora de dictar su vigente recomendación de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas.

4.2. Necesidad de una definición uniforme y flexible de “PYMES”.

Una vez hecha esta inicial precisión terminológica se advierte la necesidad de precisar los criterios que acotan la esencia de las micro, pequeñas y medianas empresas en contraposición a la de las grandes compañías. Existe la necesidad, por tanto, de definir una expresión (“PYMES”) que identifica una realidad económica y social no desconocida por el Derecho.

El problema que surge es poder ofrecer una definición con un mínimo de exactitud y operatividad. Un concepto uniforme sería el punto de partida de las diversas políticas y de los distintos instrumentos públicos o privados que se destinan y afectan a este colectivo empresarial. El concepto unitario ha de ser flexible para no olvidar que dentro del vocablo “PYME” se aúna un conjunto de unidades heterogéneas, cuyo comportamiento y necesidades difieren de manera notable en función de su dimensión concreta, de su fase de madurez o del grado de innovación que alcanzan. Existen, en efecto, distintas clases de PYMES no sólo por el tamaño sino también por el sector económico al que dedican su actividad y la innovación que incorporan o producen. Las PYMES no pueden catalogarse de manera absoluta. No resulta oportuno establecer una única definición rígida. El deseo es encontrar una definición flexible y, a la vez, homogénea.

4.3. Definición uniforme de “PYMES” en el ámbito europeo.

A ese deseo se añade una denuncia: la proliferación incontrolada de definiciones que han ido sucediéndose tanto en el ámbito nacional argentino como, sobre todo, en el marco internacional. Dentro de la Unión Europea, la Comisión Europea sintió la urgencia de poner fin a la variedad de definiciones, en muchos casos, divergentes a este respecto. El objetivo cardinal que pretendía la Comisión era racionalizar y clarificar qué había que entender por “PYMES”, evitando confusiones e incoherencias. Con este fin, en el año 1996 aprobó una primera recomendación sobre la definición de las pequeñas y medianas empresas, dirigida tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros. En el año 2003 tal definición se actualizaría para aumentar los criterios cuantitativos que habían quedado desfasados merced a la inflación y al crecimiento de la productividad. Aun siendo recogida en una recomendación, sin efectos jurídicos obligatorios, ha sido ampliamente acogida por los organismos comunitarios y los países europeos.

Número de empleados, volumen de negocios y balance general fueron los criterios cuantitativos adoptados por la Comisión Europea. Los umbrales vigentes se sintetizan en los siguientes. En primer lugar, dentro del amplio grupo “PYMES” son microempresas las que no superan los diez empleados; pequeñas empresas, las que

tienen menos de cincuenta; y medianas, entre cincuenta y doscientos cincuenta trabajadores. En segundo lugar, el criterio financiero es doble: volumen de negocios y balance general. El volumen de negocios anual, correspondiente al último ejercicio financiero cerrado, ha de ser inferior a cincuenta millones de euros. Si es hasta diez millones, las empresas serán consideradas como pequeñas; si es de diez a cincuenta, medianas. El Balance general anual, correspondiente al último ejercicio financiero cerrado, ha de ser hasta cuarenta y tres millones de euros: las pequeñas empresas hasta diez; y entre diez y cuarenta y tres, las medianas. Por último, para estar ante una microempresa ninguno de los dos conceptos financieros podrá exceder de los dos millones de euros.

A todos estos criterios cuantitativos la Comisión añadió uno cualitativo o analítico: la independencia. La independencia se observa bajo el prisma de la denominada “empresa autónoma”. Una empresa es autónoma cuando no tiene una participación igual o superior al 25% en otra empresa o controlado por otra empresa. No obstante, en este porcentaje no se toma en cuenta la participación de sociedades públicas, de autoridades locales autónomas, Entidades de Capital-Riesgo, *business angels*, inversores institucionales, y universidades o centros de investigación con finalidad no lucrativa.

Es autónoma aquella empresa que ni es empresa asociada ni es empresa vinculada. Empresa asociada es aquella que, no siendo empresa vinculada, posee o está poseída por una participación de entre el 25% y el 50% de otra empresa. En este supuesto, para el cálculo de los umbrales financieros enumerados se acumulan los datos de todas las empresas que están asociadas. Las empresas vinculadas, finalmente, forman parte de un grupo empresarial, por el control directo o indirecto de la mayoría del capital o de los derechos de voto o por ejercer una influencia dominante. Aquí se añaden a los datos de la empresa el total de los datos de las otras empresas a las que está vinculada.

4.4. Definiciones de “PYMES” en el ámbito interno argentino.

Trasladándonos del ámbito internacional al ámbito interno argentino nos encontramos con una diversidad de cantidades en los parámetros que desembocan en variadas definiciones. La Ley nº 24.467 de la pequeña y mediana empresa se encomienda en su artículo 2 a la autoridad de aplicación para definir las características de este tipo de

empresas, en atención a las regiones del país y a los sectores económicos en los que se desarrolla la iniciativa empresarial. Sin perjuicio de esta habilitación a la autoridad competente, la nombrada Ley ofrece en su artículo 83 una definición de pequeña empresa para el ámbito de las relaciones de trabajo, luego desarrollada por el Decreto 146/99.

Se entiende por “pequeña empresa” aquella que no supere los cuarenta trabajadores y tenga una facturación anual inferior a la cantidad que una Comisión Especial de Seguimiento establezca para cada sector o actividad. Así, por ejemplo, en el campo de las relaciones laborales el Convenio Colectivo de Trabajo del Ministerio de Trabajo entre la Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles y la Federación Argentina de Clubes de Campo reitera el número de cuarenta trabajadores y efectúa una remisión específica a la mencionada Ley y a sus normas reglamentarias.

Para el fortalecimiento competitivo de las micro, pequeñas y medianas empresas, la Ley 25.300 diseñó una serie de instrumentos financieros y previó la necesidad de que la autoridad de aplicación definiera las variables según las cuales una empresa, por ser considerada como PYME, podía servirse de aquéllos. En cumplimiento de esta previsión, la Secretaría de la Pequeña Empresa del Ministerio de Economía, dependiente del Poder Ejecutivo de la Nación a través de la resolución 24/2001, confeccionó un cuadro con los niveles máximos de las ventas totales anuales, excluido el impuesto al valor agregado y el impuesto interno que pudiera corresponder, a registrar en los sectores agropecuario, de industria y minería, de comercio, de servicios y de construcción.

Sucesivas actualizaciones han ido apareciendo hasta llegar a la disposición 147/2006 de la Subsecretaría de la Pequeña y Mediana Empresa y Desarrollo Regional. Esta disposición, a su vez, ha sido modificada por la Comunicación A 4628 del 16-2-2007 B C R A (Banco Central de la República Argentina) Anexo 1.3.

Una ampliación del segmento PYMES se ha producido recientemente en el específico campo del mercado de valores, merced a la resolución general n° 506/07 de la CNV, para permitir que un mayor número de empresas puedan tener acceso, mediante un régimen especial y simplificado, al mercado de capitales ofreciendo públicamente sus

acciones u obligaciones negociables. A estos concretos efectos, se duplican los montos máximos de facturación que prevé aquella definición general.

Ya sea en la general, ya sea en la especial para la emisión de capital o de deuda, al valor de las ventas totales anuales se añade como otro de los criterios a considerar el grado de independencia o no vinculación respecto de empresas o grupos económicos. Esto se encuentra en consonancia con lo adoptado en el marco europeo. El contraste de la normativa argentina respecto de la comunitaria recae, a primera vista, en los siguientes aspectos: primero, en el derecho argentino el número de (cuarenta) empleados se circunscribe a las pequeñas empresas; segundo, no se alude al balance general, como criterio financiero; y, tercero, la fijación de los montos de las ventas no se hace de forma global sino en atención al sector económico primario, secundario o terciario en el que la empresa desarrolla su actividad principal.

4.5. ¿Remisión o nueva definición de “PYMES” en el ámbito de la normativa proyectada?

Debido a que la propuesta de normativa societaria que se articula desde este documento va dirigida hacia las empresas de reducida dimensión una buena opción sería realizar una remisión a la definición general que de este grupo de empresas efectúa la disposición 147/2006, modificada por la Comunicación A 4628 del 16-2-2007 B C R A (Banco Central de la República Argentina) Anexo 1.3. Bajo esta óptica, podrían constituir nuestra nueva sociedad comercial y regularse por su régimen jurídico todas aquellas empresas que cumplieran los límites de ventas totales en cada uno de los sectores económicos implicados. Con la remisión en este extremo a la definición existente en la actualidad habría una concordancia total entre la vigente regulación de PYMES y la legislación proyectada para la nueva sociedad.

Una opción alternativa sería plantear desde esta sede una nueva definición a los solos efectos de la legislación societaria planteada. Se entendería incluida bajo la voz “PYMES” todas aquellas empresas que reunieran los parámetros específicos que en la propia legislación de la nueva sociedad se determinarían. Podría ser aconsejable que tales parámetros no diferenciaron por sectores económicos, ganando, así, homogeneidad y uniformidad. Si tales requisitos tuvieran la doble virtud de ser uniformes y flexibles,

las ventajas serían indudables. Cualquier empresa que encajara en la nueva definición podría beneficiarse de una regulación societaria fácil y sencilla. La sencillez, rapidez y flexibilidad son –como hubo ya ocasión de adelantar– los adjetivos que mejor caracterizan al régimen jurídico de la nueva sociedad.

En el caso de elegirse esta segunda opción y con el objeto de formular una definición específica adecuada habría que atender a la mezcla de criterios cuantitativos y cualitativos. Entre los primeros, se situaría en un lugar preferencial el número de empleados. Por número de empleados se entiende el número total de personas que trabajaban dentro o fuera de la empresa, formando parte y siendo remuneradas por la misma. La cifra de empleados no debiera, en ningún caso, sobrepasar los doscientos cincuenta. Una cifra superior supondría englobar en el concepto de “PYMES” a la casi totalidad de las empresas argentinas. Un umbral de doscientos cincuenta asalariados iría, además, en la dirección de las definiciones europeas. Dentro de este umbral general habría que realizar subdivisiones para diferenciar a las medianas de las pequeñas y a éstas de las micro. Bien un plantel de cuarenta trabajadores, como en la presente normativa argentina, bien de cincuenta, como en la recomendación comunitaria, distinguiría a las pequeñas de las medianas compañías. Un número no superior a diez empleados parece una cifra razonable para acoger a las microempresas.

Aun cuando es indudable que el criterio del número de empleados es esencial y ha de ser obligatorio en cualquier definición de “PYME”, ello no obsta el establecimiento de otros criterios complementarios, como son los de tipo financiero. Juntos a los efectivos, se colocan criterios financieros tales como el volumen de ventas o el total del balance. En el volumen de ventas están englobados los importes facturados por la empresa, durante el año de referencia, correspondientes a las ventas en el mercado y a los servicios prestados a terceros. Se deben incluir, además, todos aquellos impuestos que gravan los productos o servicios a su salida de fábrica; todos los gastos imputados a los clientes, incluso en el caso de que dichos gastos se facturen por separado. De ello se deducen las rebajas y los reembolsos concedidos a los clientes. Por total del balance, como tercera variable cuantitativa, se entiende la valoración del conjunto de activos de la empresa. A los tres anteriores quizás podrían unirse otros como, por ejemplo, los beneficios obtenidos, el activo inmovilizado o el valor añadido.

Los criterios cuantitativos son los más utilizados y siempre necesarios, pero no cabe desconocer los índices de tipo cualitativo. *A priori*, entre ellos destacarían el grado de autonomía respecto de entidades financieras o grandes empresas; la centralización o personalización de la gestión en la persona del propietario-dirigente; la cuota de participación en el mercado; la flexibilidad en el proceso productivo y la adaptabilidad a los cambios del entorno económico; la especialización en los procesos y en los productos o servicios; la capacidad de innovación; la orientación hacia el mercado; el carácter personalizado de las relaciones con la clientela; o la dependencia respecto de proveedores, competidores y clientes. De entre todos los enumerados, se escoge, por su destacado papel, el primero, es decir, la autonomía o independencia.

En definitiva, las variables a adoptar, en la hipótesis de que se resolviera buscar una nueva definición en vez de hacer una remisión a la vigente, serían las que, acto seguido, se relacionan: efectivos o número de empleados, financieros (volumen de negocios o balance general) e independencia. Serían acumulativos, esto es, deberían cumplirse por la empresa en su totalidad o conjunto. Aparte de acumulativos serían límites máximos y sus cuantías naturalmente no podrían ser inalterables. Habrían de ser modificadas por el legislador a la alza o a la baja atendiendo a las circunstancias cambiantes de la Economía, tales como los niveles de precios o el incremento de la productividad empresarial.

III.B.b)- RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

III.B.b)- RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Al igual que sucede con algunas de las cuestiones recogidas en el presente documento, el reconocimiento de la sociedad unipersonal no constituye ni mucho menos una medida novedosa en el marco de la actividad pre-legislativa argentina en los últimos años. En Argentina el último proyecto de reforma a la Ley de sociedades del año 2005, entre otros, contempla la sociedad unipersonal para las SRL y para las SA. Además la Ley 20705 de Sociedades del Estado, en su art. 2, admite la constitución de sociedades unipersonales. Por otra parte el decreto 677/01, en el ámbito de la Oferta Pública, en su art. 25 también contemplaría esa posibilidad.

En cualquier caso, el principal inconveniente que el reconocimiento de la sociedad unipersonal ha encontrado tradicionalmente es el de su presunta incompatibilidad con el sustrato o naturaleza contractual de la sociedad. Los argumentos sentados en esta aproximación no son ajenos al entorno europeo, donde la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima unipersonal se vio en la necesidad de adaptarse a la tradicional concepción del contrato de sociedad como contrato bilateral o multilateral. Las reticencias que pueda generar la unipersonalidad de la sociedad con este fundamento pueden ser opuestas a una opción como ésta con absoluta independencia de que adquiera un tono de especialidad (*i.e.*, respecto de su introducción como parte del régimen específico de un tipo societario concreto) o de generalidad. Sin embargo, puede haber razones que faciliten la comprensión de una medida como la de la unipersonalidad en el marco de un régimen especial como el que aquí se analiza.

A favor del reconocimiento de la unipersonalidad deben invocarse, por encima de prejuicios de orden dogmático, razones de indudable conveniencia práctica. Resulta a estas alturas ingenuo pensar que la negativa de la ley a reconocer la unipersonalidad constituye una medida efectiva para prevenir la aparición en la práctica de “sociedades unipersonales de hecho”. Tales sociedades se presentan bajo el revestimiento formal

necesario para su pacífico encaje en los requisitos establecidos por la ley y, por tanto, integradas por dos o más socios. En ellas, sin embargo, el patrimonio integrado en la sociedad proviene de una única persona, y el proceso decisorio, así como la administración de la sociedad y la dirección del negocio social, giran en torno a la voluntad única y exclusiva de dicha persona.

Dada la sencillez de la satisfacción en el plano formal de los requisitos para el reconocimiento de un instrumento que en el tráfico tiene exactamente la misma utilidad y cualidades funcionales que una sociedad unipersonal, está claro que los problemas que un fenómeno como éste –en particular, los derivados de la “compartimentación” que en la esfera patrimonial de una misma persona este instrumento permite– no pueden ser combatidos o en medida alguna administrados simplemente dejando esta parcela de la realidad fuera de la ley. En semejante panorama, los posibles remedios a dichas situaciones deben esperarse de las soluciones jurisprudenciales que con este trasfondo puedan ser emitidas, lo cual proporciona un remedio de utilidad limitada para casos paralelos y, además, de alcance parcial.

Los medios para combatir este tipo de prácticas que la vertiente institucional de las sociedades permite, allá donde la sociedad no engloba a una pluralidad de personas y, por tanto, en los casos en que su integridad patrimonial no queda asegurada por el juego derivado de la contraposición de una pluralidad de intereses a nivel interno, han demostrado una mucho mayor efectividad a través del reconocimiento y regulación de la sociedad unipersonal en la ley, y de los problemas específicos a que da lugar.

