

LA NECESIDAD DE CREAR UN GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES A LA LUZ DE LA DOCTRINA DEL MEJOR GOBIERNO CORPORATIVO. (CORPORATE GOVERNANCE)

Raúl Aníbal Etcheverry

Ponencia: debe comenzar a estudiarse una profunda reforma en la administración, gobierno y control de las sociedades comerciales y civiles, cooperativas, asociaciones y otras personas colectivas similares, en base a ciertos principios desarrollados por la doctrina del corporate governance y algunas otras provenientes de la práctica argentina y de los países del Mercosur.

1. Antecedentes

A partir de un Reporte Nacional referido al estado del derecho argentino en el tema del gobierno corporativo, que enviamos al Congreso de la Societe International de Droit Comparee¹, hemos elaborado este trabajo para fundamentar nuestra ponencia que se concreta en la propuesta y el pedido de que los juristas comiencen a preparar una nueva gran reforma del derecho societario argentino.

Es imprescindible que ella se desarrolle en estudios conjuntos con juristas de otros países asociados al Mercosur, que junto al nuestro, forman parte de la región latina de América del Sur, sin descuidar, naturalmente, la evolución del derecho asociativo de los países de la Comunidad Andina de Naciones, con la cual nos integra un tratado específico, firmado como Acuerdo Marco entre el Mercosur y la CAN (Comunidad Andina de Naciones), suscripto en Buenos Aires con fecha 16 de abril de 1998.²

El gran desafío histórico de una Sud América integrada no debe ser ignorado y la oportunidad de comenzar a trabajar ya, no debe perderse; con ella, la armonización del derecho de las empresas, aparece como prioridad uno en el campo mayor de la armonización jurídica general.

Parece pertinente aprovechar lo que ya se ha avanzado en la tarea reformadora del derecho societario de otros países y en especial la fuerte corriente crítica que se ha generado desde hacer varios años en el derecho del Common Law, en especial, los estudios realizados en Estados Unidos y Reino Unido, los cuales se están proyectando al derecho continental europeo por diversas vías. Un extenso y profundo análisis se hace hoy en el derecho italiano por un lado y en estudios especiales que desarrolla la Escuela de Derecho Societario de la Universidad de Valladolid en España.

La gran reforma del futuro se dará, a nuestro juicio en dos campos; uno, referido a la necesaria flexibilidad y amplitud que en el futuro deberá otorgarse a las

¹ En julio de 1998 se celebró el mencionado Congreso, en Bristol, Reino Unido, en el cual fue recibido nuestro trabajo, volcado en la comunicación del Relator Internacional en el tema, profesora Rita Trigo Trinidad profesora en Lausana (Suiza).

² El Acuerdo prevé la creación de una zona de libre comercio entre el Mercosur y la CAN y entre otros objetivos, se establece el de "establecer un marco normativo para promover e impulsar las inversiones recíprocas entre los agentes económicos de las Partes Contratantes".

estructuras asociativas³ y otro a la organización del gobierno corporativo, cuestión que con este modo simple de nombrar una realidad compleja, abarca el tema de la organización, conducción y control de entes colectivos abiertos o cerrados.

Las preocupaciones por establecer nuevas reglas de conducta para las sociedades, es muy antigua, tanto en el derecho anglosajón como en el sistema continental o románico. En Estados Unidos, el proyecto referido a Law Business Associations estuvo en la agenda del American Law Institute, desde que fue organizado en el año 1923. En 1978 se inician formalmente los trabajos de ALI referentes al gobierno de las sociedades con el nombre de Corporate Governance Project, que concluyen en un final draft el 31 de marzo de 1992 llamado “Principios del gobierno de las sociedades: análisis y recomendaciones”⁴.

Señala Eisenberg⁵, que los “principios” no cubren todas las materias del derecho de sociedades o empresas, sino algunos de los temas siguientes: el objetivo y la conducta de las sociedades por acciones, la estructura de ellas, el deber de diligencia y cuidado, el deber de actuar con buena fe, el rol de directores y accionistas con referencia al control y a las ofertas públicas de compra de acciones.

Si bien es cierto que en Argentina no se han desarrollado estudios sobre el corporate governance como tal, ni tampoco se han preparado informes específicos de reforma, no por ello dejan de existir los problemas y cuestiones que ella sugiere e intenta resolver.

Argentina es un país donde desde 1989 se ha dispuesto la mas amplia libertad de comercio con todo el resto del mundo, se ha reformado el Estado, contenido la inflación, adhiriéndonos a las conclusiones de la Uruguay Round y a la creación de la WTO; también se generó un enérgico proceso de privatización, que permitió que la casi totalidad de las empresas de las que era dueña el Estado, pasaran a manos privadas.

