

**LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO
SOCIETARIO ARGENTINO: LA RELACIÓN
SOCIEDAD-EMPRESA (LEY 19.550)
DESPLAZADA POR EL INTERÉS DEL
INVERSOR (DECRETO 677/01) Y
DISOCIADA A FAVOR DEL NEGOCIO
GRUPAL (ANTEPROYECTO 2003)**

EDUARDO MARIO FAVIER DUBOIS (H)

RESUMEN DE LA PONENCIA

-La globalización económica, que subordina lo político a lo económico, implica una presión sobre el derecho interno de cada estado nacional, incluyendo al derecho societario, para adaptarlo a los paradigmas del mercado mundial, lo que exige una respuesta adecuada.

-la globalización societaria tiende a favorecer la circulación del capital financiero internacional mediante la regulación del gobierno

corporativo, y la actuación de las empresas multinacionales mediante la liberalización en materia de sociedades extranjeras, grupos y sociedad unipersonal.

-nuestro actual régimen jurídico societario responde al modelo institucional cuyo eje es la relación sociedad-empresa.

-el decreto 677/01 desplaza a la empresa por los intereses de los inversores a corto plazo, meramente financieros o especulativos, en desmedro del desarrollo industrial.

-el anteproyecto de ley de sociedades disocia a la empresa de la sociedad cuyo objeto puede ser cualquier negocio en interés de los socios o del grupo societario.

-la respuesta adecuada a la globalización consiste en que cada estado, sin dejar de insertarse en el mundo global, salvaguarde su sistema constitucional de valores y defienda su desarrollo económico lo que en materia societaria implica mantener la relación empresa-sociedad como base del crecimiento y de la generación de fuentes de trabajo.

1. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y EL DERECHO INTERNO

La globalización es un concepto que admite diversas definiciones pero puede aquí describirse como el proceso que, fundado en los avances tecnológicos, principalmente en materia de comunicaciones y transportes, y en determinadas circunstancias políticas (mundo unipolar), va llevando hacia la supresión de las fronteras en las actividades humanas de todo tipo dando paso a un nuevo espacio global y comunicado en todas y cada una de las diversas áreas.

En lo económico, la globalización ha implicado al denominado "globalismo", o sea al proceso por el cual el mercado mundial desplaza a la política en la toma de decisiones relativas a la actividad social.¹

Dicho proceso ha llevado, por un lado, a un incremento sin igual de los intercambios comerciales y financieros, y de las ganancias resultantes, y, por el otro, a un deterioro de la igualdad entre los pueblos y entre las personas, generando exclusión social y marginalidad.

¹ Beck, Ulrich "¿Qué es la globalización?", Barcelona, 1998, Ed. Paidós, pag.17.

Son sujetos activos del "globalismo", y también quienes aprovechan sus consecuencias, los agentes del "capital financiero internacional"² y las empresas multinacionales.

Por su lado, el proceso de globalización económica produce una pérdida del poder del Estado en la vida económica y una constante reducción del empleo y del salario³.

En cuanto a sus postulados, rige el denominado "consenso de Washington"⁴, según el cuál el progreso social no es una prioridad sino una consecuencia del crecimiento económico y existe un modelo único de desarrollo (PENSAMIENTO UNICO), que consiste en la adopción de determinadas medidas de corte neoliberal⁵.

La globalización económica requiere no solo la actuación de organismos internacionales y la aplicación de sus normas, sino también la modificación de los ordenamientos jurídicos locales de cada país para adaptarlos a las reglas del mercado⁶, por lo que presiona sobre éstos⁷.

A esos fines, y en el plano jurídico, se buscan imponer los postulados de la denominada teoría del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO⁸) en cuyos términos la función del Derecho debe limitar-

² Se señalan, fundamentalmente, a los fondos de inversión y pensión, a los bancos de inversión, a las consultoras y a los organismos internacionales de crédito. Ver "Una fenomenología de la globalización desde el punto de vista político-estatal" de Sergio Raul Castaño, ED, año XXXVIII, nro.9982, rev.del 10-4-00, pag.1 y ss..

³ Beck, Ulrich, op.cit.