Debe destacarse que la apelación a la especialidad del régimen que aquí se realiza no pretende funcionar como mero pretexto para introducir una excepción en el régimen general del Derecho de sociedades comerciales de la Argentina. Muy al contrario, el ámbito de aplicación de la legislación que se propone está destinado a cubrir –como se ha venido reiterando– la parcela de la realidad poblada por los pequeños y medianos empresarios. Es en este sector precisamente donde más se aprecia el recurso al empleo de formas societarias para acceder a la limitación de responsabilidad aún en casos en que la iniciativa empresarial es imputable a una única persona, bajo cuyo criterio y decisión se desarrolla el negocio social.

En el modelo europeo, las cuestiones que han suscitado la preocupación del legislador son las anteriormente identificadas, y las cautelas que en protección de la transparencia y los intereses de terceros se imponen al socio único pueden resumirse de forma sencilla. Para su resumen puede acudir a la Duodécima Directiva (89/667/CEE) del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. El margen contemplado en dicho instrumento posibilitaba a los Estados miembros escoger entre regular la sociedad unipersonal, anónima o de responsabilidad limitada, o regular la figura del empresario individual con un régimen de responsabilidad limitada por las deudas derivadas del ejercicio de su actividad empresarial.

Con ello, se contemplan dos vías para dar acceso al emprendedor solitario al beneficio esencialmente buscado con la constitución de una sociedad comercial, cual es la acotación del riesgo inherente al ejercicio de la empresa a un conjunto patrimonial definido. Con todo, salvo algún caso excepcional (como el portugués) que comenzó regulando el empresario individual de responsabilidad limitada para posteriormente acoger la opción alternativa, la tendencia en los países europeos ha sido la de regular la sociedad unipersonal.

En la regulación europea se contempla la posibilidad que una sociedad comercial sea unipersonal, tanto de forma originaria, por haber sido constituida por declaración de voluntad unilateral de un único socio fundador, como de forma sobrevenida, por reunirse después todas las participaciones sociales o acciones bajo la titularidad de un único socio.

En síntesis, el objetivo principal que la ley persigue en cualquiera de las hipótesis anteriores es que las situaciones de unipersonalidad gocen, en todo caso, de publicidad para posibilitar un nivel genérico de protección de terceros basado en la autotutela de sus intereses. De este modo, se obliga a que el carácter unipersonal de la sociedad figure en el Registro de Comercio. En el plano del funcionamiento interno de la sociedad se parte de la base de que en los casos de unipersonalidad las decisiones que corresponden a la asamblea de socios, como órgano decisorio interno de base deliberativa, son tomadas unilateralmente por el socio único, quien no obstante debe recogerlas en acta en iguales condiciones que en las situaciones de pluripersonalidad.

Por último, un foco de preocupación adicional son los contratos que el socio único pueda celebrar con la sociedad, como método más obvio del que dispone el socio único para defraudar los intereses de terceros y, en específico, acreedores de la sociedad. En lo que a esto respecta, tales contratos deben hacerse constar por escrito e igualmente consignarse en un acta, que eventualmente deberá ser conservada e integrada en un registro de actas con régimen paralelo al de otros libros del empresario social. Las medidas que más allá de lo expresado son usualmente contempladas en las legislaciones europeas tienden al refuerzo de esta obligación de publicidad (*e.g.*, a través de la introducción en la documentación de la sociedad de su condición de unipersonal, tal como sucede en España) y a la sanción del incumplimiento de las obligaciones de publicidad con base en la responsabilidad personal e ilimitada del socio por las deudas sociales, o la ineficacia o inoponibilidad frente a terceros de los contratos entre socio y sociedad en casos de concurso.

III.B.c). CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA SOCIEDAD

III.B.c) - CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA SOCIEDAD

1. INTRODUCCIÓN.

Uno de los elementos normativos más importantes que se debe tener en cuenta en una estrategia de flexibilización del Derecho de sociedades para potenciar la iniciativa empresarial y apoyar, en particular, a la pequeña y mediana empresa, es el procedimiento de constitución, ya que es la primera cuestión con la que se enfrenta el futuro empresario y tiene un importante efecto de incentivo o desincentivo en la toma de decisiones del emprendedor.

La experiencia nos enseña que dependiendo del procedimiento de constitución establecido en el ordenamiento jurídico de un país, así como de los mecanismos de información disponibles, el emprendedor ostenta una mayor o menor resolución en la decisión de constituir una sociedad, con las consecuencias que de ello se derivan. Por eso, resulta necesario analizar cómo es ese procedimiento y hasta qué punto es flexible y eficiente para las necesidades actuales del mercado y de la Economía.

Esta evidencia, ya ha sido tomada en cuenta en otros ordenamientos jurídicos (Reino Unido o Japón), que, para potenciar el emprendimiento y por consiguiente impulsar la economía del país, dotándola de mayores y más variados activos sobre los que basar su competitividad en el mercado globalizado en el vivimos, durante estas últimas décadas han desarrollando una intensa tarea de análisis y de consulta pública sobre su legislación societaria, enfocando y concretando de esta manera, aquellos aspectos que entendían que distorsionaban la adecuación de la legislación vigente a las necesidades de los tiempos actuales.

Como común denominador de las reformas llevadas a cabo en esos países, podemos encontrar la flexibilización de las pequeñas y medianas empresas. La flexibilización es entendida no sólo como la eliminación de elementos procedimentales o burocráticos

innecesarios o ineficientes, sino también como estrategia dirigida a habilitar mejores vías de personalización de los intereses de los socios en los documentos sociales que rigen la sociedad.

Por ese motivo, durante las primeras fases de este proyecto se ha ido recabando información para conocer, *grosso modo*, las barreras jurídicas y sociales más importantes que, a nuestro juicio, constriñen la flexibilidad en los procedimientos de constitución de las sociedades. Una vez reflejados esos puntos débiles, sometemos a la consideración de los diferentes operadores jurídicos y sociales diversas posibilidades de solución para recabar sus respuestas.

2. POSIBLES BARRERAS DETECTADAS.

2.1. Marco normativo único y división de competencias ejecutivas.

Aun cuando el marco normativo, en lo referente a la constitución de las sociedades mercantiles o comerciales, es único en toda la Argentina, se suscita un problema en relación con la dispersión de las competencias registrales. En Argentina, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene un Registro Público de Comercio a cargo de la IGI que depende del Poder Ejecutivo de la Nación mientras que las provincias pueden tener otros sistemas registrales.

Las condiciones y criterios son únicos, pero no así los documentos que exigen las diferentes jurisdicciones, en función de su distinta estructura de organización. La diferente ejecución de la legislación por parte de cada una de las jurisdicciones conlleva divergencias en cuanto a la documentación y los tiempos para la constitución.

Entendemos que esta disparidad no es favorable para fomentar la creación de empresas, puesto que dependiendo de la jurisdicción en la que nos encontramos los requisitos varían. Por estos motivos, es imperiosa la búsqueda de uniformidad en la documentación exigida a quienes decidan constituir la nueva sociedad, con independencia del lugar en la que se realice la tramitación.

2.2. Excesiva burocracia: mayores costes y tiempo.

Otro factor que es tenido muy en cuenta a la hora de potenciar el incremento del número de sociedades son los trámites en el procedimiento de constitución. Efectivamente, un procedimiento lento, farragoso y oscuro implica inexorablemente reticencia a constituir una sociedad, y por ende, desmotiva al emprendedor a dotar a su iniciativa empresarial de un marco jurídico adecuado. La impresión es que en la actualidad el procedimiento de constitución de las sociedades mercantiles y, en específico, de las anónimas y limitadas es lento, costoso, engorroso y difuso.

Es, en efecto, lento el procedimiento de constitución de una sociedad. Lentitud que se ve agravada en el supuesto de que se constituya una sociedad anónima. Esta lentitud proviene del exceso de procedimientos que han de seguirse y del riguroso control de las autoridades que intervienen. Asimismo, proviene, en parte, del procedimiento de reserva de la denominación social. De la reserva de la denominación se encarga un órgano de control que no suele tener una base de datos informatizada para la búsqueda de nombres solicitados con anterioridad. De todos modos, en la legislación argentina vigente existe la posibilidad de acudir a un procedimiento de tramitación urgente, con el que se obtiene en el mismo día la inscripción en el Registro Público de Comercio de una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad comanditaria por acciones.

Es un procedimiento costoso, lo cual implica una carga más para el nuevo y pequeño emprendedor. Si lo que se pretende es incentivar el emprendimiento, regulando su situación jurídica y buscando un vehículo jurídico acorde a sus necesidades, no resulta muy eficiente el imponer un procedimiento costoso. La reducción de los costes procedimentales ha sido, precisamente, uno de los elementos tenidos en cuenta en las reformas realizadas en otros ordenamientos jurídicos.

Es un procedimiento engorroso, ya que el proceso de constitución de una sociedad mercantil viene marcado por un gran intervencionismo. Existe tanto un exceso de control y de trámites para la constitución regular de una sociedad. Los trámites se

duplican aún más en algunas jurisdicciones, para determinadas sociedades, por hallarse sometidas a un doble control jurisdiccional y administrativo.

Es, por último, un procedimiento difuso, debido a que la sensación que impera en los sectores económicos es que hay cierta discrecionalidad por parte de los organismos de control de la legalidad.

Ante este panorama, se observa la necesidad de proporcionar una aceleración a los trámites de constitución de la nueva sociedad mercantil que se propone. Se precisa flexibilidad sin pérdida de la seguridad jurídica. La reducción de costes, tiempo y “papeleo” en el momento inicial de la constitución de las sociedades conecta con el propósito último de proporcionar flexibilidad, sencillez y celeridad.

2.3. Discrecionalidad en el control de la adecuación entre el capital y el objeto social.

Otro problema percibido es la relación o adecuación entre el objeto de la sociedad y el capital que ésta ostenta para llevarlo a cabo. Las autoridades de control pueden denegar la autorización de constitución como sociedad anónima cuando estiman que el capital social no resulta adecuado al objeto social.

Aunque este mecanismo pudiera ser visto como un instrumento útil para combatir el fraude basado en la infracapitalización, no ha de desconocerse que puede derivar en cierto grado de discrecionalidad administrativa a la hora de concretar cuál es el capital que han de fijar los socios para pasar los controles registrales. Además, también implica un mayor tiempo en la constitución. En suma, se aúna la discrecionalidad con la burocratización y lentitud procedimental. Los esfuerzos, en este sentido, han de ir encaminados a evitar la discrecionalidad asociada al control administrativo de la adecuación entre el capital y el objeto social.

2.4. Falta de publicidad y transparencia.

Uno de los elementos claves es la confianza en el mercado, y en particular, en los diferentes operadores económicos que actúan en él. Entendemos que es necesario que

cualquier persona, tanto física o jurídica, pueda conocer de antemano información sobre la sociedad con la que quiere llevar a cabo cualquier tipo de transacción. Para ello es necesario un sistema de publicidad registral efectivo que favorezca la transparencia del mercado y la confianza.

2.5. Escasez de información y asesoramiento.

Aun dotando a los mecanismos jurídicos de mayor flexibilidad, si el emprendedor desconoce su existencia o si la transmisión de la información relevante es lenta, parcial e insuficiente, las políticas legislativas pierden su eficacia y su representatividad social queda irremediablemente diluida.

De ahí que la falta de información del pequeño y mediano empresario sea otra de las debilidades intensamente percibidas en la problemática general de la constitución regular de sociedades. El emprendedor desconoce las propias fuentes de información disponibles y el acceso a las mismas es infrecuente, irregular y, en ocasiones, poco confiado. La situación, además, aparece agravada por un generalizado fenómeno de intervención de tercero o prescripción profesional que condiciona la decisión del emprendedor y monopoliza la transmisión de información experta a los emprendedores. En muchas ocasiones, el emprendedor elude la búsqueda de otro tipo de información y se dirige directamente a consultar a asesores que le aconsejan, por efecto de una cierta inercia profesional, tipos societarios que no se ajustan a sus específicas necesidades empresariales.

Se vislumbra oportuna la instauración de un sistema integral de información o asesoramiento racional y eficaz para el emprendedor en esta materia de constitución de sociedades. Dicho sistema habría de caracterizarse, aparte de la eficacia, por la cercanía al ciudadano.

3. PROPUESTAS ESPECÍFICAS.

En relación con las barreras detectadas establecemos aquí un conjunto de propuestas tendentes a eliminar los obstáculos identificados o atenuar sus efectos más perniciosos

sobre la flexibilidad y la eficacia del ordenamiento societario como marco de desenvolvimiento de la actividad económica y empresarial.

3.2. Uniformidad en el procedimiento constitutivo.

Habría que intentar que la nueva normativa, en lo que se refiere a la constitución, fuera de aplicación efectiva y uniforme en el territorio de la Republica Argentina, invitando a las provincias a que adhieran. De esta forma, se unificarían los documentos requeridos a la hora de constituir la nueva sociedad dirigida al pequeño y mediano empresario.

En teoría, un único régimen normativo debería verse correspondido con un sistema homogéneo de competencias ejecutivas, que desembocara en un régimen de constitución uniforme en todo el territorio. Sería idóneo, además, que los sistemas de control administrativo por parte de las oficinas públicas redujeran sus competencias y se centraran sólo en aspectos muy concretos. Con ello, se agilizarían los trámites de constitución. No viéndose viable en la práctica tal reducción de competencias, se ha de tender, al menos, a la dotación de una mayor eficacia del sistema administrativo. Dado que no resultaría posible en la situación actual la homogeneización o minoración directa de las competencias provinciales, se vislumbra factible la elaboración de un procedimiento constitutivo y documental simple y especial para la nueva sociedad.

3.2. Reducción de la burocracia: procedimiento constitutivo sencillo y rápido.

Las legislaciones actuales tienden a reducir los plazos de constitución de la sociedad (en algunos países como España es, en principio, posible constituir un sociedad de responsabilidad limitada, general o especial, en cuarenta y ocho horas). Para ello, se eliminan todos aquellos elementos burocráticos que se consideran innecesarios para la finalidad que se pretende con este tipo de sociedades. Un sistema de constitución sencillo y rápido redundará, sin duda, en la reducción de los trámites burocráticos y con gran probabilidad en la multiplicación de las iniciativas empresariales que se “cobijen” bajo la nueva sociedad planteada.

En primer lugar, se busca un procedimiento rápido y sencillo de constitución. Una tramitación rápida y eficaz es una de las bases para incrementar el tejido empresarial. La agilidad ha de perseguirse en el momento de la inscripción registral. También es forzoso otorgar celeridad en los trámites previos a esa inscripción. La rapidez se consigue, además, con un formulario de inscripción sencillo (a modo de modelo orientativo de estatutos sociales), requiriendo únicamente la inclusión de unos datos esenciales. De ser así, los sistemas de control serían rápidos a la hora de calificar los datos, por lo que se ahorraría coste y tiempo y se ganaría en eficiencia. La urgencia que imponga la normativa proyectada ha de verse, en todo caso, correspondida en la praxis. El cumplimiento efectivo de los plazos se hace indispensable.

En segundo lugar, hay que destacar la conveniencia de una tramitación telemática. Hoy en día es un hecho la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en cualquier aspecto de nuestra vida. En muchos países europeos ya es una realidad la denominada “Administración electrónica” o “e-Administración”. En la normativa propuesta para la Argentina podría dejarse constancia de la conveniente utilización de estos modernos medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Un sistema telemático de constitución reduce la documentación y los plazos, a la vez que minorra los costes. En este ámbito, un documento único electrónico –al estilo del existente en el ordenamiento jurídico español para las sociedades de responsabilidad limitada– jugaría un destacado papel, al permitir reunir en un solo documento de naturaleza electrónica el conjunto de documentos que ha de cumplimentarse para crear una sociedad.

Se deben prever los nuevos sistemas telemáticos de comunicación, archivo, emisión y recepción bajo los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica. Es posible que actualmente no exista una cultura empresarial predominante en el uso de las nuevas tecnologías, pero ello no es óbice para que algunas compañías ya las hayan integrado en sus procesos operativos y para que un futuro próximo (como muestra la tendencia) la penetración de las tecnologías sea prácticamente mayoritaria. Tan sólo con observar los cambios legislativos que se están produciendo en torno a la e-Administración, se atisba el escenario que espera en un futuro muy cercano.

En tercer término, otro factor ventajoso por la implementación y uso de las nuevas tecnologías es que la lentitud de los trámites podría mitigarse con la creación de una

base de datos informática y centralizada con todas las denominaciones sociales, tanto las ya concedidas como las solicitadas. El ejemplo de la informatización de la sección de denominaciones sociales del Registro Mercantil Central español quizás pudiera tomarse, en alguna medida, como un ejemplo. En Argentina por Ley 26047 se crearon Registros Nacionales y se invitó a las provincias a adherirse. Esta norma se complementa con la Resolución General conjunta de la AFIP n. 2325/2007 y RG de la IGJ n. 5/2007.