Es sabido que la doctrina de la corporate governance, tiene la impronta del sistema jurídico angloamericano, en el cual no se emplean para este tipo de reglas legales, conceptos que signifiquen la sistematización de una figura: lo que se busca, es asegurar mejor el debido control sobre la administración de las sociedades y especialmente de las grandes sociedades que ofrecen sus valores al público en general.

Se persigue un mayor orden, una más transparente administración, un órgano de administración en el cual estén representados todos los intereses de la sociedad; una forma de lograrse es la categorización de los directores: aquellos nombrados por los inversores institucionales, los directores ejecutivos, los que representan a las minorías. Esta corriente está presente también en algunos países europeos, como Italia, Francia⁶, Alemania, el Reino Unido y España.

El sistema argentino de sociedades data de 1972, con una gran reforma en 1981. En él, se ha conseguido la difícil unificación del concepto legal de las sociedades, al unirlas en una ley general, en la cual se establecen reglas comunes tanto para las sociedades simples como para las sociedades accionarias. De este

³ A ello nos hemos referido en el trabajo “Modelo de contrato de colaboración para el Mercosur y Sudamérica” en la obra “Derecho Empresario actual”, ed. Depalma, 1996, p.291 y ss.

⁴ Eisenberg, Melvin Aron “An Overview of the principles of Corporate Governance” *The Business Lawyer* vol.48, August 1993 p. 1272 y ss.

⁵ Obra citada en la nota anterior.

⁶ En este país se elaboró el “Proyecto Marini”, “La modernisation du droit des societes”, Paris, 1996.

modo, la doctrina que estamos examinando podría aplicarse a todo tipo de sociedad, bien que adaptada a la clase de ente colectivo de la que hablemos en cada caso.

También resulta casi redundante hacer notar a los estudiosos argentinos que, el modo de operar establecido para el órgano de administración de las sociedades (de todas) está legislado en sus reglas generales, también unitariamente en la Argentina; se utiliza un standard único para toda clase de administración en todo tipo de sociedad; en la sección VIII de la ley 19550 (en adelante mencionada también como “LS”) señalase que:

1. El administrador o representante de cualquiera de las sociedades, obliga a éstas por los actos que no sean “notoriamente extraños” al objeto social (el objeto social, debe ser, en Argentina, obligatoriamente preciso y determinado). Sin perjuicio de ello, si el administrador, al realizar un acto jurídico, viola una regla interna de la sociedad, tiene responsabilidad frente a los socios (art. 58 de la ley 19550).

2. Cuando el administrador suscriba títulos valores, contratos entre ausentes, de adhesión o contratos hechos mediante formularios, obliga a la sociedad aún en el caso en que la representación o administración sea plural (salvo que el tercero conociera esa representación plural: art. 58 LS).

3. A los administradores y representantes se les exige “obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”(art. 59 LS). Este standard permite evaluar la conducta de los administradores, a los que no se les exige naturalmente el éxito empresario, sino el cuidado y la previsión de alguien que conoce – o debiera conocer– cómo se administra el negocio a su cargo.

4. La responsabilidad que el ordenamiento legal indica, es amplia y compromete el patrimonio personal del administrador. Dice la ley que los que faltaren a sus obligaciones, son responsables en forma ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que causaren con su acción u omisión (art. 59 LS).

Es necesario recordar también, que toda designación o cese de los administradores debe ser inscripta en los registros correspondientes (el Registro Público de Comercio, en la Argentina) y publicarse edictos de tal acto, en el caso de que las sociedades sean SRL o sociedades por acciones. Si éstos trámites no se cumplen, tales nombramientos o ceses, solo tienen efectos entre los socios pero no respecto de terceros.

2 . La Argentina y sus cambios

A diferencia de otras leyes extranjeras, en nuestro país, casi nula la distinción que se establece dentro del directorio (board of directors), entre sus miembros. No la hay entre directores ejecutivos y externos, ni tampoco entre directores de inversores institucionales y otros ejecutivos o representantes de minorías, lo cual representa un pilar de las reformas inspiradas en la corporate governance.

Sí se protege a las minorías de diversas formas, una de las cuales es establecer que ellas tengan representación en el directorio mediante el dispositivo aún no recibido por la práctica, del voto acumulativo o la división de las acciones por clases.

No obstante, en el órgano de dirección no se establecen por la ley las categorías de directores propias de otras legislaciones con sus respectivas obligaciones y misiones dentro de ese cuerpo colegiado. Todos tienen, en principio, una misma calidad y su obligación es personal y solidaria por los actos que realice todo el directorio como cuerpo plural.

Desde 1981, fecha en que se hizo la gran reforma legal de la ley de sociedades comerciales de 1972, las empresas argentinas cuentan con algunas reglas más que buscan lograr parecidos resultados a los que se exponen en el “Code of Best Practice” originado en el Informe Cadbury.