⁴ Washington: significa el complejo político-económico-intelectual integrado por los organismo internacionales. (FMI, Banco Mundial, BID, Corporación Financiera Internacional, etc.), el Congreso de EEUU, la Reserva Federal, los altos cargos de la administración y los grupos de expertos. El "consenso" fue formulado por John Williamson en 1990. Ver idal Beneyto, José "El desarrollo como negocio", El País, Madrid, 23-2-02, citado por Gabetta, Carlos "Fumándose un puro", Le Monde Diplomatique, año III, nro.34, Abrii 2002, pag.2.

⁵ Liberalización del tipo de cambio (dólar flotante), de las tasas de interés, de las inversiones extranjeras directas (libre entrada y salida de capitales), disciplina fiscal (presupuesto equilibrado), máxima participación en intercambios internacionales y comercio exterior, privatización de las empresas públicas y garantía absoluta de los derechos de propiedad privada.

⁶ Se busca que las legislaciones internas sean compatibles entre si para facilitar el trafico de los negocios. Ver Montoya Alberti, Ulises "La globalización jurídica", RDCO, junio 03, pag.295.

⁷ Tal presión lleva, según Leone Niglia, a la "globalización del derecho privado" cambiando el lenguaje jurídico, que se transforma en económico, sin debate previo, o sea en modo no democrático. Conferencia en la UBA, Derecho, del 18-2-04.

⁸ Se señala como iniciadores de la Escuela del Análisis Económico del Derecho a Ronald H.Coase y Guido Calabresi, destacándose también Richard A. Posner. Ver "Derecho y Economía" de Robert Cooter y Thomas Ulen, , México, Fondo de Cultura Económica, 1998. También Mercado Pacheco, Pedro "El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica", Madrid, 1994, Ed.Centro de Estudios Constitucionales.

se a procurar la eficiencia, o sea reducir los costos de transacción en el mercado y, por ende, debe ser interpretado y justificado según la teoría económica.

Asimismo se propicia la intervención de economistas en las áreas jurídicas.

En orden a lo señalado precedentemente, puede afirmarse que una norma jurídica es globalizadora, o sea que es consistente con la globalización y tiene por objeto ponerla en práctica, cuando:

-Favorece la actuación de los Agentes del Globalismo: EL CAPITAL FINANCIERO INTERNACIONAL y LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.

Tiende a acentuar las consecuencias del Globalismo en cuanto a la REDUCCIÓN DEL ESTADO Y REDUCCIÓN DEL SALARIO.

-Tiende a la puesta en funcionamiento de las pautas del CONSENSO DE WASHINGTON.

-Responde a los postulados del Análisis económico del Derecho sobre reducción de costos e intervención de economistas en las áreas jurídicas.

2.- LA PRESION DE LOS AGENTES DE LA GLOBALIZACIÓN SOBRE EL DERECHO SOCIETARIO

Como se señaló, los dos agentes principales de la globalización son el “capital financiero internacional” y las “empresas multinacionales”.

El primero, configurado por un sistema del que forman parte los fondos de inversión y los fondos de pensión anglosajones, las consultoras, los organismos internacionales de crédito (FMI y Banco Mundial) y los bancos de inversión, tiene como una de sus formas de inversión la adquisición de acciones y de obligaciones negociables de sociedades “abiertas” de todo el mundo.

A esos fines, propugna la instauración de las reglas del buen gobierno corporativo como un modo de tutelar el interés de los inversores en forma global⁹.

Pero dichas reglas (“corporate governance”) deben ser incorpo-

⁹ Velasco San Pedro, Luis “El gobierno de las sociedades cotizadas (corporate governance) en España: El informe Olivencia”, RDCO, nro. 189/192, pag. 40.

radas con mucho cuidado ya que aparecen como la codificación administrativa de una práctica donde los fondos de pensión y de inversión anglosajones logran subordinar, para su beneficio, a fracciones cada vez más importantes del aparato productivo (industrial y de servicios), tanto a escala nacional como internacional, mediante presiones a favor de una gestión de ganancias a corto plazo, favoreciendo la especulación por sobre la producción¹⁰.

Asimismo, los inversores institucionales unen a dicha capacidad para interferir en la esfera productiva una clara tendencia a hacer soportar las pérdidas a otras categorías sociales.

Es por eso que en la incorporación de los principios del “gobierno corporativo” a los países de tradición latina deben evitarse importaciones apresuradas y acríticas¹¹.