Se plantea, en cuarto lugar, la elaboración de un modelo sencillo orientativo de estatutos sociales para facilitar a los socios fundadores la tarea de la tramitación de la nueva sociedad. De esta forma el control sobre los mismos es mínimo, ya que los estatutos son los oficiales, reduciendo de esta forma tiempo y dinero. Si los socios fundadores no presentan estatutos algunos, se aplicarían por defecto los estatutos normalizados oficiales.

Una previsión similar ya existe en otros ordenamientos jurídicos como en el español. Se trata de constituir la sociedad mediante la presentación de un formulario muy básico en el que los socios sólo tengan que rellenar una serie de datos mínimos, quedando la regulación de la sociedad sometida a los estatutos oficiales. Un sistema de fe pública garantizaría la veracidad de tales datos. El conjunto de datos al que se hace referencia sería, por ejemplo, el que sigue: identidad de los socios fundadores; consentimiento de constituir la sociedad por parte de los socios; identidad de la sociedad; domicilio de la sociedad; capital social (mínimo) y aportaciones sociales; número de participaciones, acciones o cuotas que se adjudiquen; sistema de administración; y cualquier otra cláusula que los socios fundadores deseen incorporar a los estatutos. Todo ello permitiría agilizar el procedimiento de constitución, ya que la labor de los órganos de control se reduciría a una mera comprobación de los datos incluidos en el formulario.

Lo anterior no impide que los socios sean libres para regular sus relaciones, quedando sus acuerdos reflejados en los pertinentes estatutos, siempre y cuando aquellos no sean contrarios a la ley. Para ello, se habilitaría siempre un espacio libre para la incorporación de pactos específicos más allá de la selección básica de los elementos esenciales mínimos. No obstante, no debe olvidarse que es el pleno sometimiento al

formulario estándar el que permitirá garantizar el plazo mínimo de calificación de los estatutos y constitución societaria.

Es interesante plantear, en este punto, que el documento de constitución, al ser un simple formulario (a no ser que los socios quieran establecer modificaciones a los estatutos orientativos), podría ser recogido en un soporte electrónico. Una vez firmado por todos ellos, sería enviado al organismo competente del registro de la sociedad, por los medios telemáticos oportunos. Ejemplo de previsión legal de este sistema es el establecido en el ordenamiento jurídico japonés, donde se permite que el documento de constitución pueda ser preparado en un documento electrónico y firmado por todos los miembros de la futura sociedad.

Por último, en un estadio de máxima o absoluta simplificación, se propone, incluso, la posibilidad de constituir una sociedad sin la obligación de escritura pública. Esta posibilidad se contemplaría, en su caso, sólo para aquella sociedad en una especie de “fase inicial o preliminar”, que es más simple aún que la nueva sociedad, a la que tuvimos ocasión de referirnos en un momento anterior cuando hicimos la introducción al nuevo tipo societario.

3.3. Fijación de un capital social mínimo legal.

Como ha quedado muchas veces reflejado a lo largo de este documento, la nueva sociedad va dirigida principalmente a emprendedores. Una de las características comunes a todos ellos es la falta de recursos económico-financieros en la primera etapa de emprendimiento, por lo que no sería realista exigirles un capital social elevado para poder constituir la sociedad, ya que de este modo estaríamos estableciendo una barrera difícilmente superable. La aportación del capital podría realizarse como aportación dineraria o no dineraria. En este último caso, los socios responderían personal, solidaria e ilimitadamente de la veracidad del valor de la aportación.

Por otro lado, para intentar evitar los riesgos inherentes al control administrativo de la correspondencia entre el capital y el objeto de la sociedad, podría considerarse oportuno remitir a la normativa la fijación de un capital mínimo social, tal como ocurre en las legislaciones de distintos Estados europeos. La cuantía de ese capital mínimo legal no

debería ser elevada si no se desea desfavorecer la acogida de la nueva sociedad por parte de los pequeños emprendedores.

De todas formas, hay que mencionar que las últimas tendencias en Derecho comparado apuntan precisamente a no establecer un capital mínimo inicial para las sociedades comerciales. Ejemplo de ello lo encontramos en la nueva Ley de sociedades japonesa, que ha eliminado la exigencia de un capital social mínimo. Permite que se constituya cualquier sociedad con un capital social de tan solo un yen. Las reformas legislativas en Japón previas a la aprobación de esta última ley de sociedades, exigían que este capital se incrementara durante los cinco años siguientes a la constitución. El objetivo de flexibilización de la reciente ley japonesa ha optado por eliminar este último requisito y permitir a las compañías mantener el capital de un yen por un periodo de tiempo muy superior o, incluso, indefinidamente.

Los partidarios de esta opción entienden que la desaparición de la obligatoriedad de un capital mínimo es un símbolo de desregularización, que reduce los costes de constitución y elimina las barreras de entrada. No obstante, la eliminación del capital mínimo no es un tema pacífico. Desde la práctica, los diversos sectores profesionales advierten que un capital tan reducido afectará a la percepción de la compañía en sus relaciones con entidades financieras, administrativas, fiscales o, incluso, en sus actividades de reclutamiento de empleados cualificados o de prestación de servicios a clientes.

Con todo, la propuesta que aquí sugerimos pasa, necesariamente, por dotar de mayor certeza al procedimiento de constitución, fijando un capital mínimo, que independientemente de su cuantía (cuestión que dejamos abierta) reduzca la discrecionalidad administrativa en el proceso y permita al emprendedor hacer un cálculo fiable de su capacidad financiera para embarcarse en la iniciativa empresarial.

3.4. Sistema eficaz de publicidad.

Para una mayor transparencia y, por tanto, una mayor confianza en el mercado, se requiere dotar a los actos de constitución de la debida publicidad. Habrá que facilitar, además, el acceso a los datos registrales de cualquier sociedad inscrita. Los medios

telemáticos pueden ser, a tal fin, de sumo provecho. Esto se fundamenta en la idea de que la información para cualquier acreedor (o posible acreedor) de la sociedad es vital para su protección. La posibilidad de acceder, ya no sólo personalmente ante la oportuna oficina, sino también telemáticamente, permite una mayor confianza y seguridad en el mercado, favoreciendo e incrementando el número de transacciones.

La intención perseguida no es reestructurar a fondo el régimen general de publicidad sino perseguir con rigor los eventuales incumplimientos en este campo, en aras de una mayor eficacia. Un ejemplo relativamente cercano en el tiempo lo podemos encontrar en la reforma de la Ley de sociedades china, donde el suministro de información registral de las sociedades al público ha sido uno de los elementos desarrollados en la mentada reforma.

3.5. Información y asesoramiento mediante un sistema de ventanillas únicas.

Podría suponer un gran beneficio la implantación de un sistema de “ventanillas únicas empresariales”, como modo de informar, también en esta materia, eficazmente al pequeño empresario. La función de las ventanillas únicas empresariales consistiría en apoyar a los emprendedores en la constitución de la nueva sociedad mediante la prestación de servicios integrados de información o asesoramiento y tramitación. Se trataría de informar y orientar al emprendedor en esta primera fase de la constitución de la sociedad, además de en otros aspectos relacionados con su emprendimiento, como, por ejemplo, los medios de financiamiento puestos a su disposición o los incentivos fiscales de los que puede beneficiarse.

Consistiría en un sistema de asesoramiento total o integral para la puesta en marcha de la nueva sociedad. El emprendedor podría, así, conocer de antemano qué requisitos, documentos y trámites ha de obtener y llevar a cabo para el éxito de su “aventura” empresarial, a la vez que recibiría información y asesoramiento de expertos. Dicho sistema permitiría a los socios realizar la mayor parte de los trámites burocráticos en un solo acto o momento.

En su conjunto, el sistema de las ventanillas únicas podría conjugar la instalación de centros presenciales situados en las ciudades junto con una ventanilla única virtual o telemática de fácil y cómodo acceso por Internet. Se seguiría, de algún modo, la organización existente en otros países y, en particular, en España.

El objetivo final del sistema de ventanillas únicas sería acercar la Administración al ciudadano, facilitando la realización de cualquier trámite burocrático que el emprendedor deba realizar para la constitución de la sociedad ante cualquier organismo (Hacienda, Seguridad social, Municipalidad, etc.). De esta forma, en un solo lugar, físico o virtual, y en un solo acto se llevarían a cabo todas las gestiones que de otra forma exigiría mucho tiempo, esfuerzo y dinero para el emprendedor.

En todo caso, no hay que olvidar que en esta iniciativa informativa sería aconsejable sumar los esfuerzos de las distintas Administraciones Públicas, aparte de los de aquellas cámaras de comercio, asociaciones y colegios profesionales que pudieran estar interesados.

**III.B.d)- RELACIONES ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD:
DERECHOS DE LOS SOCIOS**

III.B.d)- RELACIONES ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD: DERECHOS DE LOS SOCIOS

1. INTRODUCCIÓN.

La reactivación de los socios mediante un ágil y eficaz ejercicio de sus derechos es una necesidad sentida no sólo por la doctrina y los agentes argentinos, sino por los más significativos exponentes del Derecho comparado. Las coordenadas sociales, económicas y empresariales del problema, general y compartido por otros ordenamientos, agravan, sin embargo, la situación en el escenario societario argentino. En un entorno de economía informal societaria, el ejercicio de los derechos de los socios debe ser promovido y facilitado para evitar que un progresivo informalismo lo diluya o incluso lo entorpezca.

La ejecución del objetivo general de flexibilización de los mecanismos societarios en materia de derechos de los socios ha optado por aplicarse esencialmente mediante propuestas de tipo procedimental, estructural y operativo (*vid. infra* Órganos sociales), evitando así un replanteamiento de tipo sustantivo del contenido de los derechos. De este modo, se ha decidido partir del régimen general legislativo, jurisprudencial y doctrinal en materia de derechos de los socios, tanto en lo que se refiere a su contenido como a las condiciones de su ejercicio. Con todo, ciertas barreras al ejercicio eficaz y flexible de los derechos de los socios que se han identificado en el diagnóstico del panorama empresarial argentino aconsejan abordar separadamente algunas cuestiones sobre las que sugerir propuestas específicas.

2. POSIBLES BARRERAS DETECTADAS PARA EL EJERCICIO EFICAZ Y FLEXIBLE DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS.

Como es habitual en un estudio comprensivo de un fenómeno socioeconómico y jurídico, los factores identificados son recurrentes y se solapan inevitablemente en el tratamiento necesariamente parcelado de los problemas bajo la guía disciplinaria de una estructura analítica. Los principales obstáculos detectados para el ejercicio eficaz de los derechos de los socios proceden de aspectos procedimentales y organizativos, por lo que si bien conviene citarlos aquí deberán reiterarse necesariamente en el estudio posterior que de tales aspectos se haga (*vid. infra* Órganos sociales).

2.1. Falta de adecuación entre la realidad empresarial y el modelo legislativo de toma de decisiones sociales como obstáculo para el ejercicio eficaz de los derechos de los socios.

Los procedimientos de formación de la voluntad social, que conectan con las cuestiones relativas al ejercicio de los derechos decisorios y participativos de los socios y a los mecanismos de toma de decisiones, revelan una clara inadecuación entre la previsión legal y la realidad societaria de las pequeñas empresas. Este desajuste se acentúa especialmente en las sociedades con escaso número de socios y en las empresas familiares donde la espontaneidad en las relaciones y los lazos personales priman sobre el formalismo procedimental. La rigurosidad y, en ocasiones, la ausencia de alternativa al modelo de Asamblea de socios en los sistemas legales de toma de decisiones en el seno de las sociedades desalientan su cumplimiento y convierten la formación de la voluntad en una ficticia satisfacción de requisitos formales que retardan la operativa empresarial.

Uno de los objetivos que dirige la fase de estudio del panorama argentino y marca las líneas de acción y propuesta es lograr una satisfactoria adecuación de las opciones legales a la realidad empresarial, garantizando, en todo momento, el respeto de los principios rectores del Derecho de sociedades que se justifican en el refuerzo de la seguridad jurídica y del tráfico y en la protección de los intereses de terceros. Bajo este

objetivo subyace la convicción de que sólo con una mirada atenta a la realidad se podrá elaborar una normativa societaria promotora de la iniciativa empresarial. Más aún, un Derecho de sociedades que no entienda la realidad empresarial que regula entorpece el crecimiento económico, desincentiva la inversión extranjera y mina el empleo. Pero, además, en lo que aquí nos interesa, la rigidez normativa en materia de procedimientos de toma de decisiones se erige como serio obstáculo para un ejercicio flexible y eficaz de los derechos de los socios

La flexibilización de la operativa decisoria requiere, de un lado, facilitar el ejercicio de los derechos de los socios, y exige, de otro, mantener el respeto de los intereses de terceros. En el apartado que sigue (*vid. infra* Órganos sociales) se perfila esta idea y se especifican las propuestas para su implementación. En lo que se refiere a los derechos de los socios, se pretende que bajo los nuevos esquemas procedimentales y organizativos, se potencie y facilite su ejercicio.

No obstante, el propio diseño de modelos alternativos de formación de la voluntad social va a dar lugar a la emergencia de intereses y derechos específicos a favor de los socios que merecen en este apartado dedicado a los derechos de los socios, al menos, una mención sucinta.

2.2. Aplicación insuficiente y asistemática de las nuevas tecnologías en todas las relaciones del socio con la sociedad como mecanismo de reactivación de la posición de los socios.

La potencialidad de las nuevas tecnologías como instrumentos de reactivación de la posición de los socios y accionistas en el funcionamiento de las sociedades es indiscutible. El impulso de su incorporación en la vida societaria y la promoción de su buen uso son objetivos prioritarios.

La función facilitadora de las tecnologías en la operativa societaria para el ejercicio de los derechos de los socios es compartida como directriz por el ordenamiento jurídico y su regulación no es, en realidad, desconocida por la normativa argentina. No obstante, puede apuntarse que tales previsiones, aun existiendo, pueden, en cierta medida, acusar una excesiva generalidad y probablemente una cierta falta de sistemática.

La proyectada regulación sobre la admisibilidad del empleo de nuevas tecnologías en la operativa societaria habrá de estar dominada por tres principios: neutralidad tecnológica, equivalencia funcional y autonomía de la voluntad para la contemplación estatutaria de soportes, medios y procedimientos.

La apuesta por las nuevas tecnologías va a ser absoluta e incondicional como objetivo de partida. Sin embargo, en la implementación práctica de esta propuesta no puede desconocerse el riesgo de que el desbalance tecnológico (en materia de acceso, disponibilidad, fiabilidad, coste, rapidez, obsolescencia) y la denominada brecha digital (generacional, económica, empresarial, sectorial, regional) comporten efectos perniciosos sobre la efectividad del ejercicio de los derechos, ocasionando un indeseado entorpecimiento del ejercicio de los derechos de los socios por impracticabilidad técnica.

Para conjurar este riesgo coyuntural, se diseñará (*vid. infra* Órganos sociales) un esquema basado en tres principios básicos: el consentimiento del socio para emplear medios electrónicos en las relaciones con la sociedad; la necesidad de la designación de un medio y dirección de comunicación y su presunción como comunicación fehaciente; y la atribución de la carga de la prueba de la adecuada y temporánea comunicación al organismo convocante.

3. PROPUESTAS ESPECÍFICAS.

Sin perjuicio de que estas propuestas deban leerse para su comprensión completa en conjunción con las que se viertan en materia organizativa y procedimental en el apartado que sigue, conviene, sin embargo, identificar al menos separadamente aquellos elementos que pretenden incidir particularmente en las relaciones socio-sociedad y, sobre todo, en el ejercicio de los derechos de los socios. En este sentido, se desea plantear las siguientes propuestas.

3.1. Como resultado de la aplicación coherente de las nuevas tecnologías, reforzar el derecho de información del socio.

La incorporación de las nuevas tecnologías a la operativa societaria va a incidir de forma evidente en las posibilidades de comunicación, cuantitativa y cualitativa, entre el socio y la sociedad y de los socios entre sí. De forma particularmente destacada, será el derecho de información el que obtenga las ventajas inicialmente más visibles e inmediatas de la aplicación de técnicas comunicativas y de acceso a la información.