En el año 1991, Argentina avanza en otro proyecto, que fue la de integrarse a sus vecinos Uruguay, Paraguay y Brasil. En ese año, se firma el Tratado de Asunción, mediante el cual se crea una zona de integración progresiva llamada Mercosur (Mercado Común del Sur), cuyo principal logro al presente, ha sido la multiplicación del comercio regional por ocho o nueve veces, desde que el proceso comenzó. Ese Tratado prevé la necesaria armonización de las legislaciones de los Estados miembros, cuestión que aún no se ha cumplido en el campo de las sociedades comerciales o de los negocios asociativos.

Si hacemos un balance de los cambios de Argentina en los años noventa, vemos que ellos han sido muchos y muy fuertes lográndose una base única que en muchos años no se daba, esto es, la estabilización, mediante la ley de convertibilidad⁷ acompañada de un esfuerzo para comenzar a realizar una profunda reforma del Estado. Estas reformas no fueron acompañadas por las profundas reformas necesarias en la legislación privada, habiéndose malogrado los esfuerzos de un distinguido grupo de juristas que trabajaron en reiterados proyectos de unificación y modernización del derecho civil y comercial.

En nuestro tema, pese a que nuestra ley vigente contiene algunas previsiones de avanzada referidas a la transparencia en el gobierno de las sociedades y a la defensa de las minorías, creemos que en nuestro país aún falta hacer una reforma sistémica, que contemple las previsiones de la doctrina de un mejor gobierno corporativo o código de la buena práctica, que comenzaron a estudiar otros países en la década del noventa⁸, con el Informe Cadbury y Greenbury⁹ y el informe Consob, en Italia¹⁰.

En Argentina, como en casi todas las naciones de derecho codificado, es posible fijar normas en este campo pero solo luego de un amplio estudio con apoyo en la práctica, para que ellas sean operativas y no meramente cosméticas.

Es posible afirmar que recién ahora comienza a aparecer entre los juristas, cierta inquietud sobre la insuficiencia de nuestro sistema legal referido a esta temática y empieza en nuestro medio, a pensarse en la reforma de éste derecho, para alinearlos con los más desarrollados del mundo. Esto coincide con nuestro

⁷ Esta ley numero 23.928 del año 1991, dispuso que en Banco Central controlara las reservas y emisión de moneda, que no sería mayor que aquéllas, atándose el peso argentino al dólar norteamericano (su valor, de uno por uno, se mantiene hasta el presente).

⁸ The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Tentative Draft No. 11, April 25, 1991, Philadelphia, 1991.

⁹ Colombero, M. “Le regole di corporate governance nel Regno Unito: il Cadbury Committee e il Greenbury Committee, in Rivista delle società 1996, p.440

¹⁰ Rivista delle società, 1997, p.200 y ss con un comentario de P.Marchietti.

estado de desarrollo y especialmente con el estado de desarrollo argentino dentro de la economía de mercado.

Con las reformas nacionales a la dimensión del Estado, al que se liberó de innumerables empresas, privatizándolas, se produjo una cierta apertura en el derecho de sociedades, el cual admitió novedades tales como el accionariado de empleados y obreros, las existencias de sociedades residuales, las sociedades construidas no en contra pero si apartándose de los tipos previstos por la ley. Un ejemplo paradigmático de esto último es Cammesa, empresa privada que administra el mercado eléctrico mayorista nacional (MEM), que tiene la particularidad de haber sido constituida por ley de la Nación, a la cual se le quitó desde su inicio la posibilidad de lucrar con su actividad. Esta compañía está formada por cinco socios que también tienen caracteres muy peculiares: uno de ellos es el propio Estado Nacional que, aunque tiene en el Directorio poder de veto, no posee mayoría accionaria: los otros cuatro socios, son a su vez, asociaciones (figura en el país que regula las actividades no lucrativas) formadas por empresas o entidades que actúan en cuatro áreas del mercado eléctrico: generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios¹¹. Este tipo de sociedad no se halla prevista en la ley de sociedades comerciales, pero tampoco puede ser considerada nula, como indicaría una análisis solo material y directo de su estatuto, aplicándole el artículo 17 de la ley¹².

En los tres proyectos de reforma de la legislación privada, unificando el derecho civil y comercial que se escribieron en Argentina, no se preveía la modificación de las reglas legales de gobierno, administración y control. Sí en cambio, en varios drafts, se incluyeron normas suavizando o suprimiendo los nocivos regímenes de nulidades y de irregularidad previstos en nuestra ley 19550.

Es necesario que también en la Argentina, además de la labor correctora de la Jurisprudencia y de las resoluciones que dicta la Comisión Nacional de Valores o la Inspección General de Justicia, se establezcan otras en el derecho de fondo, que permitan solucionar o atenuar los problemas que la doctrina de la corporate governance ha puesto sobre la mesa de discusión.