El segundo agente de la globalización está constituido por las “empresas multinacionales”.

Se trata de empresas que actúan a nivel mundial, con tendencia a aprovechar las ventajas relativas de cada país en las diversas áreas de su interés (materias primas, mano de obra, servicios privatizados, grados de protección ecológica y de competencia, tipo de cambio, tributación, etc.), cuya facturación anual excede al producto bruto interno de muchas naciones, y que jurídicamente actúan bajo la forma de grupos de sociedades, con filiales y sucursales dispersas por todo el planeta y que contratan entre sí generando los denominados “precios de transferencia”¹².

¹⁰ Farnetti, Richard “El papel de los fondos de pensión y de inversión anglosajones, en el auge de las finanzas globalizadas” en “La mundialización financiera”, Comp.Francois Chesnais, Bs.As., 2001, Ed.Lozada, pag.232.

¹¹ Fernandez de la Gándara, Luis “El debate actual sobre el gobierno corporativo: aspectos metodológicos y de contenido” en “El gobierno de las sociedades cotizadas”, Madrid, 1999, Ed.Marcial Pons, pag.86.

¹² Para un estudio sobre el tema ver:BALESTRA, RICARDO R. "EMPRESAS TRANSNACIONALES. INVERSIÓN EXTRANJERA Y ARBITRAJE", BS.AS.,1995, ED.ABELEDO PERROT.-BLOCH, ROBERTO "LAS EMPRESAS MULTINACIONALES EN EL MUNDO DE HOY", REV.DE DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL, ED. ERREPAR, NRO. 184, T.XV, MARZO 03, PAG.241.-BLOCH, ROBERTO "TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA Y EMPRESAS MULTINACIONALES", REV. DE DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL, ED. ERREPAR, NRO.159, T.XII, FEBRERO 01, PAG.608.-CHUDNOVSKY, DANIEL, KOSACOFF, BERNARDO Y LOPEZ, ANDRES "LAS MULTINACIONALES LATINOAMERICANAS: SUS ESTRATEGIAS EN UN MUNDO GLOBALIZADO". BS.AS., 1999, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.-FAVIER DUBOIS (H), EDUARDO M. "LAS EMPRESAS MULTINACIONALES", REV.DE DOCTRINA

Dichas empresas generan diversos problemas para los países huéspedes, que las requieren por sus aportes de empleo y tecnología y las recelan por su impacto en la balanza de pagos y porque sus intereses no siempre coinciden con los nacionales, lo que ha llevado a múltiples intentos para una regulación internacional, hasta ahora fracasados¹³.

Su presión para la modificación del derecho societario se refleja en la tendencia a favorecer la actuación irrestricta de las sociedades “constituídas en el extranjero”, de los grupos de sociedades y de la sociedad unipersonal.

Dado que el Decreto 677/01 introduce en Argentina las reglas del “gobierno corporativo” y que el Anteproyecto de 2003 regula favorablemente al “interés grupal” y a la “sociedad unipersonal”, ambas normativas aparecen consistentes con la globalización del derecho societario argentino y, como tales, van a ser consideradas en este trabajo.

Finalmente, cabe destacar que en nuestra opinión no resulta correcto importar indiscriminadamente los modelos y criterios desregulatorios de las legislaciones anglosajonas dadas las notables diferencias en las culturas, en el tamaño de los mercados y en el funcionamiento de las economías.

A ello se suma la diferencia en el régimen de sanciones: los países anglosajones poseen un eficaz sistema investigativo, represivo y carcelario para los ilícitos económicos que no existe en el nuestro.

En consecuencia, y hasta tanto ello se logre, resulta necesario mantener regulaciones previas que tutelen determinados intereses colectivos y/o prevengan las inconductas económicas.

3.- EL EJE ACTUAL DEL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO: LA RELACIÓN SOCIEDAD-EMPRESA

La alusión del art.1º de la ley 19.550 a la “forma organizada” “para la producción e intercambio de bienes y servicios” implica una

SOCIETARIA Y CONCURSAL, ED.ERREPAR, SEPTIEMBRE 03.-FERNANDEZ TOMÁS, ANTONIO "EL CONTROL DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES", MADRID, 1983, ED.TECNOS.-

¹³ Ver Molinari, Ignacio “Regulación de Empresas Multinacionales”, Rev.de Doctrina Societaria y Concursal, Ed.Errepar, Bs.As., febrero 04,nro.195, t.XVI, pag.150 y ss.

clara directiva legal relativa a que el objeto de toda sociedad comercial debe ser la explotación de una empresa.