Más allá de esta premisa obvia y cuya admisión está ya abrumadoramente extendida, se nos ocurren, al respecto, pertinentes algunas consideraciones referidas a su implementación legislativa y su desarrollo práctico.

En primer lugar, la disposición de técnicas de envío, recepción, acceso e intercambio de información en soporte digital y a través de redes de telecomunicaciones impide que en materia de ejercicio del derecho de información del socio se pueda alegar ahora ninguna restricción de espacio, de tiempo o de disponibilidad. Es decir, no resulta admisible que la información que se proporcione al socio empleando estas tecnologías sea innecesariamente escueta o parcial, que se remita con una tardanza injustificada o que se retire incompresiblemente de los lugares corporativos de acceso en un plazo irrazonablemente breve.

En segundo lugar, sin embargo, si bien consideramos que las nuevas tecnologías van a permitir involucrar casi permanentemente al socio en las cuestiones societarias al poderse garantizar la accesibilidad a la información en tiempo real y la interactividad continua del socio con la sociedad y con otros socios, no podemos eludir la regulación de unos plazos mínimos de antelación en el envío de la información pertinente para la adopción de los acuerdos conforme a los procedimientos de formación de la voluntad social que resulten aplicables. En este sentido, no se han puesto objeciones a continuar aplicando el plazo de puesta a disposición de quince días antes de la celebración del procedimiento de toma de decisiones que corresponda. Al menos este plazo conviene no obviarlo en el supuesto del envío de información relativa a la próxima aprobación de los balances.

En el resto de los acuerdos, no hay motivo para no tolerar plazos menores en aras de una mayor agilización de la operativa societaria y un mayor grado de improvisación siempre que no vaya en detrimento de la protección de los intereses de los socios. Se deberá discutir el modo de articulación de tales plazos: plazo mínimo legal combinado con la fijación de plazos superiores por vía estatutaria o dejación total de los plazos al acuerdo de los socios en estatutos.

3.2. En relación con la previsión de diversos procedimientos de formación de la voluntad, la previsión del derecho a solicitar celebración de la Asamblea.

En el catálogo de procedimientos de formación de la voluntad social que va a diseñarse en el apartado siguiente (*vid. infra* Órganos sociales), se ha optado por incorporar la previsión de sistemas no deliberativos con objeto de lograr una mayor adecuación de los modelos legislativos de toma de decisiones con la realidad empresarial, en especial, de las iniciativas de pequeña dimensión y de base familiar.

En el marco de este tipo de procedimientos no deliberativos, la necesidad de protección del interés del socio o de los socios disconformes o un eventual derecho a ser oído reconocido a favor de los propios socios en supuestos de exclusión o de otros sujetos como administradores o miembros del órgano de fiscalización privada, en casos de remoción, activan la previsión de un derecho específico de los socios en este tipo de procedimientos y ante tales supuestos el derecho a solicitar que el acuerdo se adopte mediante un procedimiento deliberativo.

El efecto de protección de los intereses de los socios que se asocia al acto de reunión y deliberación que implica la celebración de una Asamblea o reunión de socios, nos lleva, incluso, a plantear una amplia generalización de este derecho, de tal modo, que todo socio disconforme con la adopción de un determinado acuerdo por el procedimiento no deliberativo por defecto aplicable gozará del derecho, cualificado o no, de solicitar la celebración de Asamblea o reunión de socios. Si bien esta visión parece inicialmente satisfactoriamente tuitiva para las minorías, puede, sin embargo, ocultar el riesgo de abuso por el minoritario que solicita indiscriminada e injustificadamente la decisión en

Asamblea con el único fin de entorpecer la vida societaria y retardar el procedimiento de toma de decisiones. Por tal motivo, se baraja la posibilidad de aplicar ciertos límites cuantitativos (porcentaje de capital) al ejercicio de tal derecho asegurando la representatividad de la solicitud de celebración de Asamblea.

3.3. El derecho de separación del socio.

El derecho de separación del socio, en su regulación por las normativas vigentes, no es siempre ni en toda su extensión totalmente satisfactorio. Viene cargado de cierta polémica que cuestiona la satisfacción por parte de este instrumento de la propia función tuitiva del socio que abandona la compañía. En definitiva, se llega a plantear si no termina perjudicando siempre al socio saliente. En el centro de esta polémica se sitúa la determinación de las variables de cálculo del valor de la participación de quien sale de la sociedad.

La forma de articular la salida del socio de la sociedad en condiciones procedimentalmente ágiles y económicamente satisfactorias pasa por prever la activación de una obligación de compra de sus participaciones por parte de los demás socios. Se elude la posibilidad de prever la compra por parte de la sociedad como autocartera porque no parece adecuarse bien a este tipo de sociedades el mantenimiento de acciones propias y puede debilitar su solidez financiera. En la regulación de tal obligación de compra sería preciso determinar o dejar a la determinación por los estatutos, bajos unas guías legales o con plena libertad, el procedimiento de adquisición, la fórmula de cálculo del valor de compra, los plazos y, en su caso, el reparto entre los socios interesados en adquirir u obligados a hacerlo.

Además de lo anterior, se considera que la previsión del derecho de separación debe regularse específicamente en los casos: cambio del objeto social y ampliación de capital. Con respecto a este último supuesto, se aporta una sugerente propuesta dirigida a facilitar el crecimiento inicial de las iniciativas empresariales de pequeña dimensión. Se propone fijar un techo cuantitativo (la sugerencia actual es el quíntuplo del capital social inicial) combinado o no con un período temporal (tres o cinco primeros años de actividad) que impida que el socio pueda ejercitar el derecho de separación en tales condiciones, esto es, en la medida que los aumentos de capital no superen el máximo

previsto y no se ejecuten fuera del plazo predeterminado. De este modo, se refuerza el compromiso de los socios con el proyecto empresarial y no se penaliza a este tipo de iniciativas en las fases determinantes de despegue financiero y crecimiento económico.

**III.B.e)- ÓRGANOS SOCIALES:
ASAMBLEA O REUNIÓN DE SOCIOS:
COMPETENCIAS, PROCEDIMIENTOS DELIBERATIVOS Y
NO DELIBERATIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS**

III.B.e)- ASAMBLEA O REUNIÓN DE SOCIOS: COMPETENCIAS, PROCEDIMIENTOS DELIBERATIVOS Y NO DELIBERATIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

1. INTRODUCCIÓN.

La flexibilización de la organización y la operativa societaria interna es, sin duda, una de las estrategias más efectivas de agilización del funcionamiento de la sociedad y de impulso de la iniciativa empresarial. Sin embargo, la simplificación de procedimientos y estructuras en aras de acomodar la normativa de la vida societaria a la realidad empresarial no puede desconocer, en modo alguno, la necesidad de garantizar determinados intereses y derechos de terceros. En este delicado equilibrio se localizan las propuestas que, a continuación, presentamos.

2. POSIBLES BARRERAS DETECTADAS.

2.1. Falta de adecuación entre la realidad empresarial y el modelo legislativo de toma de decisiones sociales.

Como ya advirtiéramos en el epígrafe anterior, se percibe un preocupante desajuste entre la previsión legal de los modelos de toma de decisiones y la realidad societaria. En las sociedades con escaso número de socios y en las empresas familiares, esta inadecuación se agrava hasta convertir los procedimientos de formación de la voluntad social en un cumplimiento ficticio de requisitos formales que cohonesta bien poco con un contexto marcado por la espontaneidad y los vínculos familiares o afectivos.

Las debilidades del panorama normativo y de la práctica empresarial se plantean con respecto a dos órdenes de cosas. En primer lugar, la consideración de que algunos

ordenamientos jurídicos no ofrecen alternativa al modelo único y necesario de la adopción de acuerdos sociales en Asamblea y con reunión. En segundo lugar, la apreciación de que la incorporación de nuevas tecnologías en cualquiera de los sistemas decisorios puede agilizar el proceso de adopción de acuerdos y reactivar la participación de socios o accionistas. Con respecto al primer problema, la legislación argentina ofrece un modelo alternativo por escrito a la toma de decisiones con reunión y en Asamblea que habrá que tenerse en cuenta para incorporarlo directamente en nuestro Proyecto normativo mediante remisión o regulación propia, o para actualizarlo y mejorarlo si las particularidades de las sociedades de pequeña dimensión así lo requirieran. De hecho, con idea de perfilar un poco más esta propuesta, se sugieren más adelante algunas precisiones del modelo.

En lo que se refiere a la incorporación de las nuevas tecnologías en los procedimientos de adopción de acuerdos y con objeto de facilitar el eficiente ejercicio de los derechos de los socios, la normativa argentina prevé, en cierta medida, su regulación, si bien, como ya hemos referido, de forma general y probablemente asistemática.

2.2. Escaso cumplimiento de las obligaciones de documentación de los acuerdos sociales.

Las obligaciones de documentación asociadas al proceso de adopción de acuerdos de los socios y, en su caso, del órgano de administración –redacción y llevanza de libros de actas, llevanza de libros de socios– implican una elevada carga administrativa que desincentiva de forma preocupante su cumplimiento por parte de la pequeña empresa. Más aún, la baja tasa de cumplimiento viene justificada en la práctica empresarial por una pobre percepción de la utilidad práctica de tales obligaciones documentales. En este sentido, el empresario observa con desgano e incompreensión una serie de deberes de los que no cree extraer ventajas y de los que tan sólo derivan costes y cargas.

El Derecho argentino regula las obligaciones de documentación asociadas al proceso decisorio tanto para la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada, en particular. Sin embargo, la realidad empresarial contradice con una práctica

incumplidora y elusiva la utilidad de su previsión y daña seriamente los efectos que a su cumplimiento se asocian, como los relativos a la transparencia de la operativa societaria y a la protección de derechos de socios y terceros.

Con el objetivo principal de flexibilizar la legislación societaria como estrategia de promoción de la iniciativa empresarial, la eliminación de barreras, formalidades excesivas y obstáculos se hace urgente.

En lo que se refiere al funcionamiento de los órganos sociales y las relaciones entre los socios y entre éstos y la sociedad, el análisis del sistema argentino ha revelado un elevado nivel de incumplimiento de las obligaciones relativas a la documentación. El diagnóstico de esta situación identifica dos puntos débiles sobre los que actuar. De un lado, la excesiva carga y el incomprensible formalismo que arrastran estas obligaciones documentales. El objetivo es claro: aligerar estos deberes y desprenderlos de formalidades innecesarias. De otro lado, la percepción desde el empresario que estas obligaciones, engorrosas y costosas, no tienen utilidad alguna. En este aspecto, el objetivo es asegurar que el alivio de las formalidades no implique una merma de la necesaria y exigible transparencia, como mecanismo fundamental de protección de los intereses de socios y terceros y de garantía del buen funcionamiento del mercado.

2.3. Elevada informalidad en la operativa societaria: minimalismo formal.

Como lógico reflejo de un contexto socio-económico marcado por la desconfianza y un panorama empresarial definido por la informalidad societaria, la tendencia al minimalismo formal en la operativa decisoria se acentúa en las empresas de pequeña dimensión y en las de base familiar.

Esta informalidad natural o “formalizada” en la práctica empresarial provoca un deterioro de los principios de transparencia, seguridad jurídica y protección de terceros. Las pequeñas empresas argentinas se encuentran atrapadas en un “mercado paralelo” en el que carecen de muchas de las consecuencias jurídicas propias de la regularidad societaria. En este sentido, un mejor conocimiento de la realidad social y empresarial argentina ha develado un paradójico doble efecto derivado de la informalidad. Si bien, de un lado, la elevada informalidad aparta irremediabilmente al empresario del marco

legal, administrativo y laboral de referencia, de otro, esa informalidad parece haberse convertido en un activo poderoso, aunque frágil, de competencia, pues las serias cargas impuestas por la regularidad suponen una desincentivadora desventaja para las empresas cumplidoras.

2.4. Conflictos entre socios y bloqueo del funcionamiento de la sociedad.

El reducido número de socios y la habitual relación de confianza y cercanía que les une en el seno de una pequeña o mediana empresa son ventajas iniciales para la gestión del negocio que pueden tornarse serios estorbos para el normal funcionamiento de la sociedad si surge el desacuerdo. Los conflictos entre socios pueden fácilmente desembocar en un bloqueo de los órganos sociales que paralice gravemente el mecanismo societario. La oportunidad de prever o, al menos, sugerir instrumentos flexibles, sencillos y ágiles para superar y resolver estos conflictos forma parte de una estrategia más amplia de flexibilización del derecho de sociedades y de promoción de la iniciativa empresarial.

Estas dificultades derivadas del desacuerdo entre los socios se detectan tanto en sede de formación de la voluntad social como en lo que se refiere a la disolución y liquidación. Por ello, las propuestas y sugerencias discutidas al respecto son de aplicación también al apartado del texto relativo a las modificaciones estructurales.

3. PROPUESTAS ESPECÍFICAS.

3.1. Procedimientos de formación de la voluntad social.

Se propone la asunción de un modelo doble de formación de la voluntad social: modelo deliberativo (modelo de Asamblea con reunión) y modelo no deliberativo (de adopción de acuerdos por escrito). La legislación argentina prevé ya un procedimiento por escrito. Junto a ello, el ejemplo de la reciente *Companies Act 2006* británica reafirma la opción por la dualidad de sistemas. Al incorporar la plena equivalencia funcional de las nuevas

tecnologías, la dualidad de modelos que se propone se multiplica dando forma a variados modelos de formación de la voluntad social: mediante Asamblea o reunión de socios, presencial en un lugar físico, mediante Asamblea virtual (foro, plataforma de interacción, recreación tipo *Second Life*), mediante la adopción de acuerdos en papel, mediante emisión simultánea o no del voto sin deliberación a través de la página web, mediante circulación de un documento electrónico por email que se firma sucesivamente por los socios.

Se adopte una u otra opción de política legislativa (remitir o regular), algunas cuestiones se presentan ya como merecedoras de atención para perfilar el procedimiento de adopción de acuerdos por escrito o, en general, no deliberativos. En particular, estas cuestiones aparecen asociadas a los tipos de decisiones que pueden ser adoptadas por este procedimiento y a la regulación de los derechos de minoría cualificada para atraer para el debate y la decisión en Asamblea de determinados acuerdos susceptibles, en principio, de adopción por escrito.

Con respecto a las posibilidades de regulación del voto y su ponderación, no se discute la regla de la proporcionalidad al capital y otras modalidades de cómputo de voto quedan inicialmente descartadas.

El modelo que se propone consta de las siguientes piezas:

Primero, con una regulación amplia y respetando el principio de equivalencia tecnológica, se admitirán los siguientes modelos de toma de decisiones sociales: procedimientos deliberativos con sesión y en Asamblea; procedimientos deliberativos en soporte digital y a través de plataformas de interacción simultánea multilateral; procedimientos no deliberativos en papel; y procedimientos no deliberativos en soporte digital. El reconocimiento pleno del principio de equivalencia funcional evitará que todos estos supuestos deban preverse separadamente para afirmar su validez y eficacia.

Segundo, el ámbito de aplicación de los procedimientos de formación de la voluntad será previsiblemente el siguiente. La adopción de acuerdos por escrito y sin Asamblea será siempre admisible (incluso para la aprobación de balances), salvo que se prevea

otra cosa en los estatutos o deba tratarse alguno de los siguientes asuntos: exclusión de un socio, destitución de un administrador, síndico o miembro del consejo vigilancia, si resultara aplicable (en Argentina las PYMES que ofrezcan públicamente sus acciones y/o valores negociables representativos de deuda en el marco de los regímenes especiales de las Normas CNV "no necesitarán constituir un órgano colegiado de fiscalización"), o ciertas modificaciones estatutarias tales como ampliación o reducción de capital o modificación del objeto social.

En los dos primeros supuestos se considera que ha de protegerse el derecho a ser oído de la persona afectada por la exclusión o la destitución y ello exige la aplicación de procedimientos deliberativos aunque tecnológicamente neutrales. Con todo, aún en el caso de la exclusión de un socio, si se cuenta con el consentimiento de todos los socios, incluyendo al socio que sale de la sociedad, cabe retornar a procedimientos no deliberativos.