Una regla legal ausente en el derecho argentino, es la previsión sobre el insider trading, normativa que sí existe en el Brasil en su ley de sociedades por acciones.¹³

3. El funcionamiento y los deberes del directorio

La doctrina, interpretando la ley, ha desarrollado el estudio de los deberes y obligaciones que le corresponden al directorio, que debe realizar su trabajo no solamente buscando los beneficios del propio ente y las ganancias de los accionis-

¹¹ Ley 24.065 y Decreto Reglamentario 1398/92.

¹² En muchos trabajos hemos sostenido la inadecuación del régimen de nulidades del derecho argentino referido a sociedades, cuestión de importancia que merece una urgente reforma. Como referencia inicial, ver nuestro trabajo: Etcheverry, Raúl Aníbal "Análisis del sistema de invalidez e ineficacia en la ley de sociedades comerciales" de LL junio de 1973 N° 113

¹³ Ver nuestro trabajo titulado: Etcheverry, Raúl Aníbal "Insider trading in Argentina and Brasil" publicado en Arizona Journal of International and Comparative Law, Universidad de Arizona, Tucson, Arizona 1987, en el cual nos referimos a este tema.

tas (enhancing corporate profit and shareholder gain) sino sugiriéndoles tomar en cuenta principios éticos y permitiendo desarrollar actos en beneficio social (Public welfare, humanitarian, educational and philanthropic purposes). En este sentido podemos decir que algunos principios de la Corporate Governance Doctrine están presentes en el derecho argentino.

Pero Corporate Governance significa también, un correcto equilibrio entre la administración y el control interno y externo, es decir, entre la sindicatura - que en las grandes sociedades es plural - y la administración y el órgano estatal de control externo. Este equilibrio, en nuestro país, no se ha logrado, a nuestro juicio, plenamente, porque esos controles no son totalmente eficaces.

También faltarían normas legales en nuestro sistema que aseguraran el equilibrio entre los que conducen realmente a la sociedad, el presidente, los que actúan como directores ejecutivos y el gerente general y los que poseen poder de administración en un sentido más genérico.

No pueden quedar fuera de esta doctrina destinada a mejorar la eficiencia, la justicia y la corrección del gobierno corporativo, las relaciones entre mayorías y minorías: pero a diferencia de nuestra opinión en los otros temas, éste merece muy pocas modificaciones en la ley argentina.

En cambio sí estamos necesitando legislar sobre un nuevo esquema de las relaciones de grupo, sobre los accionistas externos, sobre una mejora sustancial en el sistema de control interno y sobre la posibilidad de establecer un dispositivo que acepte formas modernas como son las one man companies¹⁴.

Como dice Montalenti¹⁵, en las grandes sociedades, se advierten administradores con función delegada directa, cuya responsabilidad por lo tanto es directa; y hay otros administradores “de asiento” que no por serlo, dejan de tener responsabilidad de control y vigilancia¹⁶. En la ley argentina, se establece que la delegación de ciertos poderes y decisiones del directorio puede hacerse mediante la creación de un comité ejecutivo, lo cual no libera de responsabilidad al resto de los directores; pero no hay distinción de clases de directores. La norma legal que indica expresamente la posibilidad de desmembrar un comité ejecutivo, señala: “Directorio: comité ejecutivo-. El estatuto puede organizar un comité ejecutivo integrado por directores que tengan a su cargo únicamente la gestión de los negocios ordinarios. El directorio vigilará la actuación de ese comité ejecutivo y ejercerá las demás atribuciones legales y estatutarias que le correspondan. Esta organización no modifica las obligaciones y responsabilidades de los directores”.

Esta regla legal debe complementarse en su interpretación, con la establecida en el segundo párrafo del artículo 274 de la misma ley, agregado en la reforma establecida por la ley 22903, que señala:..... “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior (que establece una responsabilidad personal y solidaria) , la imputación de responsabilidad será atendiendo a la actuación individual cuando se

¹⁴ Ver Piaggi de Vanossi, Ana Isabel “Estudios sobre la sociedad unipersonal”, Depalma, Buenos Aires, 1997.

¹⁵ Montalenti P. La riforma della società per azioni, in Rivista della società, 1997, p.716.

hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblea. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo”.

La explicación de esta norma legal, se da en el caso de las grandes sociedades, en que los directores no pueden, al menos no todos ellos, ocuparse o entender en ciertas cuestiones para las cuales no están profesionalmente preparados.