Así lo han entendido calificada doctrina¹⁴ y jurisprudencia que llegaron a considerar que la personalidad jurídica societaria es “inoponible” por “encubrir fines extrasocietarios”, en los términos del art.54, tercer párrafo, cuando la sociedad no realiza actividad empresaria sino que es una mera titular de ciertos bienes o derechos¹⁵.

Incluso en el caso de las sociedades “holding” se las entiende legitimadas sobre la base de que explotarían una empresa en forma “indirecta”, mediante las actividades empresarias de las sociedades controladas (art.33 L.S.).

Adviértase que las inversiones están admitidas en los estados contables societarios sobre la base de que sean ajenas “a la explotación de la sociedad”, o sea que presuponen una actividad empresarial principal (art.63 inc.d, L.S.).

También el fundamento del art.100, relativo a la resolución de la duda a favor de la conservación de la sociedad responde a la conservación de la empresa de la que ella es titular ya que es esta la que se liquida en la disolución social, con el límite mínimo del pasivo social (arts.105 y 109 L.S.).

Queda fuera, por supuesto, la situación del art.3º de la ley 19.550 en tanto claramente excepcional y asistemática.

En mérito a lo señalado precedentemente cabe concluir que la ley 19.550 construyó al interés social como el interés de la empresa respectiva¹⁶.

Ello permite, a título de ejemplo, que una decisión de disolución social que hubiera obtenido el voto mayoritario de los socios en su propio interés pudiera anularse por contrariar al interés empresario en la medida en que se tratara de una empresa económicamente viable.¹⁷

¹⁴ Butty, Enrique M. “Inoponibilidad”, en “D.Societario y de la Empresa”, Córdoba, 1992, t.II, pag.643; Nissen, Ricardo “El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas”, LL, año LXVII, nro.185, rev.25-9-03, pag.1.

¹⁵ Ver C.N.Com., Sala C, 21-5-79, “Macoa”, idem, 10-5-95, “Ferrari Vasco c/Arlington S.A.”, confirmando una sentencia del autor, E.D., sup.”Temas de D.Societario”, 31-10-95, pags.91/95; Sala E, 18-12-00, “Mondine, María c/Lopez, Vicente”.

¹⁶ Otaegui, Julio “Invalidéz de actos societarios”, Bs.As., 1978, Ed.Abaco, pag.81

¹⁷ Zunino, Jorge O. “Disolución y liquidación”, t.2, Bs.As, 1987, Ed.Astrea, pag.44.

4. EL DESPLAZAMIENTO DEL INTERÉS SOCIAL EN EL DECRETO 677/01: EL INTERÉS DE LOS INVERSORES

El Decreto 677/01, que incorporó al derecho societario argentino las reglas del gobierno corporativo, es claramente inconstitucional en tanto se apartó del marco de la legislación delegada al inmiscuirse en materias propias de la legislación de fondo como es el derecho societario¹⁸.

Sin perjuicio de ello, y analizando su contenido se advierte que la alusión relativa a la necesidad de una tutela del “consumidor financiero” (primer considerando) resulta doblemente desafortunada.

En primer lugar, porque el consumidor del capital financiero no es quien lo facilita, el fondo de pensión o de inversión que actúa como dador o productor, sino quien lo recibe para su uso, o sea la sociedad comercial local de la cual se suscriben las acciones u obligaciones.

Y, por el otro, porque las decisiones de inversión de los fondos de pensión no son tomadas por los aportantes (trabajadores o jubilados) sino por el estrato de administradores del mismo, en consonancia con las pautas que fijan los bancos de inversión, las consultoras y los organismos multilaterales de crédito como restantes integrantes del denominado “capital financiero internacional”¹⁹.

Por encima de ello, y en lo que respecta a su contenido, resulta inadmisibles la caracterización del “interés social” como el interés exclusivo de los socios que surge del art.8º inc. a punto I, cuando establece que los administradores deberán “hacer prevalecer, sin excepción, el interés social de la emisora en que ejercen su función y el interés común de todos sus socios sobre cualquier otro interés, incluso el interés del o de los controlantes”.