Igualmente, en todos los casos, el acuerdo unánime de todos los socios permitirá celebrar un procedimiento por escrito incluso en supuestos en que los estatutos hayan previsto la celebración de Asamblea o reuniones de socios, siempre que no afecte a derechos de terceros que deban ser oídos.

En sentido contrario, la opción prudente por proteger los intereses de un socio disconforme que considere necesaria la deliberación en Asamblea de un asunto aconseja prever un mecanismo que permita atraer a la Asamblea la decisión de acuerdos inicialmente susceptibles de ser canalizados mediante un procedimiento no deliberativo. Este aspecto, sin embargo, deberá ser tratado con sumo cuidado –como ya se ha advertido con anterioridad– pues, de un lado, en sociedades con pocos socios pierde representatividad el fenómeno de las minorías calificadas y, de otro, si bien es un problema difícilmente evitable, siempre está latente el riesgo del abuso de la minoría.

Tercero, el buen funcionamiento de los procedimientos de formación de la voluntad exige prever mecanismos eficaces de notificación o convocatoria. Para ello, se ha diseñado el siguiente modelo que se basa en tres elementos: consentimiento de los socios para emplear un mecanismo de comunicación y recepción de notificaciones determinado (correo electrónico, correo postal, mensaje en teléfono móvil, fax);

designación de una o varias direcciones que permitirán presumir la notificación fehaciente; y carga de la prueba que recae sobre el órgano convocante sobre la efectiva notificación y su correcta y temporánea recepción.

Ello nos conduce, entonces, a otro de los problemas detectados en el funcionamiento de la práctica empresarial y que se refiere a las obligaciones de documentación. En el caso que aquí nos ocupa, se cuestiona, en particular, la necesidad de mantener la llevanza del libro de socios o instrumento equivalente a efectos de garantizar el exacto envío de notificaciones y convocatorias. Se considera que la obligación de llevanza del libro registro de socios no es imprescindible para un adecuado funcionamiento de los procedimientos de formación de la voluntad social, pero algún modo de garantizar el conocimiento del órgano convocante de los socios sí a de buscarse.

Parece preferible optar por imponer, en caso de transmisión, la carga de la comunicación del cambio de titularidad bien al antiguo o bien al nuevo socio, responsabilizándose, uno u otro de informar a tiempo a la sociedad de la nueva dirección designada para recibir notificaciones. De no ser así, el órgano convocante cumplirá con su carga de notificar debidamente y a tiempo si lo hace a la última dirección designada por quien hasta entonces era socio de la compañía.

3.2. Replanteamiento de la rigurosidad de las obligaciones de documentación.

Con el objetivo de flexibilizar la normativa, aligerar la carga formal y lograr una mayor correspondencia con la práctica empresarial, sin descuidar un mínimo de transparencia, se propone replantear la rigurosidad de las obligaciones de documentación (redacción de actas, libros de socios, libros de actas). La legislación española de la sociedad limitada nueva empresa ofrece la opción consistente en hacer voluntaria la elaboración y llevanza del libro registro de socios.

Se puede adoptar esta solución, pero quizá no de forma absoluta. Reconociendo un mayor margen de discrecionalidad al respecto a socios y administradores, su correcto y puntual cumplimiento parece que ha de exigirse como presupuesto o condición de

determinados actos o procedimientos (situaciones de insolvencia, transformación o fusión de la sociedad).

3.3. Solución de conflictos o medidas antibloqueo.

El temor de que la pequeña dimensión de la compañía o los lazos de afectividad que unen a los socios puedan derivar en una paralización de la sociedad por bloqueo de sus órganos decisorios y ejecutivos obliga a plantear la posible previsión de mecanismos ágiles de desbloqueo o reactivación.

Si se opta por establecer mecanismos de solución de conflictos, una de las cuestiones que debe ser discutida es si éstos deben ser previstos en la ley y, en este caso, si su aplicación es voluntaria u obligatoria, o por el contrario, si son mecanismos no establecidos por ley, pero los cuales pueden ser aceptados por los socios por medios contractuales (ej. pactos de socios). A este respecto, se considera que debe optarse por imponer el recurso obligatorio a sistemas de resolución alternativa de conflictos pero sometido al régimen de la jurisdicción que será la que marcará las condiciones de su desarrollo.

Entre los mecanismos que se barajaron, se ha optado por un modelo de mediación vinculante, cuyo fracaso permita a las partes recurrir a la vía jurisdiccional. El recurso al modelo de mediación, en el que podrán participar ampliamente los colegios profesionales, se sustenta en varias consideraciones. Es un modelo ya desarrollado en algunas jurisdicciones. Sin embargo, se sigue contando con la ventaja de la existencia de infraestructura establecida y el conocimiento de la figura. En aquellas provincias que pudieran no contar con una arquitectura institucional en pleno funcionamiento, se dispone, en todo caso, de listas de mediadores

También se consideró la figura del arbitraje, teniendo en cuenta, entre otras razones, que la Inspección General de Justicia contempla expresamente la inclusión de cláusulas arbitrales en los estatutos (SRL, sociedades por acciones y contratos de colaboración empresarial) desde el año 2001, mediante resolución 4/01, que se mantiene en la

resolución 7/05. Asimismo, el proyecto de reforma a la Ley de sociedades de 2005 incorpora el arbitraje.

Junto al diseño de estas figuras, otro de los mecanismos cuya efectividad no puede desconocerse, y que son práctica habitual en otros ordenamientos jurídicos, es el establecimiento de cláusulas contractuales de desbloqueo. Por ejemplo, la previsión del deber de comprar y vender las participaciones, ante la existencia de determinados supuestos fácticos, estableciendo previamente un sistema de cálculo del valor de las participaciones. Si se opta por este mecanismo, será necesario informar a los futuros socios de las posibilidades existentes. Tales opciones contractuales pueden preverse en los estatutos o en pactos parasociales. Su validez y eficacia se verán afectadas en consecuencia.

**III.B.f)- ÓRGANOS SOCIALES:
ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN:
COMPETENCIAS Y FUNCIONES**

III.B.f)- ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN: COMPETENCIAS Y FUNCIONES

Si bien la natural coincidencia de la propiedad y el control en las empresas de pequeña dimensión refleja más bien una característica propia de tales sociedades que un verdadero problema en sí mismo, no puede desconocerse que, de un lado, ciertas distorsiones operativas derivan de una mala concepción del juego propiedad-control y, de otro, que la adopción de medidas adecuadas en esta línea puede tener un visible efecto de flexibilización del funcionamiento societario.

Con respecto al primer problema, recordemos que las empresas familiares argentinas se han visto aquejadas, en ocasiones, por la figura del “patriarca” o “creador” de una empresa familiar quien monopoliza las decisiones empresariales, aglutina el origen de muchas de las debilidades que conducen a las sociedades pequeñas o familiares a la desaparición. Bajo este fenómeno subyace una superposición de propiedad y control que distorsiona los procesos de toma de decisiones y de actuación.

Por lo que se refiere a la segunda de las consideraciones, aceptar o no esta superposición propiedad-control como propia de las empresas familiares y de pequeño tamaño, limitar las posibilidades de organización de la administración o dejarlo en manos de los fundadores o de los socios, elegir entre la profesionalización del negocio o la autogestión son cuestiones que pueden ser relevantes para acompañar una estrategia de flexibilización societaria.

Con todo, en materia de gestión y formas de gobierno de la sociedad, no se sugieren especialidades para el emprendimiento que pretende promoverse. Más bien se opta por conservar las diversas opciones existentes para la organización del órgano de administración y permitir, así, la libre elección entre modelos de autogestión y de heterogestión. De este modo, se pretende favorecer la profesionalización del negocio

también en las empresas pequeñas y, en su caso, esperar a las sugerencias que, en este sentido, se puedan recibir desde el terreno empresarial.

**III.B.g)- ÓRGANOS SOCIALES:
ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN INTERNA:
COMPETENCIAS**

III.B.g)- ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN INTERNA: COMPETENCIAS

El órgano de *fiscalización interna* en el Derecho argentino puede estructurarse por medio de un consejo de vigilancia (socios) o de la sindicatura (abogados o contadores, socios o no), siendo este último instituto el más utilizado en la práctica societaria. La función de la sindicatura es el control de los actos de legalidad del órgano de administración. En el caso del Consejo de Vigilancia a este control se suma el control de gestión.

Si la figura societaria elegida fuese una sociedad de responsabilidad limitada, la fiscalización podría ser optativa (sindicatura o consejo de vigilancia), salvo para las sociedades cuyo capital social superaran el monto determinado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Las sociedades anónimas, por su parte, podrían prescindir de sindicatura si esto estuviera previsto en sus estatutos, salvo que fueran sociedades abiertas.

Ambas sociedades podrían contemplar en sus estatutos un Consejo de Vigilancia prescindiendo de la sindicatura, pero en este caso la sindicatura sería reemplazada por una auditoría anual contratada por el Consejo de Vigilancia.

En el caso de sociedades unipersonales, si se considerara obligatoria una sindicatura (como lo prevé el proyecto de reforma a la Ley de sociedades de 2005) también se podría considerar que fuera acompañada de una auditoría externa.

**III.B.h)- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIVISIÓN DEL CAPITAL
Y
LA PARTICIPACIÓN DEL SOCIO**

III.B.h)- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIVISIÓN DEL CAPITAL Y LA PARTICIPACIÓN DEL SOCIO

1. INTRODUCCIÓN.

Una proporción significativa de los problemas que motivan el presente análisis y las propuestas en él sustentadas se refiere al acceso de las PYMES a las vías de financiamiento. La regulación del contrato de sociedad, así como el consiguiente marco en el que se amparan las relaciones entre los socios, y entre los socios y la sociedad, debe también enjuiciarse desde una perspectiva financiera.

La acotación patrimonial que conlleva el nacimiento de una sociedad no pretende sino servir a la identificación y afectación (a través del reconocimiento de la personalidad jurídica) de los primeros recursos financieros de los que la sociedad dispondrá en forma de capital y, por tanto, de recursos propios. Desde esta perspectiva también puede y debe determinarse en qué medida cada uno de los tipos societarios, o (mejor dicho) su regulación, resultan satisfactorios o pueden ser mejorados.

Un aspecto que en el enfoque descrito se presenta crucial es el del régimen de la división del capital, y de representación y transmisión de las partes sociales, como activos financieros en sentido amplio, es decir, como elementos que determinan el valor y utilidad de la participación del socio en la sociedad, teniendo en cuenta, en especial, que tal participación conlleva (si se quiere contribuir a la estabilidad del capital social) un vínculo de carácter duradero. Uno de los focos de estudio, con las consiguientes posibilidades que ello pueda descubrir, puede centrarse en las opciones que existen para reforzar el atractivo de la participación como activo, por ejemplo, dotándolo de liquidez, sin perjudicar con ellas, tanto su mayor o menor estabilidad, como otros fines que se consideren dignos de protección.

Los dos polos de interés que la lógica expresada ha permitido identificar se refieren al régimen de la división del capital y la representación y transmisión de las partes sociales que resulten de dicha división y, por tanto, constituyan la contraprestación asignada a los socios a cambio de sus aportaciones. Ambos aspectos se hallan íntimamente ligados, y conviene tener presente que el segundo es en buena medida reflejo del primero y de los matices que se reconocen en las relaciones entre socios, en función del cual se priorizan los objetivos a cubrir por el Derecho.

Se puede afirmar con carácter general que la ley configura como sociedades cerradas aquéllas en las que aprecia una más intensa presencia de la confianza entre los socios como factor integrante del elemento causal del contrato de sociedad. En esta categoría se incluyen las sociedades personalistas, así como, de entre las sociedades de capital, la sociedad de responsabilidad limitada. Lo que ello supone en todos los casos es que la transmisión de la participación de un socio a una tercera persona requiere, de diversas maneras, del consentimiento (aún tácitamente manifestado) del resto de los socios, de la sociedad, o de todos ellos.

El margen a la autonomía de la voluntad de los socios para regular este aspecto en sede estatutaria (y ya sea en el momento de la fundación de la sociedad o en un momento posterior) es estrecho y no es el suficiente para que los socios, si no es sobre la base de decisiones puntuales respecto de cada transmisión, hagan libre la transmisibilidad de la participación de cada socio.

Para disfrutar de semejante grado de libertad debe recurrirse a la sociedad anónima. Si bien en ella existe igualmente un margen reservado a la voluntad de los socios que permite alterar esta regla, permite la entrada de nuevos socios en el capital a través de la transmisión de la participación sin necesidad de someterla a la voluntad de socios o sociedad.

La división del capital social, así como la denominación, el régimen de transmisión y la representación de las partes sociales en las que debe identificarse la participación de cada socio (a resultas de dicha división) responden en buena medida a la finalidad y las opciones anteriormente descritas, en función de la orientación que inspira cada uno de los tipos societarios. De este modo, en las sociedades de personas el capital no se divide,

sino que la participación de cada socio, allí donde resulte relevante, vendrá determinada por su aportación al capital (con exclusión de los socios industriales), mientras que las sociedades de responsabilidad limitada las partes o cuotas sociales resultantes de la división del capital no pueden ser representadas. En su condición de conjuntos de derechos o, si se prefiere, de deberes y derechos indivisibles e integrantes de la cualidad de socio, las partes de interés y las cuotas son sometidas al régimen de transmisión propia de la cesión de crédito, eventualmente reforzada con la necesidad de documentar las transmisiones en escritura pública y, en cualquier caso, sometidas a la necesidad de comunicar cada transmisión a la sociedad, como presupuesto de eficacia y a efectos legitimatorios del nuevo socio.

En el régimen propio de las sociedades cuyo capital se representa en acciones los mecanismos en los que se divide el capital y con las que se identifica la participación de los socios responden funcionalmente a la mayor facilidad con que pueden ser transmitidas y, por consiguiente, a su mayor propensión a circular de manera fluida.

Ésta es la inspiración del régimen y mecánica de las acciones, y el recurso a su representación en títulos y, posteriormente, en anotaciones en cuenta. En este último caso, por otro lado, la representación de las acciones y su régimen de transmisión, tienden a reforzar su atractivo como activo o elemento patrimonial, con vistas a la viabilidad de su inserción en los mercados organizados de valores (sociedades anónimas que hacen oferta pública, también llamadas sociedades abiertas), en su vital papel como catalizadores del intercambio. La finalidad principal de dichos mercados no es otro que atraer o canalizar las diferentes formas de ahorro colectivo hacia la inversión en capital, incrementando de este modo las posibilidades de financiamiento de las sociedades.

2. CARACTERIZACIÓN FUNCIONAL DE LA SOCIEDAD Y POSIBILIDADES DE FINANCIAMIENTO.

Las dos variables anteriormente identificadas constituyen parte de los caracteres que mejor revelan la orientación funcional y la utilidad de la sociedad en cada caso escogida en función de los deseos de los socios. En el Derecho argentino, aunque la doctrina no es unívoca, se establece una correspondencia entre el concepto de sociedad anónima

abierta y las que hacen oferta pública de sus acciones o las que están comprendidas en todos los supuestos del art. 299 LSC. Las sociedades anónimas que no entren en estos supuestos se consideran cerradas. Tampoco se consideran sociedades abiertas las sociedades de tipo personalista.

Sin perjuicio de su sentido y su indudable lógica interna, lo cierto es que esta correspondencia puede establecerse en la legislación de manera mucho más flexible, a base de ampliar el margen a la autonomía de la voluntad de los socios, con el único objetivo de aumentar las posibilidades que, en este aspecto, puede ofrecer un concreto régimen societario típico. Con ello, pueden ofrecerse mejores instrumentos que, partiendo de la capacidad de los socios para tutelar sus intereses en las relaciones que como tales puedan entablar en el marco de un contrato de sociedad, contribuyan a mejorar las cualidades funcionales del tipo societario de que se trate con vistas, por ejemplo, a su mayor encaje en determinados mecanismos de financiamiento en forma de capital, en claro beneficio de la empresa, y al mayor atractivo y valor de la participación como activo, en claro beneficio del inversor.

Aplicados estos principios al tipo societario cuya regulación se plantea, desde luego no debe perderse de vista que el objetivo principalmente a cubrir continúa siendo el de proporcionar un marco contractual e institucional idóneo para el revestimiento y amparo de empresas en fase de crecimiento. Partiendo de esa base pueden abrirse varios frentes en los que quizá encontremos motivos suficientes para permitir la introducción en la nueva sociedad los caracteres propios de las sociedades de capital abiertas, con las consecuencias subsiguientes que podamos extraer.