Por otra parte, creemos que debe porporcionarse legalmente muchos más elementos que hacen al derecho de información; ese derecho-deber de estudiar la información que pesa sobre el director, implica el derecho a preguntar, ampliar y profundizar su conocimiento de la realidad de la empresa (duty of inquiry). Cumplirá de ese modo correctamente con su función de vigilancia lo cual implica una tutela indirecta del inversor.¹⁷

En las grandes sociedades, la administración es compleja y en ocasiones altamente preñada de dificultades técnicas. El control se vuelve más difícil, pero ello no releva al director de su responsabilidad. A la vez, la información resulta tan numerosa que en ocasiones es agobiante; entonces aparece el esfuerzo de los niveles gerenciales en resumir información o entregarla en parte, lo cual produce otro tipo de problemas; si el directorio desea pedir más información, puede verse ante un alud de papeles, para leer los cuales deberían emplearse muchísimas horas, lo que naturalmente impide hacerlo detalladamente y a conciencia.

Y si bien los directores pueden pedir aclaraciones o resúmenes, estas aclaraciones contienen el mismo problema que la información toda y es que la generarán los gerentes generales o gerentes de área que a su vez, deben emplear su personal criterio de selección y decidir qué incluyen o no en el informe o en las aclaraciones o ampliaciones.

El volumen de información de las grandes empresas constituye uno de los grandes problemas del siglo que se inicia y que halla su correlato en el volumen de información corriente disponible para los ciudadanos y que en gran medida se origina y apoya en la facilidad de los medios tecnológicos modernos para producir y transmitir información escrita, gráfica, estadística; ello se debe a la existencia de todo tipo de medios modernos, los que además se encuentran en constante desarrollo¹⁸.

Agreguemos a ésto la complejidad que hoy posee el manejo de las grandes empresas, que no solo deben ubicarse en su medio en forma competitiva, sino del mismo modo en el contexto de la economía internacional.

En el derecho argentino, un director puede solicitar de la gerencia o del comité ejecutivo toda la información que desee, pero no será tarea fácil para él, determinar cuál es la información relevante que necesita estudiar y cómo prepararse para enfrentar una cantidad casi inmanejable de información de importancia, para seleccionar aquella sobre la cual va a ejercer su deber de control.

Otro problema es determinar es si la información relativa a actos jurídicos, operaciones o actividad societaria, debe ser suministrada antes o después que los

¹⁶ Art. 2392, 1 Codice Civileitaliano.

¹⁷ Montelenti, op. cit. p. 720.

¹⁸ Solo referido a Corporate Governance en idioma inglés, en un buscador de Internet había más de cuarenta

actos u operaciones se hubieren cumplido. Otro más, es poder determinar cuál es la información a suministrar, ya que parece prudente que ello se refiera solamente a la que sea relevante.

En Argentina, no se ha podido establecer la línea que separa la obligación de informar para quien la tiene y la obligación de controlar en base a esa información, que pesa en cabeza de los administradores de sociedades y empresas¹⁹.

En las grandes sociedades, la información es enorme, inabarcable casi. Se da por supuesto que el director debe estar al tanto de todas las noticias, novedades o recopilación de datos que sea de importancia para desarrollar su tarea, salvo su afectación a un área específica, lo cual debe disponerse, como vimos, por estatuto o resolución expresa de asamblea e inscribirse en el Registro Público de Comercio (art.274). Y aún en un área específica, la información es oceánica si se trata de una gran empresa.

Como consecuencia de ésto, los directores - que lo son, a veces, de varias sociedades grandes - están imposibilitados que estudiar y evaluar todas las decisiones e información que proviene de la línea de gerentes y altos empleados; y lo peor es que ésto también le sucede al gerente general, primer empleado de la empresa casi con categoría de director, que depende de muchos gerentes subordinados para la instrumentación, viabilización y cumplimiento de las decisiones genéricas que dicta el órgano de administración.

Otra cuestión importante, es determinar con qué rigor los tribunales analizarán la conducta de los administradores y de los socios controlantes en las grandes sociedades comerciales. ¿Tendrán la prudencia de no aplicar la ley sin tener en cuenta la doctrina del corporate governance?. ¿Darán prioridad a la omisión o falta de control que se denuncie de los administradores o evaluarán, más allá de las pautas de la ley, reglas de razonabilidad que atenúen esa directa responsabilidad, que por otra parte, es ilimitada y solidaria?.

Este es un tema que recién comienza en Argentina, como lo son, el modo de resolver las eventuales divergencias entre socios y administradores, un mejor equilibrio entre inversores y empresarios, la defensa interna del patrimonio social, la nivelación entre la inversión y la concentración de la propiedad accionaria.

4. Juntas o asambleas

No podemos aquí extender el análisis de los defectos que poseen nuestra asambleas de accionistas, las cuales son, en la mayoría de las empresas, inexistentes como ocasiones de discutir las grandes líneas por donde deben transitar los directores.

Pero es bien sabido que no hay entrenamiento de los accionistas para actuar inquisitivamente en el ámbito de una asamblea, como tampoco se facilitan otros mecanismos de delegación y control asambleario que poseen otras legislaciones.