Ello por cuanto implica una mutación de los alcances del concepto de interés social resultante de la ley 19.550 al establecer la regla de la tutela del inversor institucional mediante un mecanismo por el cual es deber de los administradores la creación de valor para los accionistas de modo de hacer subir el precio de los títulos.

¹⁸ Anaya, Jaime “Los límites de la delegación legislativa (el caso del decreto 677/01)”, E.D., año XL, nro.10.248, Rev.del 24-1-02, pag.1.

¹⁹ Castaño, Sergio R. “Una fenomenología de la globalización desde el punto de vista político-estatal”, E.D. año XXXVIII, nro 9982, Rev.10-4-00, pag.5.

De tal suerte, el Dec.677/01 implicó un cambio del estándar ya que el concepto de interés comprometido deja de ser el interés empresario para ser el exclusivo de los socios medido a través del parámetro de la creación de valor para éstos²⁰.

En consecuencia el nuevo sistema legitima las decisiones de los administradores y socios que solo atienden a las necesidades de ganancia de los inversores a corto plazo aun cuando ello implicara degradación del aparato productivo, del empleo o del medio ambiente, o perjuicios para los acreedores y terceros en general²¹.

5. LA DISOCIACIÓN DE LA RELACION SOCIEDAD-EMPRESA EN EL ANTEPROYECTO DE 2003

El Anteproyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales²², elaborado en el año 2003 por la Comisión creada por Resol. MJDH 112/02, también implica la modificación del eje actual del Derecho Societario argentino.

En efecto, en su artículo primero se establece: “Hay sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios destinados al mercado, participando de los beneficios y soportando las pérdidas, así como también cuando, cualquiera sea su objeto, adoptan alguno de los tipos del Capítulo II...” (el subrayado es nuestro)²³.

De ello se sigue que la noción de empresa deja de tener relevancia en una sociedad que adopta un tipo legal y solo sigue siendo indispensable para la sociedad informal, regulada por el art.21 y stes..

En otras palabras, el Anteproyecto prescinde de la noción de

²⁰ Rovira, Alfredo L. “El interés social: un concepto cambiante en la sociedad abierta que afecta el deber de lealtad de los administradores”, en “VIII Congreso Argentino de Derecho Societario...”, Tomo III, Rosario, 2001, Ed.Univ.Nacional de Rosario, pag.643.

²¹ Ver nuestro trabajo “El gobierno corporativo y la tensión entre intereses dignos de tutela: la creación de valor para el accionista, el mantenimiento del valor para los acreedores y la utilidad social de la empresa para el desarrollo” en “Segundo Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Iguazu 2003” pub. Por Fundación para la Investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, Bs.As., 2003, pag.71 y stes.

²² Ver Anaya, Jaime “Lineamientos del Anteproyecto de Reformas a la ley de sociedades comerciales”, LL, año LXVII, nro.232, rev. Del 2-12-03, pags. 1/5.

²³ Ver Grispo, Jorge D. “El anteproyecto de modificación de la Ley de Sociedades Comerciales y el “nuevo” concepto de sociedad”, ED, año XLI, nro.10.894, rev.3-12-03, pags.1/5.

“empresa” como sustrato necesario y finalidad (causa fin institucional) de la existencia de la sociedad comercial.

En su consecuencia, la sociedad que adopta un tipo legal podrá tener por objeto cualquier “negocio”, “inversión especulativa” o la mera “titularidad improductiva” de bienes o derechos sin que por esto se afecte su personalidad jurídica.

En esto el Anteproyecto se aparta de la tendencia de los proyectos anteriores que, salvo un limitado caso, mantenían la indisoluble relación sociedad-empresa²⁴.

A su vez dicho negocio podrá ser no solo en interés privado de los socios sino también en interés de terceros: los integrantes del grupo societario, cuyo accionar aparece ahora legitimado conforme con los nuevos arts.54 y 59, que admiten el interés del grupo tanto para compensar los daños infringidos a la sociedad, dentro de un plazo determinado, cuanto para juzgar la responsabilidad de los administradores de ésta.

Finalmente, el Anteproyecto admite a la sociedad unipersonal, bajo forma de SRL o de S.A., sin condicionarla tampoco a que tenga un objeto empresario (art.1º in fine), con lo cuál podrán constituirse tantas sociedades unipersonales como bienes, derechos o inversiones posea un sujeto.