Se podría empezar, por ejemplo, por observar la conducta seguida en el mercado y la nada infrecuente preferencia que los emprendedores muestran por la sociedad anónima (sobre todo, en Buenos Aires) también en casos en los que nos hallamos ante pequeñas o medianas empresas. Se debe seguir, no obstante, por tratar de desentrañar cuál puede ser el sentido de una opción como esta.

El régimen de las sociedades por acciones facilita la entrada, pero igualmente la salida de los socios, y si se trata de sociedades abiertas con probabilidad contribuyen en

medida apreciable a aumentar la utilidad funcional que el régimen aplicable alcanza en relación con determinadas modalidades de financiamiento en forma de capital.

Dichas formas de financiamiento incluyen fenómenos que se ubican todavía fuera de los mercados de valores, tales como pueden ser los *bussines angels* o el capital riesgo. Uno de los aspectos en los que necesariamente se basa este tipo de financiamiento, y que determina las preferencias de sus oferentes, es la capacidad del inversor para realizar plusvalías, lo que depende, entre otras cosas, del grado de liquidez de la participación. Una mayor facilidad para transmitir la participación implica un mayor grado de liquidez.

Entre los mecanismos de salida, en estos casos, se halla precisamente, y probablemente como el preferido por el inversor, el consistente en acudir a los mercados de valores. El recurso a estos mercados, de todos modos, puede resultar atractivo en cualquier momento para la sociedad, también con el objeto de captar financiamiento. Nuevamente, presupuesto necesario para dicho recurso, en uno u otro caso, es que la participación social, en su calidad de activo patrimonial, disfrute un mínimo grado de liquidez.

Una segunda opción que como instrumento para el financiamiento está ganando popularidad y presencia en el extranjero son los mercados alternativos bursátiles (*vid. supra* III.A.2.7). Los mercados alternativos bursátiles, con las diferentes orientaciones que pueden seguir en cuanto a su especialización, están enfocados para funcionar como mercados de capitales preferentemente enfocados hacia las medianas empresas en fase de expansión. El financiamiento del crecimiento de una empresa por este mecanismo requerirá en muchos casos, en especial cuando se haya escogido una sociedad cerrada, la transformación a una sociedad que permita el acceso al mercado, de acuerdo con los requisitos de cotización que resulten aplicables, pero que implicarán la libre transmisibilidad de la participación.

3. OPCIONES LEGISLATIVAS.

Habida cuenta de las opciones descritas, de las finalidades a las que sirven y, sobre todo, del carácter puramente instrumental de los elementos que integran la mecánica de uno y otro tipo de sociedades en el plano en el cual los estamos comparando, salta a la vista que no hay obstáculos técnicos a la posibilidad de crear un tipo societario que pueda configurarse de cualquiera de las dos maneras dependiendo de la voluntad de los socios.

Por otro lado, no debe perderse de vista el hecho de que, en el plano estrictamente funcional, las opciones que un planteamiento como éste podría abrir ya se hallan hasta un cierto punto presentes en el tráfico actual, en el que los socios, en el momento de ser celebrado el contrato de sociedad, pueden escoger (de estar en condiciones de satisfacer en particular los requisitos de capital mínimo) entre diferentes tipos societarios y en estrecha conexión con dicho carácter, cuyo capital se halle dividido en valores mobiliarios o no.

Una vez constituida la sociedad, igualmente los socios pueden, donde el tipo lo permita y en las condiciones en cada caso exigidas, eliminar las posibles restricciones a la transmisibilidad de la participación social, transformar la sociedad a un tipo diferente o resolver su apertura a la oferta pública.

Partiendo de las anteriores cautelas y aclaraciones, se exponen a continuación las líneas que podría seguir la regulación de la transmisibilidad y representación de las partes sociales en las que se divida el capital de la nueva sociedad.

Una opción cuya toma en cualquier caso resulta de afirmaciones previas, y que se considera aconsejada dado el prácticamente nulo recurso a las sociedades de personas que en la actualidad se observa, es la configuración del nuevo tipo como sociedad de capital y, por tanto, su división en partes sociales o acciones, cuyo valor y contenido (derechos) pueden hasta cierto punto variar, pero en cualquier caso indivisibles por la sola voluntad de su titular y acumulables.

3.1 Transmisibilidad de las partes sociales.

La ruptura de los moldes normativos que en la actualidad contraponen los diferentes tipos societarios puede alcanzarse de manera relativamente sencilla en nuestra nueva sociedad para las pequeñas empresas. Bastaría, para ello, dejar a la voluntad de los socios el grado de libertad para la transmisión de la participación social sin mayores restricciones que las derivadas de otros principios vigentes. Entre ellos, se hallan los relativos a la constancia en los estatutos de las posibles restricciones a la transmisibilidad de las partes sociales, así como del procedimiento a seguir para la transmisión cuando existan tales restricciones, y finalmente las limitaciones que se quieran poner al alcance y funcionamiento, tanto de las restricciones como del señalado procedimiento (*e.g.*, prohibición de la obligación de transmitir a un precio diferente del acordado por el socio transmitente, o prohibición de la obligación de transmitir sólo una cierta proporción de la participación).

El desarrollo de esta política y su funcionamiento obligan a plantearse una serie de cuestiones. En primer lugar, y sin perjuicio del margen de libertad descrito, debe contemplarse la posibilidad de establecer desde la ley un marco concreto por defecto. Semejante régimen puede sencillamente prever que, de no pactar los socios otra cosa en sede estatutaria, las partes sociales se considerarán libremente transmisibles. En tal caso, para restringir en medida alguna el acceso de nuevos socios a la sociedad, los socios deberían regular la cuestión de manera expresa.

La opción contraria, es decir, la de establecer restricciones a la libre transmisibilidad por defecto requiere un mayor esfuerzo regulador, en tanto ello hace necesario el establecimiento del contenido y alcance de las restricciones y el procedimiento para la transmisión de la participación del socio.

Cualquiera que sea la opción tomada en este sentido, su articulación técnica puede plantearse igualmente en el marco de otras medidas incluidas en el presente documento. Dicho de otro modo, además de en la ley, el régimen que por defecto se considere conveniente puede plantearse, no como tal en estrictos términos, sino como parte de los estatutos modelo que eventualmente puedan insertarse en el proceso de constitución de

la sociedad (*vid. supra* III.B.c), para en su caso simplificar el contenido de lo que finalmente dispongan las normas.

Partiendo de lo que digan la ley o los estatutos (dentro del margen en aquélla proporcionado), debe igualmente repararse en las condiciones en las que el régimen estatutario o el aplicable por defecto puede ser modificado por los socios mediante acuerdo. A la vista de la especial importancia que la materia puede llegar a adquirir en las relaciones entre socios, las posibilidades a analizar en este terreno se refieren principalmente a las garantías a exigir para la toma del acuerdo de modificación y en concreto, y por encima de las que con carácter general implique el proceso decisorio interno, las relativas a la posibilidad de adoptar el acuerdo en Asamblea o mediante procedimiento escrito (*vid. supra* III.B.e.3.1), y al quórum (en caso de adopción en Asamblea) y mayoría necesarios.

3.2 División del capital y naturaleza, denominación y representación de las partes sociales.

La ampliación del ámbito de libertad de los socios en materias como la naturaleza, la denominación y la representación de las partes sociales en las que se divida el capital y, por tanto, su régimen, es una cuestión que debe plantearse con cautela. Lo que por pronto esto supondría es la desvinculación de este aspecto de los principios configuradores del tipo, y de las características definitorias del carácter y el funcionamiento de la sociedad, si es que no de su propia identidad. De aceptarse una política semejante, además, sus consecuencias deberán ser medidas igualmente en el marco de otras normas y, en concreto, las que puedan regular el régimen de la participación como activo en función de su naturaleza y representación, y ciertos aspectos de las relaciones entre socio y sociedad.

La medida descrita permitiría que los socios pudiesen escoger entre dos opciones de las ya conocidas, cuyo régimen habría de incorporarse, bien de forma expresa (aun con las variantes que se desee introducir, especialmente en el terreno formal o adjetivo), bien por remisión. El contenido mínimo común a todas ellas es la conceptualización de la participación, como parte alícuota del capital y como referencia para la determinación

del alcance de todos aquéllos derechos u obligaciones del socio que dependan de la proporción de su aportación al capital.

Partiendo de la división del capital como característica del tipo, la primera de las referidas opciones consistiría en estructurar la división en cuotas o partes, de naturaleza ajena a la de las acciones u otros valores, y no susceptibles, por tanto, de ser representadas. El grado de coincidencia de este perfil con el de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada es elevado. Sin embargo, con independencia de tal coincidencia y dada la particular identificación de la denominación de la participación con el tipo, para las cuotas o partes sociales de la nueva sociedad a ser regulada podría buscarse una denominación diferente sin causar quebrantos ni fricciones con el resto del ordenamiento (entre las posibles están las que estamos empleando con carácter genérico, “partes” o “cuotas” sociales).

En este caso, las cuestiones que deben ser reguladas, dentro del régimen propio de las partes sociales, se refieren esencialmente a su constancia en los estatutos en todo lo relativo a su existencia y cuantía (y, así, en el Registro Público de Comercio), a la constancia de la identidad de los socios en cada momento, a través de un eventual libro registro de socios y, finalmente, a las formalidades en cualquier caso necesarias para la validez o la eficacia de su transmisión.

La segunda de las referidas opciones sería la consistente en dividir el capital en acciones. La división en acciones, y la sumisión en este caso de las partes o cuotas a dicha categoría de valores mobiliarios se impone como segunda opción en tales términos por varios motivos. En primer lugar, por los objetivos que se persiguen con la apertura de esta opción. Tales objetivos, no son otros que los de dotar de una mayor funcionalidad al tipo societario, sobre todo, para mejorar el acceso a los canales de financiamiento, a través de la posibilidad de reforzar el atractivo de la participación en función de alternativas que incrementen su grado de liquidez partiendo de sus mayores posibilidades de negociación. De estas posibilidades, las sin duda más importantes son las proporcionadas por los mercados de valores. Es la legislación relativa a estos mercados –cuyo objeto y contenido como sabemos cae necesariamente fuera del alcance de una iniciativa como la sintetizada en este documento– la que establece las condiciones de acceso a ellos mediante la determinación tasada de los valores

susceptibles de cotización y negociación. Dicho acceso, cuando se trata de participaciones en el capital de sociedades comerciales, está limitado a las acciones. Esta circunstancia impone la necesidad de recurrir a las acciones, sin poder siquiera, dado el tenor de las normas sobre mercados de valores, cambiar la denominación de las partes (una alternativa, conforme a lo dicho descartada, podría haber consistido en dar otro nombre a las partes sociales, disponiendo, no obstante, su consideración de valores mobiliarios y eventualmente sometiendo en bloque su régimen al de las acciones).

En el marco de esta segunda forma de división del capital pueden quedar incluidas las opciones también existentes en la actualidad para la representación de las acciones. No obstante, han de plantearse aquí ciertas interrogantes y, en concreto, si se debe conservar la posibilidad de emitir títulos en papel o si hay razones que puedan justificar la limitación de los mecanismos de representación de las acciones a las anotaciones en cuenta en el caso específico de la nueva sociedad a regular.

A favor del mantenimiento de todas las posibilidades existentes puede invocarse una vez más el peso que precisamente se le está otorgando a la voluntad de los socios, sobre el presupuesto de su capacidad para regular sus relaciones en la forma que consideren conveniente. Ello, por ejemplo, conservaría el espacio del que actualmente dispone la extendida práctica de optar por la representación en títulos, con el objeto de evitar los costes de los servicios necesarios para la creación y llevanza de un registro de anotaciones en cuenta en una entidad bancaria, para sencillamente no llegar a emitir nunca tales títulos, y así evitar igualmente los gastos asociados a dicha emisión (documentándose la titularidad de las acciones en el libro registro de acciones y en certificados emitidos por la administración de la sociedad).

La pregunta que quizá debamos hacernos, no obstante, se refiere directamente a la conveniencia de tal práctica y, sobre todo, a su verdadera explicación, sentido, y su razón de ser en un tipo societario en el que, a diferencia de lo que ocurre en la anónima, el capital puede alternativamente ser dividido en partes que no admiten (y no necesitan) representación.

Además de estas últimas ideas, no debe perderse de vista que el planteamiento de la posibilidad de introducir las alternativas señaladas está inspirado por el deseo de situar a

la nueva sociedad dentro de las posibilidades de acceso a mercados secundarios de valores. Aunque en la Argentina se permite todavía el acceso a la bolsa de valores aun cuando las acciones estén representadas en títulos o certificados globales, es de esperar que normalmente las sociedades que deseen ver cotizadas sus acciones escojan en la práctica la representación en anotaciones en cuenta.

3.3 Encaje de las diferentes opciones para la división del capital en el funcionamiento del régimen de la sociedad.

La posibilidad de regular una nueva sociedad con diferentes alternativas para la división de su capital no cuenta con precedentes en el Derecho argentino. Lo más cercano que con este perfil podría identificarse es el caso de la sociedad en comandita, que puede constituirse como tal o como sociedad en comandita por acciones. Las diferencias que la regulación de este tipo societario, en sus diversas modalidades, presenta con el esquema que se desarrolla en este documento son, de todos modos, muy notables.

A pesar del tenor que emplea la vigente ley para regular uno y otro supuesto, en el caso de la sociedad en comandita y la sociedad en comandita por acciones se puede hablar de dos tipos diferentes, pues finalmente la división del capital en acciones supone la sumisión de la sociedad prácticamente en bloque al régimen de la anónima desde el momento de su fundación. Lo que ello conlleva, entre otras cosas, es que no se contemple la posibilidad de alterar esta característica durante la vida de la sociedad.

La orientación del sistema que desde aquí se contempla es marcadamente diferente y, otra vez, su articulación técnica obligaría a prestar atención a determinadas cuestiones. En primer lugar, la posibilidad de dividir el capital en acciones adquirirá sentido preferentemente en fase de expansión, en un momento en el que se contemple la entrada de inversores con un perfil financiero concreto, o en el momento (plausible) en que surja la posibilidad de acudir a los mercados alternativos bursátiles con la finalidad también de financiar el crecimiento. Lo cierto, no obstante, es que nada impide que concurran ya en el momento fundacional tales inversores, o que puedan existir sencillamente otros motivos que incentiven a los socios a dividir desde el inicio el capital en acciones.

La duda que esta constatación plantea es si la posibilidad de elección entre las dos formas de dividir el capital que se manejan debe existir desde el momento fundacional o si, por el contrario, debe quedar restringida a un momento posterior, determinado por el tamaño y el estado o la estructura financiera de la sociedad.

En cualquiera de los dos casos, es decir, con independencia de la decisión tomada en el terreno anterior, deberían fijarse las condiciones que determinen, bien en el momento fundacional, bien en un momento posterior, la existencia de la posibilidad de decantarse por la división del capital en acciones.

Dados los intereses que entran en juego (y que como tales deben ser tomados en consideración), en los casos en que el capital se divida en valores mobiliarios (concretamente los de terceros operadores en el mercado de capitales, primario o secundario), en el momento fundacional, de admitirse la posibilidad de elección, debería condicionarse a la aportación de un capital mínimo, no necesariamente coincidente con el capital mínimo que con carácter general eventualmente se fije como condición para la constitución del tipo. De la misma manera, si se permite el cambio a la división en acciones únicamente en un momento posterior, los criterios que se fijen como requisitos para ello deberán contemplar, además de la presencia de un capital social mínimo, el estado patrimonial y financiero de la sociedad, es decir, una cierta relación entre la cifra nominal del capital social y el patrimonio neto contable.

En la aplicación hipotética de este mecanismo, por ejemplo, puede presumirse que en el momento en que se produzca la entrada de un inversor, o el acceso a un mercado bursátil concreto, el posible cambio en la división del capital iría probablemente acompañado de una ampliación de capital. Es importante en tales casos exponer claramente los requisitos que deberían aplicarse a una y otra operación, por vinculadas que puedan hallarse en su materialización práctica. El mero análisis de todas estas posibilidades revela la significativa carga burocrática que este sistema puede llegar a implicar y la delicadeza de su regulación, lo que debe ser tomado en cuenta igualmente para su valoración.

