

SOBRE LA RECIENTE DOCTRINA SENTADA POR LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES EN TORNO AL ALCANCE DEL CONCEPTO DE PLURALIDAD DE SOCIOS

FERNANDO HORACIO GIORELLO

RESUMEN DE CONTENIDO

En la ponencia se analiza el alcance que la Inspección General de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires ha dado a partir de fin del año 2003 al concepto de pluralidad de socios tipificante de la estructura societaria, modificando la doctrina mantenida por dicho organismo a lo largo de más de dos décadas. Asimismo se indican aquellos argumentos obtenidos de la propia ley de sociedades comerciales por los que se considera inadecuada la nueva doctrina sentada.

1. PLANTEO DEL TEMA

A continuación analizamos el alcance del artículo primero de la

ley de sociedades comerciales (en adelante “LSC”) en lo que al cumplimiento del recaudo de la denominada “*pluralidad de socios*” refiere en momentos en los que las sociedades unipersonales son vehículos de inversión indiscutidos adoptados por las legislaciones más desarrolladas.

Todo ello a raíz de las recientes resoluciones 1412/03, 1413/03, 1414/03 y 1632/03 dictadas por la Inspección General de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante “IGJ”) (organismo administrativo a cargo del Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires) en los expedientes Vitamina Group S.A., Bosques Verdes S.A., Jasler S.A. y Coca Cola FEMSA de Buenos Aires S.A. entre otros, que han modificado la posición mantenida por la IGJ a lo largo de más de dos décadas.

Cabe recordar en primer término el texto del artículo primero de la LSC. El mismo establece que “*Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”.

La mera transcripción del artículo primero de la LSC nos permite alcanzar las primeras conclusiones relacionadas con el objeto de nuestra ponencia:

A) La LSC exige pluralidad de socios para la existencia de la sociedad. Asimismo, admite expresamente que dos personas pueden formar sociedad.

B) La LSC no exige porcentaje de participación mínima alguno como condición previa a la adquisición de la calidad de socio.

C) Los socios se deben obligar a realizar aportes. Este requisito queda cumplido en tanto cada uno de los socios de la sociedad realice aportes a la misma, ya sea en proporción a su participación o en una proporción diferente si así estuviera estatutariamente previsto. La LSC no establece monto o valor mínimo alguno para dichos aportes.

D) Por último la LSC exige que los socios participen en los beneficios y soporten las pérdidas evitando incurrir en alguna de las causales del artículo 13. Corresponde recordar que cualquiera sea la participación adquirida por los socios en la sociedad, en tanto no se incurra en las estipulaciones del artículo 13 de la LSC se dará cum-

plimiento a los recaudos de participación en los beneficios y soportación de las pérdidas.

De los enunciados precedentes se desprende con precisión que la LSC no exige la tenencia de porcentual accionario mínimo alguno para atribuir la calidad de socio a persona determinada.

No obstante ello, en las resoluciones dictadas por la IGJ notamos una reiterada referencia a la “voluntad del legislador” vertida en la exposición de motivos de la LSC. Por necesidad de brevedad no nos abocaremos a estudiar en profundidad los sistemas de interpretación de la ley. No obstante destacaremos dos elementos que entendemos esenciales, a saber:

A) A los métodos interpretativos corresponde recurrir en aquellos casos en los que la norma cuestionada genera dudas en cuanto a su alcance. Como vimos, la precisión y prudencia con la que el artículo primero de la LSC ha sido redactado exime de toda necesidad de recurrir a fuentes interpretativas adicionales para determinar su alcance.

B) No obstante ello, cabe destacar que ni la Exposición de Motivos de la ley 19.550¹, ni su respectivo mensaje establecen que el “segundo accionista” deba, para detentar la calidad de tal, poseer un porcentaje mínimo predeterminado del capital social.

Independientemente de ello corresponde ahora revisar otras cuestiones también previstas por la propia LSC que no hacen más que reafirmar lo ya indicado con respecto a la pluralidad de socios. Al respecto formulamos a continuación una serie de interrogantes.