De ello se sigue que el Anteproyecto admite la existencia de sociedad comercial, admite a la personalidad jurídica diferenciada, admite la limitación de la responsabilidad de los socios, y admite a la sociedad unipersonal aún cuando no se trate de un emprendimiento socialmente útil como es la empresa.

6.- LAS DIVERSAS RESPUESTAS FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

Existen, en general, diversas posturas posibles frente a la glo-

²⁴ La organización para “la producción o intercambio de bienes o servicios” aparece en el art.1º del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987, en el Proyecto de modificación societaria de 26-9-91, en el Proyecto de unificación de 1993 (O.del D.1322 de Diputados) y en el Proyecto de Unificación (PEN 9-8-93, Senado). Por su lado, el Proyecto de reforma de la Comisión Resol.M.J.465/91 agregaba al art.1º “o a inversión”, con lo que excluía a la empresa solo por tal causa.

balización jurídica.

La primera es la aceptación lisa y llana de sus postulados derogando toda norma limitativa del poder del Mercado y dictando normas tendientes a reducir el costo de las transacciones: las normas jurídicas globalizadoras.

La segunda es un rechazo absoluto a la globalización, cerrando las puertas al mercado mundial y subsistiendo con una económica doméstica ajena al progreso tecnológico y a la riqueza nacida de los intercambios.

En lo que hace a la materia de nuestro estudio, la relación sociedad-empresa, las soluciones dadas por el Decreto 677/01 y por el Anteproyecto 2003 deben ubicarse en la primera postura, o sea, como normas globalizadoras.

Por nuestra parte creemos que existe una tercera respuesta que consiste en un ejercicio crítico que permita tomar lo adecuado y desechar lo inadecuado teniendo como medida tanto los valores constitucionales como los intereses argentinos.

En el caso la respuesta importará una apertura limitada y progresiva hacia cierto nivel de globalización bajo reglas que salvaguarden los intereses nacionales y los valores constitucionales por encima de los intereses del mercado²⁵.

Tal es, a nuestro juicio, la respuesta adecuada en tanto es la Constitución Nacional, a la que estamos sometidos los operadores del Derecho (legisladores, jueces, abogados, etc.) la que fija las relaciones entre la política y el mercado, la democracia y el capitalismo, y entre los valores de la eficiencia (Economía) y la justicia (Derecho)²⁶.

Es que la respuesta constitucional es inequívoca: primero la política, como producto de la voluntad democrática de la ciudadanía orientada al bien común, y luego la economía y el mercado.

Dentro de ese ordenamiento, es función del Derecho garantizar el ejercicio de los derechos y el acceso a los bienes fundamentales que la Constitución y los Tratados incorporados reconocen a toda persona,

²⁵ Ver Morello, Augusto "El derecho en el inicio del siglo XXI", JA, 25-7-01, nro.6256, pag.3, donde critica el triunfo de la economía de mercado sin la presencia equilibradora de lo jurídico, con cita de Bobbio.

²⁶ Ver nuestra editorial "Economía vs.Derecho", Errepar, Doctrina Societaria y Concursal, agosto 02, nro.177, pag.439.

con prescindencia de su posición o exclusión del mercado²⁷.

En dicho contexto, la teoría del "análisis económico del derecho" resulta, a nuestro juicio, inaceptable²⁸ en tanto va en desmedro de aquellos criterios que atienden a la seguridad y a la justicia (²⁹), entendidas como un sistema de valores sociales que incluye la tutela de las personas, como seres humanos, y la prestación a su favor de determinados servicios ordenados al bien común (salud, educación, justicia, seguridad social, etc.) con independencia de su capacidad económica para acceder al mercado (³⁰).

Sobre el punto, dice el maestro Francisco Vicent Chuliá que el análisis económico del derecho "convierte a la ciencia jurídica en una moderna sofisticada al servicio de los poderosos, en una apologética del capitalismo, ya sin enemigo exterior ni interior, y en la legitimación de la pérdida de los valores morales (³¹).

7. EL DEBATE EN MATERIA SOCIETARIA: EL MODELO CONTRACTUAL VS. EL MODELO INSTITUCIONAL

En forma paralela al debate sobre la globalización, existe en nuestro medio, desde hace tiempo, un debate sobre las funciones y alcances del Derecho Societario en el que también se destacan dos posiciones predominantes.