Otras necesidades que impone la introducción de las alternativas anteriores, en cualquiera de las modalidades vistas, son la de regular las consecuencias del abandono

de las condiciones que dan acceso a la división del capital en acciones, los requisitos de los acuerdos que tengan por objeto alterar la forma de dividir el capital, y el grado de homogeneidad exigido para tal división.

Empezando por la última cuestión, la opción más razonable es la de hacer necesaria la homogeneidad total de la división, de manera que quede totalmente eliminado cualquier margen a la coexistencia de acciones y de partes o cuotas sociales de una misma sociedad. En lo que se refiere a las decisiones de la sociedad para los cambios en la división del capital, deberían discutirse las garantías específicas de las que habría de verse acompañado el acuerdo con semejante objeto (conclusión en Asamblea o mediante procedimiento escrito, o únicamente en Asamblea; quórum y mayoría necesaria –o incluso unanimidad–; en caso de ser suficiente una cierta mayoría, posiblemente derechos de separación de socios que hayan votado en contra).

Por último, una materia con cierta dificultad es la de regular los supuestos en los que, estando dividido el capital en acciones, la marcha de la sociedad la sitúa fuera de los requisitos mínimos para tal división. Entre las opciones a contemplar en este caso destacan probablemente las consistentes en el establecimiento de obligaciones específicas de los administradores para que convoquen la Asamblea de socios o en cualquier otro modo permitido propongan el acuerdo necesario para la recuperación de dichas condiciones (en particular el reequilibrio patrimonial necesario), o el dirigido al cambio en la división del capital (con los derechos que para los socios en cualquiera de los dos casos puedan derivarse).

3.4 Aclaraciones.

Deben hacerse en esta sede, por último, una serie de aclaraciones que se refieren al exacto alcance de una regulación en la línea propuesta. Lo que no supone este planteamiento es la alteración de la naturaleza o el contenido sustancial de la participación y de la posición del socio en función del modo de división del capital escogido. Dicho de otro modo, la posibilidad de que los socios dispongan de más de un mecanismo para dividir el capital como cualidad del régimen aplicable al tipo escogido, no tiene por qué afectar a la naturaleza de la participación (conjunto de derechos y deberes integrantes de la condición de socio), ni implicar que puedan alterarse, más allá

de lo permitido por la ley con carácter general, el conjunto y contenido de los derechos y obligaciones del socio por el solo hecho de elegir una forma de división del capital concreta.

La posición del socio, en resumidas cuentas, puede y quizá deba mantenerse insensible a la forma en que se divida el capital y en que, por tanto, se sustancie su participación (en cuotas o partes, o en acciones). Ello sin perjuicio de que dicha posición pueda ser modulada, dentro de un margen más o menos limitado, en aplicación de otras normas del régimen a aplicar (*e.g.*, las relativas a los derechos y obligaciones de los socios).

**III.B.i)- MÉTODOS PARA LA PREVENCIÓN
DE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS**

III.B.i)- MÉTODOS PARA LA PREVENCIÓN DE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS

1. PROBLEMÁTICA ACTUAL.

En el campo de los instrumentos destinados a canalizar y paliar los efectos de la precariedad y el deterioro financiero y patrimonial de las sociedades, las necesidades detectadas en la Argentina derivan de la inexistencia de una herramienta específica pensada para su aplicación en las fases previas al estado de insolvencia o crisis, y con el objeto de tratar de evitar incurrir en él. En el marco de los instrumentos existentes en el ordenamiento argentino, el régimen proporcionado por el Derecho concursal actual constituye una solución mejorable. Aproximadamente el 60% de los acuerdos celebrados empleando los cauces existentes termina en quiebra, y el otro 40% prevé el pago de las deudas a quince años (por tanto, con un aplazamiento excesivo y claramente incompatible con las posibilidades de recuperación y restablecimiento de la situación de crisis en un período razonable).

Aunque estas cifras son aproximadas, en cualquier caso revelan que las alternativas existentes no son una solución muy útil para las PYMES, en la medida en que lo más que logran en la práctica es mejorar las expectativas de supervivencia de la empresa en crisis y paliar los efectos de dicha crisis, pero en cualquier caso con pocas o escasas expectativas de “curación”. Con la finalidad de evitar una quiebra, las PYMES deudoras, en el panorama actual, sólo tienen acceso a las alternativas proporcionadas por el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (en adelante, APE), el concurso preventivo y los pequeños concursos y quiebras. Hay que tener presente que, a pesar de su orientación preventiva en la ley, como sus denominaciones indican, lo cierto es que estas posibilidades están pensadas para las situaciones de crisis ya abiertas, lo que en ocasiones además desemboca en la discusión de si los APEs o concursos preventivos fueron presentados a tiempo o, por el contrario, debe abrirse ya el procedimiento de quiebra.

Los comentaristas en general reclaman la regulación de algún tipo de alternativa para la PYME, de orientación preventiva de la crisis en términos reales, y que le permita, por tanto, abordar las situaciones de dificultad comercial o financiera, como teóricamente debería permitir el APE, pero de manera más barata y desburocratizada.

2. REGULACIÓN DE MÉTODOS PARA LA PREVENCIÓN DE SITUACIONES DE CRISIS ECONÓMICO O FINANCIERA.

Entre las medidas a incluir en el régimen especialmente pensado para las PYMES bajo la regulación de una sociedad específica se contempla también la de dedicar parte de la regulación al diseño de un marco en el que quepan los mecanismos que permitan al empresario hacer frente a las situaciones de dificultad económica o financiera, anticipándose a la crisis en consenso con sus acreedores. El objetivo básico a cubrir es, por ende, el de dotar a la nueva sociedad de un instrumento específico para combatir de manera simple las situaciones de dificultad comercial y financiera, con eficacia verdaderamente preventiva. Este objetivo pretende ser alcanzado con el mayor respeto posible a los esquemas existentes y ya familiares, por tanto, para los operadores; ello en la medida en que el Derecho argentino contiene ya principios y mecanismos que pueden resultar aprovechables en la articulación técnica de la solución finalmente diseñada.

2.1. Caracteres generales del régimen propuesto.

La opción principal en este momento barajada, conforme a las observaciones realizadas al inicio de este apartado, consiste en diseñar un marco basado en la autonomía contractual del empresario deudor y sus acreedores. Un básico carácter contractual es el que tiene otros instrumentos que pueden ser encontrados en el Derecho concursal argentino, que ya han demostrado un cierto grado de utilidad y funcionalidad, pero al mismo tiempo importantes controversias y cierta incertidumbre en su funcionamiento. El esquema seguido en dichos instrumentos consiste en una secuencia que se caracteriza por la negociación o, en cualquier caso, comunicación de las condiciones de un eventual acuerdo, su adopción sobre la base de la doble mayoría, su firma, con homologación y documentación del acuerdo en un instrumento ejecutivo, y finalmente el cumplimiento.

Tanto en el concurso preventivo como en el APE la cuestión central reside en la insinuación o reconocimiento de los acreedores. Ello así, pues sólo los acreedores reconocidos (admitidos o verificados en la letra de la Ley 24.522), formarán la base de cálculo para definir si se han alcanzado las mayorías necesarias para la homologación judicial.

En el primero de aquellos procesos, tras la apertura del procedimiento, se dispone la publicación de edictos a fin de convocar a quienes estén interesados en concurrir al concurso preventivo. Los eventuales acreedores interesados podrán presentar sus títulos al síndico designado por el juez y, tras el vencimiento del plazo para efectuar dichas presentaciones, el funcionario sindical presentará un informe en el que emitirá opinión sobre el grado de admisibilidad de dichas peticiones. Luego, será el magistrado quien decidirá sobre la participación que le pueda caber a ese insinuante en el proceso concursal.

En cambio, en el APE, dicha secuencia de reconocimiento es absolutamente extrajudicial, pues será el mismo deudor quien presentará, directamente al juez, un listado de sus acreedores (el que debiera compadecerse con las registraciones asentadas en sus libros). Solo después de dicha presentación admitiendo o confesando el pasivo que aqueja al deudor, se dispondrá la publicación de los edictos; no ya para convocarlos como en el concurso preventivo, a la eventual y optativa insinuación ante el síndico (figura que, en el caso del APE, no existe), sino para advertir a aquellos eventualmente omitidos en el listado (o confesión del pasivo), de que pueden oponerse o solicitar su inclusión (lo cual será decidido por el magistrado actuante).

Es, por ello, que en cualquiera de esos procedimientos (pero fundamentalmente en el APE), es extremadamente relevante el modo en que se efectúa la publicidad. El mencionado procedimiento ha sido criticado por la doctrina por la escasa difusión e, incluso, ha sido postulada su inconstitucionalidad.

El punto más delicado del tipo de instrumentos contemplados es la protección de los terceros acreedores y, por tanto, las cuestiones relativas, en primer lugar, a su información y convocatoria; en segundo lugar, a la integridad y transparencia del sistema, de manera que quede reforzada en la medida de lo posible su validez y

eficacia, en especial, y en cuestión delicada, a través de su oponibilidad a los acreedores no concurrentes; y en tercer y último lugar, en el grado de ejecutividad del que se dote al instrumento resultante.

Es, por ello, que pensamos que la clave del éxito del sistema finalmente adoptado dependerá de la confianza que entre terceros acreedores sea capaz de generar en su utilidad. Esta confianza dependerá, a su vez, esencialmente de la probabilidad de que sus créditos sean finalmente satisfechos en las condiciones previstas. La adecuada ponderación de los intereses de todos los acreedores exige calibrar el sistema para que los tenga en cuenta en todo su conjunto y se base en la transacción entre deudor y acreedores, pero, para completar el abanico de opciones existentes como una alternativa verdaderamente novedosa, no exija la intervención judicial. La mecánica transaccional supone recurrir al acuerdo entre el deudor y sus acreedores para la cancelación de los créditos existentes con el fin de dar solución a las situaciones de dificultad en manera compatible con la continuidad del normal funcionamiento de la empresa. Esta mecánica debería basarse igualmente en el principio mayoritario.

Una vez aprobado el acuerdo, debe resultar oponible a todos los acreedores, concurrentes o no, y además hallarse documentado en un título ejecutivo, que permita por consiguiente obtener su cumplimiento de manera inmediata. Todo ello, por supuesto, bajo las salvaguardas que permitan a cualquier acreedor, en los momentos para ello señalados, implicarse en el proceso y que, con independencia de su implicación o no, no desconozca sus intereses.

La plasmación de los caracteres precedentemente expuestos, si bien no es sencilla, se considera viable. Las líneas maestras que para alcanzarla se barajan responden a un perfil relativamente claro. El sistema diseñado debe permitir soluciones consensuadas, pero con una amplia mayoría de los acreedores. Dicha mayoría se computaría por cabezas o personas, es decir, por deudores, y no por capital adeudado, con un umbral mínimo (teniendo en cuenta el tamaño medio del empresario contemplado) situado en un setenta por ciento del total de acreedores.

En la fase de obtención del acuerdo, las garantías que se contemplan para la protección de los intereses de los acreedores del empresario se localizan en cinco puntos de atención. El primero de ellos es el que se refiere a la convocatoria de los acreedores para la negociación del instrumento o los instrumentos en que finalmente se materialice el la solución acordada. Un segundo elemento se centra en la intervención de un “facilitador” o “inductor” de la posible solución, cuando empresario deudor y acreedores no consigan llegar a una. En tercer lugar, parte de la atención se centraría igualmente en los requisitos y efectos de la difusión y publicación de la solución o soluciones pactadas. Un cuarto aspecto ha considerar es una vía importante y útil para la protección de los acreedores, y en particular de aquéllos que no se hayan implicado en el proceso ni hayan participado por tanto en su solución, es la de exigir desde la ley, como requisito de validez, que el tratamiento que dicha solución les otorgue se base en el principio de “trato más favorable”. Por último, lo referido a la “oponibilidad” a todos los acreedores (presentados o no concurrentes).

2.2. Convocatoria.

En principio, se desea que el marco diseñado deje un amplio margen al empresario deudor para escoger el modo de convocatoria más adecuado, sin que la norma se refiera a uno o más en concreto, descargando en el deudor la responsabilidad de escoger el que, atendidas las circunstancias, resulte el apropiado de acuerdo con el patrón de diligencia aplicable (*i.e.*, el del ordenado comerciante o empresario). Con todo, el umbral mínimo exigido partiría de un listado de sus acreedores acorde con la información obrante en sus libros contables, con indicación de cómo y a quiénes de ellos convocó y cómo lo ha hecho. La apreciación sobre la utilización de los medios de difusión quedaría en cabeza del mediador o facilitador que actúe en el caso, recomendándose que solo se admitan medios de comunicación nacionales o de amplia difusión pública.

2.3. Intervención de terceros mediadores.

Para los casos en que el empresario deudor no consiga la mayoría requerida se contempla igualmente la intervención de un mediador, árbitro o “facilitador” del acuerdo, designado de entre los cuerpos profesionales con capacitación suficiente para intervenir en este tipo de procesos (Colegios de Abogados, Consejos Profesionales de

Ciencias Económicas, Universidades, etc.) que deberán figurar previamente inscritos en un registro específicamente creado a estos efectos. El procedimiento a seguir por el profesional que intervenga en las condiciones señaladas para la convocatoria de los acreedores debería cubrir al menos las mismas fases que las prescritas al empresario deudor.

2.4. Difusión y publicación de la solución o soluciones consensuadas.

En el marco ideado, la solución o soluciones en cualquiera de las formas precedentes alcanzadas deben ser comunicadas a los acreedores por la vía que resulte apropiada, y además publicadas (con la advertencia de que dicho acuerdo será inscrito y oponible a los acreedores del empresario deudor) en un medio de difusión pública (al menos, durante dos días en el diario de mayor circulación nacional). Ello con la finalidad de convocar a los eventuales omitidos o no atendidos para que (en un plazo de veinte días contados desde la última publicación) se insinúen a los efectos que consideren oportunos, y con la advertencia de que el acuerdo será cumplido en los términos pactados por la mayoría y les será oponibles, aun no habiéndose presentado, en los términos hechos públicos.

2.5. Principio de “trato más favorable” para la minoría disidente o los acreedores no concurrentes.

Un último principio que se considera oportuno observar es el tendente a la protección mínima que en el terreno sustantivo debe proporcionarse a los acreedores no atendidos o disidentes, así como a los no concurrentes. La solución o soluciones alcanzadas deberán desde luego contemplar la satisfacción de los créditos de tales acreedores y, no sólo eso, sino además en las condiciones, plazo y proporción contemplados para el acreedor que, de los adherentes a la solución consensuada, reciba el trato más favorable.

2.6. Aclaraciones.

Lo que busca el esquema propuesto es sencillamente arbitrar un sistema para permitir alternativamente la solución extrajudicial o la negociación de soluciones o acuerdos para la prevención de situaciones de crisis, sobre la base del principio de que lo pactado

con la mayoría en las condiciones exigidas será impuesto a la minoría, también en las condiciones antedichas.

Ello, por otro lado, no debe afectar a la posibilidad de recurrir a cualquiera de las soluciones ya existentes, es decir, tanto el APE como el concurso preventivo. Un punto de extrema importancia también para la correcta delimitación del ámbito de aplicación del nuevo sistema es, nuevamente, el relativo a la exacta definición del ámbito de aplicación del instrumento proyectado y por tanto del mecanismo que en el marco del mismo sea introducido con la finalidad que nos ocupa. Y ello en la medida en que la posibilidad de recurrir a esta nueva manera de solucionar las situaciones de dificultad comercial y financiera debe enmarcarse exclusivamente en dicho régimen específico.

III.B.j)- MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.

III.B.j)- MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

1. INTRODUCCION.

El régimen aplicable a las modificaciones estructurales, donde se incluyen las operaciones de fusión, adquisición, transformación y escisión –así como el relativo a los supuestos de disolución y liquidación, a estudiar en el epígrafe siguiente– puede ser un elemento clave en el incremento del tejido empresarial, en el fortalecimiento de los mercados y en la entrada de nuevos inversores, nacionales o extranjeros debido a que, en definitiva, definen las condiciones de salida del mercado. Pero, a la vez, dependiendo de las características del régimen legal aplicable, puede producirse el efecto contrario por la existencia de excesiva burocracia para la tramitación y ejecución de tales operaciones que implique tiempo y dinero.