Es cierto que el poder directorial ha crecido en todo el mundo. Pero también lo

mil trabajos registrados.

¹⁹ Advertimos que cuando nos referimos a empresas o la regímenes asociativos, vamos mas allá de la estructura correspondiente a las sociedades civiles y comerciales, para aludir a cualquier organización

es que la asamblea se ha convertido en un remedo de órgano de gobierno y su mentada – en teoría – naturaleza de “soberana”, es una caricatura en la realidad.

Pues bien; la doctrina del corporate governance nos proporciona también material para reformar los conglomerados de accionistas, permitiendo un mejor funcionamiento de las empresas con una mejor calibración de la emisión de las voluntades de los accionistas de la compañía.

Vuelve a aparecer para las asambleas, la necesidad de un sistema mejor y más completo de información. Ello permite inferir cuál es el centro, a nuestro juicio, de toda la reforma posible y necesaria.

5. Acerca del derecho de información

Como dice Presti²⁰ la expresión “corporate governance” no coincide con la conocida estructura orgánica que ha desarrollado la doctrina para estos entes colectivos, reviviéndose entonces un arcaísmo: la referencia al “gobierno societario”.

Al utilizar este término, no aludimos solamente al órgano de gobierno, sino al funcionamiento completo, integral, sincronizado y transparente de todos los órganos de la sociedad.

En el punto referido al directorio, dejamos abierta la puerta de entrada al tema de la información, desde el punto de vista de un director de una gran sociedad y su tremendo trabajo de estudio y análisis de la misma.

En las grandes sociedades, la doctrina del corporate governance, indica que debe existir un flujo constante, reforzado y específico de información al directorio y en su caso, a la asamblea (es decir, a los socios).

Además, debe limitarse y distribuirse el trabajo del board, aumentándose la frecuencia de las reuniones y creándose comités especiales por funciones, como en el sistema anglosajón: audit, compensation, nominating committes.

En Alemania e Inglaterra se ha establecido también la necesidad de evitar o controlar el extremado riesgo de algunas operaciones, los errores contables o las violaciones a la ley.

Otro dato de la corporate governance doctrine es aconsejar que se aumente la información anual a los socios. En Argentina, en la reforma de 1981 se amplió considerablemente los estados contables que debían prepararse luego de cada ejercicio para que los socios los trataran en la asamblea. Ello no es suficiente ahora.

6. Negocios y estados contables

La más importante reforma de la ley de sociedades comerciales, establecida por la ley 22.903, aprobada por decreto número 841 del año 1984²¹, incorporó diversas modificaciones al texto legal, reglas de control de la documentación y contabilidad, destinadas también a lograr la llamada “imagen fiel” referente a la información societaria, que es enseñada por la doctrina corporativa más moderna.

empresaria colectiva (asociaciones, grupos empresarios, utes, cooperativas, fundaciones,etc.)

²⁰ Presti Gaetano, “Le raccomandazioni Consob nelle cornice della corporate governance” en Rivista delle Società, 1997, p.741.

Junto a la libertad que se establece, destinada a permitir una serie de caminos distintos para llevar las anotaciones contables de las empresas (ordenadores, medios magnéticos, mecánicos u otros, según lo establece el artículo 61 de la ley), se indican dispositivos mediante los cuales debe conseguirse que la contabilidad sea el fiel reflejo de la situación económico- financiera de las empresas. Así, la ley dispone que “el sistema de contabilización (contabilidad) debe permitir la individualización de las operaciones, las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación...”

Otra regla destacable establecida en la mencionada reforma, fue la de exigir estados contables consolidados en los balances de sociedades controlantes (artículo 62), regla que protege a las minorías de esas sociedades.

Otras disposiciones, muy detalladas, contiene la ley respecto de los balances, estados de resultados, notas complementarias y memoria, que en el derecho argentino son los documentos mínimos exigidos a todas las sociedades por acciones.

El artículo 70 de la LS, dispone sobre las reservas que las sociedades deben tener, para asegurar la solidez de su patrimonio. Esta es una regla clara de protección a los terceros y especialmente, a los acreedores de la sociedad.

Los artículos 68, 69 y 72 demuestran en su texto, cuál es la preocupación de la ley argentina respecto de la correcta administración de las empresas por parte de sus directivos. Dichos artículos establecen: artículo 68: “Dividendos-. Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente , salvo en el caso previsto en el art. 224”.

“Las ganancias distribuidas en violación a esta regla son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el art. 225”.

Art. 69: “Aprobación, impugnación-. El derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, es irrenunciable, y cualquier convención en contrario es nula”.

Art. 72: “Responsabilidad de administradores y síndicos-. La aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberalización de responsabilidades”.