En primer lugar, está la postura de quienes consideran que la sociedad comercial no es más que un mecanismo para reducir los costos de transacción en el mercado, sujeta en sus formas a la conve-

²⁷ Ver Bidart Campos, Germán "La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", JA 2002-II, fac.10, pag.2 y ss., 5-6-02; Perez Hualde, Alejandro "El modelo económico de la Constitución Argentina y la reforma del Estado", en JA 2003-fac.5, pag.52 y ss.,30-4-03

²⁸ Ver nuestro trabajo "La desestimación de la personalidad jurídica societaria como limite al globalismo en la Argentina del siglo XXI", en "Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado", (Vitolo-Embid Iruyo Dir.), Granada, 2003, Ed.Comares, pag.325 y sstes.

²⁹ Ver a la "justicia" como contraposición a la "eficiencia" en los autores citados por Juan Torres Lopez en "Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal", Madrid, Ed.Tecnos, 1987, pag.94.

³⁰ Ver Sir James Goldsmith "La Trampa", Bs.As., 1995, Ed.Atlántida, pag.16; conf. Ernesto Garzón Valdes "El mercado funciona si hay Estado: si no, se anula a sí mismo", Clarin del 22-4-01, pag.32.

³¹ "Introducción al Derecho Mercantil", Valencia, 1999, Ed.Tirant Lo Blanch, pag.63.

nencia de los socios y con riesgos libremente aceptados por los terceros co-contratantes, motivo por el cual se externalizan hacia ellos³².

Esta postura implica la asunción del “modelo contractual” por el cual no existe interés público alguno a tutelar en las relaciones societarias, las que deben quedar libradas al juego del libre mercado, asumiendo cada participante los riesgos de su libertad de elección.

En segundo término, se encuentra la posición de quienes entienden que la sociedad comercial implica una estructura legal e indisponible de reparto de poderes, riesgos y responsabilidades en torno de la empresa, con interés para la tutela de los socios minoritarios, terceros co-contratantes, trabajadores, consumidores y Estado.

También aquí pueden mencionarse posturas intermedias que privilegian a ciertos socios (los inversores, Dec.677/01) o que proponen una determinada fórmula mixta entre el paradigma contractual y el institucional (Anteproyecto 2003)³³.

Dicho debate aparece exteriorizado en las recientes polémicas generadas por algunas resoluciones generales y particulares de la Inspección General de Justicia de la Nación, en tanto están fundadas en el modelo institucional³⁴.

8. EL NECESARIO MANTENIMIENTO DE LA RELACIÓN SOCIEDAD-EMPRESA COMO EJE DEL SISTEMA SOCIETARIO ARGENTINO

Por nuestra parte, somos de opinión que corresponde mantener el modelo institucional aún cuando con alguna flexibilización que lo adecue a los nuevos tiempos, valores económicos y tecnologías³⁵.

Tal adecuación en modo alguno podrá desatender la tutela de

³² Es la postura de la escuela del análisis económico del Derecho. Ver Stordeur-Stordeur “Responsabilidad por infracapitalización societaria: apuntes para un análisis económico” en “Segundo Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Iguazu 2003” pub. Por Fundación para la Investigación y desarrollo de las ciencias jurídicas, Bs.As., 2003, pag.223 y sstes.

³³ Advértase que importa una flexibilización en materia de tipicidad, regularidad, unipersonalidad, colaboración, arbitraje y asambleas (entre otros), y al mismo tiempo establece mayor rigorismo en materia de apariencia, información, registro, extranjeras y capital (entre otros).

³⁴ Ver nuestra editorial “La Inspección General de Justicia”, en Rev.de Derecho Societario y Concursal, Errepar, Marzo 04, nro.196, t.XVI, pag.245.

³⁵ Ver la evolución europea y las diversas alternativas de regulación de las sociedades abiertas y flexibilización de las cerradas en Araya, Miguel C. “Las transformaciones en el Derecho Societario”, RDCO, junio 03, pag.307 y sstes.

los intereses de los socios, sometidos al principio mayoritario, ni de sus herederos y acreedores.