Esto significa que, en muchos casos, no pueden llevarse a cabo operaciones que económicamente son rentables (fusiones o escisiones) porque el régimen aplicable a tales operaciones desincentiva su implementación o provoca que existan “sociedades durmientes” ante la complejidad de disolver la sociedad, creando escenarios en donde es preferible dejarla “morir”. Por ese motivo, diseñar una regulación que asegure la realización de modificaciones estructurales con transparencia, legalidad y sencillez en su tramitación, produce, inexorablemente, seguridad y confianza en el mercado, con lo que ello significa.

Uno de los problemas que se plantea en la elaboración de una normativa como la que abordamos, es si la ley que regulará esta nueva sociedad debe ser exhaustiva a la hora de recoger todos los aspectos concernientes a la vida de la sociedad y, en concreto, al régimen legal de las modificaciones estructurales (fusión, escisión, etc.) y de la disolución y liquidación. De esta premisa derivan diversas cuestiones que conducen al planteamiento de tres vías de solución: primera, si se deben prever dentro de la futura normativa el régimen legal regulador de estas operaciones; segunda, si se debe efectuar

una remisión a las actuales leyes del Derecho de sociedades en lo que concierne a las modificaciones estructurales; o bien si conviene aplicar una tercera vía consistente en que en caso de que se lleven a cabo unos tipos de modificaciones estructurales concretas automáticamente la sociedad constituida y regida por la nueva ley saldría de su ámbito de aplicación y pasaría a quedar sujeta al régimen legal vigente actualmente, debiendo decidirse, en este caso, cuál es el tipo societario cuyas normas resultarían de aplicación.

2. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES: DIVERSOS PLANTEAMIENTOS.

2.1. Remisión a la actual legislación.

La primera posibilidad que planteamos en materia de modificaciones estructurales es que su regulación la siga ostentando la actual legislación. De esta forma, la futura ley de la nueva sociedad simplemente realizaría una remisión al actual régimen de modificaciones estructurales que resulte de aplicación al tipo societario que se entienda como supletorio.

El beneficio inmediato que se obtendría aplicando esta opción de remisión se refleja en una mayor sencillez de la nueva ley en su redacción y una mayor brevedad en su contenido. Pero, por otro lado, tal remisión puede acarrear, en algunos casos, falta de coherencia con el espíritu o finalidad que se persigue en la ley, sobre todo, en lo relativo a la subsistencia del carácter del nuevo tipo societario. Mantener el mismo sistema de modificaciones estructurales que el actualmente existente, con su procedimiento, puede implicar que la nueva sociedad diseñada pierda flexibilidad en las diversas fases de crecimiento y reestructuración.

Esta propuesta se concretaría en la remisión en materia de modificaciones a lo establecido actualmente en la legislación aplicable al tipo societario que se considere supletorio. Esta medida habría de venir acompañada de la debida concreción en el instrumento legislativo proyectado de las condiciones objetivas para considerar a una sociedad dentro del ámbito de aplicación de la norma. De esta forma, se puede conocer

de antemano si una modificación estructural de la sociedad puede implicar la pérdida del tipo societario y la salida del ámbito de aplicación de la legislación específica.

Del mismo modo, se podría admitir la posibilidad de establecer este sistema de remisión a la ley de sociedades vigente y aplicable supletoriamente, pero admitiendo a su vez especialidades del nuevo tipo societario, sin romper la coherencia entre el régimen general y la especialidades del tipo. Resultaría de esta versión mixta un panorama ciertamente más complicado en su contenido y confuso en su aplicación, pero se garantizaría de forma más contundente la especialidad del tipo societario y sus particularidades sustantivas o adjetivas.

2.2. Regulación en la propia ley.

Otro sistema que se plantea como alternativa es que la nueva legislación tuviera su propio régimen jurídico en lo relativo a las modificaciones estructurales. De este modo, la coherencia en los objetivos y la finalidad que se persigue con la nueva sociedad no se perderían ni quedarían dañadas.

Los inconvenientes que percibimos en esta opción es que dotar al tipo de un régimen legal propio que regule las modificaciones estructurales puede implicar la redacción de una norma extensa y compleja, contraviniendo la finalidad originaria de aquella.

Por otro lado, podría derivar en una aplicación incoherente de este régimen y complicar extraordinariamente la regulación de una operación compleja y plural, ya que pueden darse fácilmente casos en los que alguna de las sociedades intervinientes en la operación no queden sujetas a la nueva ley, o en los que la sociedad resultante de la operación quede excluida de la ley.

2.3. Sistema de exclusión.

La última propuesta que presentamos a debate es la que denominamos "sistema de exclusión". Consiste en que si una sociedad sometida al régimen de la nueva ley quiere realizar una modificación estructural, automáticamente pasaría a regir su vida social el régimen general de la actual ley del tipo societario que estimemos como supletorio. Se

parece así a la primera opción propuesta, pero impide que tras la realización de la concreta modificación estructural se pueda seguir manteniendo la aplicación de la nueva ley.

De esta forma, quedaría excluida del contenido de la futura ley cualquier regulación relativa a las modificaciones estructurales, salvo aquella cláusula que se refiera precisamente a la aplicación del régimen general de sociedades en lo referente al tipo supletorio para aquella sociedad que pretenda realizar una modificación de este tipo.

El inconveniente que suscita esta opción es que excluye arbitrariamente de la ley sociedades que cumplen los requisitos objetivos de aplicación del nuevo tipo por el mero hecho de haber llevado a cabo una modificación estructural. Esto puede hacer que el marco legal devenga inconsistente y su ámbito de aplicación sea irregular.

Sin perjuicio de lo expuesto y para concluir este apartado de modificaciones estructurales, cabe indicar que podría considerarse, en materia de transformación, la idea de que cualquier sociedad podrá transformarse en nueva sociedad, cuando así lo decida la reunión de socios, mediante acuerdo unánime, por instrumento público o privado, según la figura societaria adoptada, que deberá ser inscrito en el correspondiente Registro.

De igual forma, la nueva sociedad podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en la ley general, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la reunión de socios mediante acuerdo unánime.

III.B.k)- DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

III.B.k)- DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. CAUSAS DE DISOLUCIÓN Y PROCEDIMIENTO LIQUIDATORIO.

Las particularidades de los supuestos de disolución requieren un tratamiento separado al de las modificaciones estructurales. Al igual que el eje de la propuesta legislativa radica en una estrategia de facilitación del proceso de constitución societaria y de su operativa, resulta igualmente conveniente valorar el efecto incentivador que pueda tener la flexibilización de los supuestos de disolución y liquidación en el estímulo de la iniciativa empresarial y en el deseado proceso de regularización societaria. Debe, entonces, alcanzarse un adecuado equilibrio entre la sencillez de los procesos de salida y la debida protección de los intereses de los acreedores y otros terceros.

Este régimen legal de disolución y liquidación pasaría inexorablemente, por un lado, por el establecimiento en la normativa que regulase la nueva sociedad de causas específicas de disolución y, por otro lado, por dotar a los socios de la posibilidad de elegir las causas de disolución aplicable. En definitiva, esta propuesta pasaría por dejar a la autonomía de la voluntad de los socios la posibilidad de incluir como causas estatutarias de disolución, junto a las causas legales que se establezcan en la nueva ley, aquellas otras que más les convengan conforme a sus intereses.

Efectivamente, dado que estamos ante una sociedad creada para una finalidad determinada, parece lógico que se establezcan causas de disolución *ad hoc* distintas a las mencionadas en las leyes generales. Del mismo modo, si lo que se pretende con este proyecto es dotar a la sociedad de un régimen más flexible que permita a los socios personalizar sus intereses, parece igualmente lógico, que aquéllos puedan establecer las causas de disolución que estimen más convenientes, siempre y cuando no sean contrarias a la ley.

Por otro lado, es costumbre empresarial en algunos países dejar “morir” a la sociedad sin recurrir a un proceso adecuado de terminación, ya que el procedimiento de disolución, liquidación y extinción, resulta en muchos casos costoso y complejo. Por ese motivo, deseamos someter a consulta pública si sería conveniente establecer en la legislación que regulara la nueva sociedad, un procedimiento rápido de disolución, liquidación y extinción, evitando, así, la existencia de “sociedades durmientes” y, a su vez, potenciando la seguridad y transparencia del mercado.

IV- ANEXO:
CUESTIONARIO SOMETIDO A CONSULTA PÚBLICA

CUESTIONARIO SOMETIDO A CONSULTA PÚBLICA

PROBLEMÁTICA GENERAL DE LAS PYMES EN ARGENTINA.

1. ¿Está de acuerdo con la visión de que la informalidad en la que actúan muchas pequeñas empresas ha de ser atajada para favorecer la iniciativa empresarial y el desarrollo económico del país?
2. ¿Considera que las dificultades laborales, financieras y fiscales descritas son la base de la problemática general de las PYMES?

MEDIDAS DE APOYO FINANCIERO Y FISCAL A LAS PYMES.

3. ¿Cree necesaria la potenciación del sistema de garantías recíproca mediante el reafianzamiento como medio para facilitar a las compañías de reducida dimensión el acceso al crédito?
4. ¿Ve útil la titulización o securitización de préstamos como instrumento de financiamiento de las PYMES?
5. ¿Piensa que podría encontrar acogida entre las entidades prestamistas y las entidades prestatarias la fórmula financiera de los préstamos participativos?
6. ¿Es de la opinión de que una “cuenta-ahorro empresa” con incentivos impositivos facilitaría la constitución de sociedades comerciales regulares?
7. ¿Opina que la creación de beneficios fiscales a los inversores privados por medio de una “cuenta-ahorro inversión en PYMES” estimularía la actividad de los inversores privados o *business angels*?

NUEVA SOCIEDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA PROYECTADA.

8. ¿Cree que tendría suficiente acogida y difusión una nueva sociedad que se denominara “sociedad para la pequeña y mediana empresa” o “sociedad para la PYME” y cuya abreviatura fuera “SOCIPYME”?

9. ¿Preferiría que la normativa proyectada se remitiera a la vigente definición general de PYMES o que ofreciera una nueva definición al respecto?

RECONOCIMIENTO DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL.

10. ¿Cree necesario reconocer y regular la unipersonalidad de la nueva sociedad?
11. ¿Qué tipo de cautelas y garantías estima que deben exigirse en los casos de unipersonalidad de la nueva sociedad?

CONSTITUCIÓN DE LA NUEVA SOCIEDAD.

12. ¿Está de acuerdo en la existencia de una disparidad en las competencias de las diversas jurisdicciones en la constitución de sociedades?, ¿puede ser ésta una barrera a la flexibilidad?
13. ¿Cree que sería beneficioso buscar uniformidad en las competencias ejecutivas para toda la República Argentina y que ello podría suponer un aliciente para la constitución de sociedades?
14. ¿Considera que el procedimiento actual para constituir una sociedad desmotiva al emprendedor y es dificultoso?
15. ¿Existe, a su juicio, una discrecionalidad asociada al control administrativo de la adecuación entre el capital y el objeto social?
16. ¿Existe hoy un sistema de asesoramiento eficiente sobre constitución de sociedades? ¿Existe una política por parte del gobierno de informar al emprendedor?
17. ¿Sería beneficioso que la constitución de una sociedad se realizara con el cumplimiento de un solo formulario, estableciendo un modelo orientativo de estatutos por los que se rigiera la nueva sociedad?
18. ¿Cree que un capital mínimo es garantía suficiente para los acreedores?
19. ¿Es partidario de establecer un capital mínimo legal para este tipo de sociedad?
20. ¿Opina que sería viable la creación de la nueva sociedad sin necesidad de capital social alguno?
21. ¿Considera que un sistema de publicidad como el propuesto dotará de mayor confianza al mercado?

22. ¿Sería conveniente establecer sanciones a los incumplidores de suministrar los datos para su posterior publicación y, en su caso, de qué tipo?
23. ¿El sistema de ventanilla única propuesto mejoraría la cultura empresarial?

RELACIONES ENTRE EL SOCIO Y LA SOCIEDAD: DERECHOS DE LOS SOCIOS.

24. ¿Considera que las nuevas tecnologías mejoran y dotan de mayor eficacia el ejercicio de los derechos de los socios? ¿Las incorporaría en su sociedad para facilitar las relaciones entre los socios y la sociedad y de los socios entre sí?
25. ¿Cree que el uso y los efectos de las nuevas tecnologías en la operativa societaria deben regularse en la ley o dejarse a su amplia previsión en estatutos?
26. ¿Considera que el derecho a solicitar la celebración de Asamblea de socios debe estar sujeto a ciertas condiciones cuantitativas (porcentaje del capital social) y cualitativas (supuestos previstos legal o estatutariamente)?
27. ¿Considera adecuados los supuestos, las condiciones y el método de cálculo propuestos para el ejercicio del derecho de separación del socio?

ÓRGANOS SOCIALES: ASAMBLEA O REUNIONES DE SOCIOS: COMPETENCIAS, PROCEDIMIENTOS DELIBERATIVOS Y NO DELIBERATIVOS PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

28. ¿Observa ventajas en la aplicación de procedimientos de adopción de acuerdos por escrito frente a la necesaria celebración de Asamblea o reunión de socios, para la toma de decisiones?
29. ¿Considera que hay determinadas categorías de asuntos que deben tratarse y acordarse siempre en Asamblea?
30. ¿Le parece adecuado que por acuerdo de todos los socios pueda optarse siempre por un procedimiento de adopción de acuerdos por escrito?
31. ¿Considera costoso mantener la llevanza de los libros de socios y de actas?, ¿optaría por mantener uno, otro o ambos si la ley le diera la opción?
32. ¿Cómo valora la propuesta de mediación obligatoria o arbitraje previa para supuestos de conflictos entre socios o bloqueo de la sociedad?

33. ¿Qué condiciones exigiría al mediador y al árbitro en el procedimiento para estimarlo atractivo y eficiente?

**ÓRGANOS SOCIALES: ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN:
COMPETENCIAS Y FUNCIONES.**

34. ¿Está de acuerdo en el mantenimiento de los sistemas de gestión y formas de gobierno de la sociedad?
35. ¿Encuentra en los modelos actuales fallos o debilidades que deban solventarse para garantizar una gestión más flexible de las sociedades?

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIVISIÓN DEL CAPITAL Y LA PARTICIPACIÓN DEL SOCIO.

36. ¿Considera útil la toma en consideración de las necesidades financieras de la empresa para determinar el carácter abierto o cerrado de la sociedad?
37. ¿Cuál es su preferencia en lo que respecta al carácter abierto o cerrado de la nueva sociedad?
38. ¿Cuál es el margen de libertad que, en su opinión, debe otorgarse a los socios para determinar la libre transmisibilidad de las partes sociales?
39. ¿Considera útil la posibilidad de escoger entre más de una forma de dividir el capital? ¿Le parece satisfactoria la desarrollada en el texto?
40. ¿Cuáles son las limitaciones que, de admitirla, impondría a la posibilidad de optar entre las dos maneras de dividir el capital propuestas, y sobre la base de qué factores (momento de su existencia, capital y patrimonio de la sociedad, otros factores)?
41. De admitir las alternativas señaladas: ¿Qué medidas estima necesarias en los casos en que se abandonen los requisitos exigidos para la división del capital en acciones?

MÉTODOS PARA LA PREVENCIÓN DE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERAS.

42. ¿Estima satisfactorios para las PYMES los instrumentos que la legislación concursal proporciona para prevención o solución de crisis comerciales y financieras?
43. ¿Considera útil un instrumento preventivo de base contractual como el propuesto en el texto?
44. ¿Resulta satisfactoria la estructura desarrollada y las fases contempladas? En su caso ¿qué modificaría?

MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.

45. ¿Cree que sería conveniente que la legislación proyectada simplemente se remitiera a la legislación vigente en materia de modificaciones estructurales?
46. ¿Considera que la opción de la regulación de las modificaciones estructurales en la nueva ley sería conveniente?
47. ¿La regulación de las modificaciones estructurales en la futura legislación podría provocar conflictos o dudas en su aplicación a sociedades intervinientes en la operación que no reúnen los requisitos para ser consideradas objeto de la nueva legislación?
48. ¿Optaría mejor por el “sistema de exclusión” que por los anteriores?

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.

49. ¿Dejaría un amplio margen a la autonomía de la voluntad de los socios a la hora de elegir las causas de disolución estatutarias que más convengan a sus intereses?
50. ¿Cree que sería conveniente establecer *ad hoc* un procedimiento de disolución para la nueva sociedad?