Además de todo lo dicho, las modificaciones de 1981 buscaron ampliar la veracidad y fidelidad de los registros e información y a la vez pretendieron conseguir mayor amplitud en los estados contables. La información, pasa así a ser un elemento privilegiado, tal como se ve en la tendencia del derecho comunitario europeo en materia de entes colectivos.

7. Derecho a la información y accionista

Es necesario aumentar la información para el accionista. Se hace preciso que quien invierte en una empresa, sepa como cumplen con sus deberes quienes administran su patrimonio.

Esto se da con mayor amplitud en las sociedades anónimas más grandes, coticen o no en la Bolsa.

El accionista tiene deberes muy débiles para con la sociedad. Posee en la Argentina la facultad de desentenderse de responsabilidad, salvo casos extremos o en fallos que por ahora son excepción.²²

Con el cuidado y la prudencia que se requiere no desvirtuar el sistema de limitación de la responsabilidad el accionista que posea mas información, debe ser partícipe de mayor responsabilidad.

No es posible ampararse en la ley para que dueños de empresas pobres, sean ricos que defrauden a los acreedores. Es cierto que esta cuestión es delicada, pero una correcta aplicación de la doctrina que estamos estudiando, concurre a un fin de justicia y equidad.

8. Reorganizar el control

La Argentina ha establecido para las sociedades, diversas formas de control: no obstante, son muchos los autores de doctrina que critican al régimen por insuficiente. Personalmente, nosotros entendemos que el control interno de las sociedades argentinas es, cuanto menos, tibio, sino complaciente.

Si nos referimos al control genérico, internamente, las sociedades menores son controladas por sus propios socios (art. 55 LS) y las mayores por un sistema que puede variar en intensidad y complejidad.

Pese a ello, nuestra opinión es que no se ha podido independizar el control sindical de las sociedades mayores, de la influencia del directorio y de las mayorías asamblearias, ya que éstas nombran a los síndicos, que, a pesar de ser profesionales, de algún modo responden a la mayoría del directorio y de los accionistas que los elige.

El control contable en Argentina, es igual que el italiano y a diferencia de USA, el Reino Unido, Francia y Alemania que lo hacen desde el exterior de la sociedad, en nuestro país es interno, realizado por un funcionario llamado síndico o por un colegio sindical en ciertos casos.

Analizaremos los dos tipos de control existentes en el sistema argentino.

A) Control interno

El órgano de control interno, puede ser la sindicatura o el consejo de vigilancia en la Argentina. Los socios pueden elegir el sistema de control que será uno u otro o incluirá a ambos.

La sindicatura debe estar constituida por un profesional abogado o contador o resultar una sociedad de responsabilidad ilimitada constituida por éstos.

El consejo de vigilancia estará formado por socios elegidos al efecto.

Las funciones de los síndicos, están establecidas en el artículo 294 de la ley 19550 de sociedades comerciales y ellas son las siguientes:

“- Son atribuciones y deberes del síndico, sin perjuicio de los demás que esta ley determina y los que le confiere el estatuto:

1) fiscalizar la administración de la sociedad, a cuyo efecto examinará los

²¹ Publicada en el Boletín Oficial del 30 de marzo de 1984.

²² Ver los autos “Duqueslys c/Fuarsa y otro” resueltos por la Cámara del Trabajo en la sala III, con nota

libros y documentación siempre que lo juzgue conveniente y por lo menos, una vez cada tres meses;

2) verificar en igual forma y periodicidad las disponibilidades y títulos valores, así como las obligaciones y su cumplimiento; igualmente puede solicitar la confección de balances de comprobación;

3) asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, del comité ejecutivo y la asamblea, a todas las cuales debe ser citado;

4) controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los directores y recabar las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad;

5) presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados;

6) suministrar a accionistas que representan no menos del 2% del capital, en cualquier momento que estos lo requiera, información de las materias que son de su competencia;

7) convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzgue necesario, y a asamblea ordinaria o asambleas especiales, cuando omitiere hacerla el directorio;

8) hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que considere procedentes;

9) vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias;

10) fiscalizar la liquidación de la sociedad;

11) investigar las denuncias que le formulen por escrito accionistas que representan no menos del 2% del capital, mencionarlas en informe verbal a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan. Convocará a asamblea para que resuelva al respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúe adecuado y juzgue necesario actuar con urgencia”.

Como es fácil observar, el control es de legalidad y no de mérito. Pero aún el pormenorizado detalle de las sabias disposiciones que lo sustentan, se frustra en la práctica, en la cual, los síndicos obedecen, casi sin variantes, a la orientación que marca la mayoría dominante en la sociedad.