Tampoco los de los acreedores sociales, de los trabajadores y de los consumidores, para los cuales, conforme a principios mundialmente aceptados, debe preservarse el valor de los activos de la empresa siendo responsables los administradores que no lo hubieran hecho frente a la insolvencia³⁶

Finalmente, no podrá dejar de tutelarse la relación sociedad-empresa, desatendida por el Dec.677/01 y por el Anteproyecto 2003, tal como se señaló.

En éste último ámbito deben tenerse en cuenta las directivas constitucionales en materia de política industrial y de desarrollo (art.75 inc.18), de derecho a asociarse con “fines útiles” (art.14), de protección del empleo, del salario y de la participación de los trabajadores en la empresa (art.14bis), de tutela del medio ambiente (art.41) y de los consumidores (art.42).

Lo concluido se potencia en estos momentos en que la Argentina está saliendo de la peor crisis económica de su historia, agravada por la crisis política y social.

De tal suerte, resulta más que nunca necesario el fomentar la creación, no de negocios de especulación como los permitidos por el Decreto 677/01 y por el Anteproyecto, sino de verdaderas empresas con su doble utilidad.

En primer lugar, la utilidad de su efecto económico multiplicador, ya que al actuar en el mercado genera contratos y transacciones con aptitud para crear riqueza.

Y, en segundo lugar, porque la empresa implica, por definición, la utilización de trabajo humano ajeno al de los socios³⁷, o sea que importa la creación de fuentes de trabajo.

Al respecto, no está de más recordar que el problema de un alto

³⁶ Ver la declaración del Banco Mundial de Abril 2001 sobre “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores”, en particular el principio nro.6 sobre “maximizar el valor del activo de la empresa” y el principio nro.7 sobre la responsabilidad de los administradores sociales por las decisiones perjudiciales para los acreedores tomadas con conocimiento o negligencia imprudente.

³⁷ Conf. Halperín-Butty “Curso de Derecho Comercial”, Vol.1, Bs.As.2000, Ed.Depalma, pag.118 nro.46.

desempleo es sin duda uno de los principales males que aquejan a nuestra sociedad donde hoy existe un 17,1% de desocupados y un 37,7% de subocupados, sobre una población activa de 14.000.000, destacándose la grave situación de 1.200.000 jóvenes que no trabajan ni estudian.

9. CONCLUSIONES

Por lo antes señalado y en cuanto al Decreto 677/01, más allá de su inconstitucionalidad, entendemos que la modificación del concepto de “interés social” no puede aceptarse por ser el actual el congruente con las necesidades de desarrollo de Argentina.

Adviértase, al respecto, que la captación de capitales internacionales no debe hacerse a cualquier precio y que en éstos momentos se encuentra en discusión un nuevo “Consenso de Washington” que, ante el fracaso del anterior, buscaría limitar los movimientos de capitales de modo de que se orienten a la producción y no a la especulación rentística.³⁸

Por su lado, el Anteproyecto de 2003 no puede ser admitido en su definición de sociedad (art.1º) ya que al disociar la empresa de la sociedad han perdido justificación social y constitucional los institutos de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad del socio.

Es que si el objeto de la sociedad comercial no va a ser una empresa socialmente útil ¿qué sentido tiene concederle privilegios en materia de personalidad, de organización y de responsabilidad?

En el punto debe tenerse presente que si bien la ley societaria no tiene aptitud para generar por sí misma empresas y empleo, ella constituye un elemento importante del marco institucional que actúa como condicionante de los nuevos emprendimientos.

Por todo ello, estamos convencidos de que el mantenimiento y la creación de empleos es el gran desafío de las sociedades en el mundo globalizado, el que requiere del aporte de los hombres de Derecho.

³⁸ Roffoff, Kenneth, economista jefe del FMI en conceptos vertidos en una conferencia en la Universidad Torcuato Di Tella publicados en el diario La Nación del 3-6-03, Sup.de Economía & Negocios, pag.2.

Y, en nuestra modesta opinión actual, que sometemos a la dialéctica de las ideas, dicho aporte deberá consistir en adaptar nuestras instituciones a la globalización, de modo de participar fructíferamente en ella, pero manteniendo nuestras tradiciones, valores y principios constitucionales, entre los que se cuenta la tutela de la empresa como instrumento del empleo y del salario, a cuyo fin debe mantenerse la actual relación sociedad-empresa en nuestro sistema societario.