El Consejo de Vigilancia, otro órgano posible de crear en el ámbito societario, tiene idénticas funciones que la sindicatura, pero a ellas se le agrega la posibilidad del control sobre la gestión del órgano de administración, del directorio; ello surge del texto legal: a las funciones sindicales - que las posee todas- se le agrega el poder de controlar la gestión del directorio, de investigar denuncias y de elegir a sus miembros (esto último si lo prevé el estatuto social: art. 281 LS) .

A nuestro parecer, la sindicatura tiene cierta ambigüedad orgánica y le falta la independencia necesaria para que su contralor sea realmente efectivo. El síndico, que en teoría representa a todos los accionistas y por consiguiente también a las minorías, en la práctica responde a la mayoría de los socios, que elige al directorio y a la propia sindicatura.

Por ello, si la mayoría del directorio va decidiendo el rumbo de la empresa, el síndico acompaña y su control se limita a los límites de la legalidad y sobre todo, cuando él mismo, por su carácter profesional, está comprometido.

Este tópico merece entonces, la principal de las reformas a estudiar.

B) Control externo

Para las grandes sociedades del país, sean nacionales o extranjeras, además de existir un organismo estatal de naturaleza administrativa que las controla en su constitución, estatutos e inscripción, hay otro de la misma naturaleza, que ejerce un control riguroso y permanente cuando las empresas cotizan sus acciones en el mercado de valores.

La primera, es la Inspección General de Justicia y la segunda, la Comisión Nacional de Valores. Ambos organismos estatales de control dictan resoluciones mediante las cuales se va construyendo un complejo normativo de segundo grado, destinado a hacer más confiable la conducta y la información que emiten las empresas. Por ejemplo, para las épocas de inflación - ahora la Argentina tiene una de las inflaciones más bajas del mundo desde hace varios años - se previó un mecanismo de ajuste de valores destinado a que la información a terceros fuese veraz y fiel.

La Inspección General de Justicia controla la constitución de todas las sociedades regulares, no solamente las que son por acciones. También estudia la legalidad de los actos de reforma de los estatutos y de las reuniones de asambleas y directorio cuando hay denuncias especiales de irregularidad.

La Comisión de Valores y también cada Bolsa o Mercado de Valores, establecen diversas normas complementarias a la ley de sociedades, para las empresas que ofrecen públicamente sus valores.

Así se establece la obligación de hacer balances trimestrales, de presentar su información en forma más amplia, veraz y transparente, de publicar sus actos relevantes (disclosure), sancionando con suspensiones y otras penalidades su incumplimiento.

9. A modo de resumen

Las recomendaciones hechas por los artífices de la doctrina del gobierno corporativo indican una serie de medidas que las sociedades deben adoptar para lograr un mejor orden, mayor transparencia y más eficaz defensa del cúmulo de derechos que conviven y confrontan en el seno de las sociedades.²³

Las recomendaciones en USA y Reino Unido no son mandatorias de acuerdo a su sistema legal, sino fuertes sugerencias para que ellas sean incorporadas a la práctica de las sociedades.

No es así con las reglas CONSB en Italia, las cuales avanzan para ser derecho positivo y por ende, obligatorio.

El derecho argentino de sociedades debe perfeccionarse para admitir las previsiones y soluciones a las que ha llegado la doctrina del mejor gobierno corporativo, aunque algunas de ellas ya están incorporadas, aunque sean perfectibles, por la ley vigente.

Es necesario volver a adecuar las estructuras y la conexión interorgánica, así como volver efectivo y real el necesario control sindical- auditoría - de las socie-

de Ricardo A. Nissen, en Errepar, julio 1998, N° 128, p.5.

²³ Ver nuestro trabajo sobre confr. De intereses Etcheverry, Raúl Aníbal "Intereses societarios y extrasocietarios en la administración de las sociedades anónimas" Revista de Direito Mercantil, industrial económico, financeiro, Nova Seira AÑO XXIII N°55 p., 18, San Pablo Brasil

dades. Es importante regular el poder de los inversionistas institucionales o de los grupos que por situaciones reales y de hecho ostentan más poder en los entes colectivos.

En mi opinión, no solo se necesitan nuevas reglas para las sociedades que hagan oferta pública de valores, sino que el control eficiente, la transparencia, la defensa de las minorías o de ciertos grupos internos, el mejoramiento orgánico, hacen falta como reglas legales para todas las sociedades por acciones o aún, para las de responsabilidad limitada .

En el derecho argentino, gran parte del derecho de sociedades es imperativo, es decir, no disponible.

Se plantea entonces el problema de que, en contra de la corriente que pide flexibilizar y desregular las normas societarias, aparecen estas reglas que, si no son impuestas por la ley serían muy poco aceptadas en las empresas argentinas, si se dejan libradas a su incorporación facultativa, todas vez que quienes decidirían su incorporación o no, serían los mismos a quienes estas reglas legales buscan limitar, ordenar y establecerle nuevas exigencias.