2. ¿CÓMO SE ADQUIERE LA CALIDAD DE SOCIO DE UNA SOCIEDAD ENCUADRADA BAJO LA LSC?

Algunas de las formas mediante las cuales se puede adquirir la calidad de socio de una sociedad encuadrada bajo la LSC son las siguientes: (i) por haber actuado en la fundación o en el acto constituti-

¹ La Exposición de Motivos de la ley 19.550 establece, en su parte pertinente, que “En lo demás, con el concepto de la plurilateralidad del contrato constitutivo se admite, por definición, la posible participación de dos o más partes que asumen, todas ellas, tanto derechos como obligaciones. La circunstancia de que los socios puedan ser sólo dos, no disminuye la caracterización indicada, toda vez que en los contratos de cambio se excluye, por naturaleza, la pluralidad de partes”.

vo de la sociedad suscribiendo una porción del capital social de la sociedad constituida; (ii) por haber adquirido, con posterioridad, partes sociales, acciones o cuotas sociales de una sociedad ya existente; (iii) por sucesión universal "mortis causa" (en este caso, con las excepciones establecidas en la propia LSC), o, entre otras, (iv) por resolución judicial (vgr. art. 28 ley 19.550 y art. 43 ley 24.522)².

Obsérvese que la LSC no establece en ningún caso, cantidad mínima de acciones, partes sociales o cuotas que resulte necesario adquirir para devenir socio de sociedad constituida conforme alguno de los tipos sociales previstos en la LSC. La simple adquisición de una acción, cuota o parte social otorga al adquirente la calidad de socio o accionista de la sociedad.

3. LA SEGUNDA PREGUNTA ES INVERSA: ¿CÓMO SE PIERDE LA CALIDAD DE SOCIO DE UNA SOCIEDAD?

Al igual que en el caso anterior, nos limitaremos a enunciar las situaciones más frecuentes según indicamos a continuación: (i) por enajenación de la parte social, ya sea a título oneroso o a título gratuito; (ii) por disolución de la sociedad, (iii) por muerte del socio; (iv) por exclusión del socio en alguno de los supuestos previstos por la propia LSC, o; entre otras, (v) por ejecución forzada de la parte social³.

Obsérvese que al igual que en el caso de adquisición de la calidad de socio ni la reducción de la participación social del socio a la unidad mínima del capital social, ni el desconocimiento de la calidad de socio por parte de las autoridades administrativas de turno se encuentran previstas entre las causales de pérdida de la calidad de socio o accionista de una sociedad previstas por la LSC.

4. ¿QUÉ DERECHOS OTORGA A SU ADQUIRENTE LA ADQUISICIÓN DE LA MÍNIMA FRACCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL?

Podemos enumerar una larga lista de derechos que otorga la ad-

² En tal sentido ver lo indicado por Fernando H. Mascheroni y Roberto A. Muguillo en "Regímen Jurídico del Socio", pág. 9 y sgtes.m Ed. Astrea, 1996.

³ Idem Nota 2, pág. 21 y sgtes.

quisición de una participación mínima en una sociedad (vgr. una acción de sociedad anónima o una cuota de sociedad de responsabilidad limitada). Entre otros podemos listar: (i) derecho de preferencia (Conf. art. 194 LSC); (ii) derecho de acrecer (Conf. art. 194 LSC); (iii) derecho de receso (Conf. art. 245 LSC); (iv) derecho a participar y votar en las reuniones de socios; derecho a elegir autoridades incluyendo la posibilidad de optar por votar acumulativamente (Conf. art. 263 LSC); (v) derecho a impugnar decisiones asamblearias (Conf. art. 251 LSC); (vi) derecho de accionar contra los directores (Conf. art. 277 LSC); (vii) derecho a obtener copia de las actas de asamblea (Conf. art. 249 LSC); (viii) derecho a demandar la intervención judicial de la sociedad (Conf. art. 114 LSC); (ix) derecho a recibir información sobre los temas tratar en asambleas de accionistas (Conf. art. 246 LSC).

Si bien es cierto que la LSC consagra derechos adicionales para aquellos socios titulares de más del 2% del capital social de la sociedad o de más del 5% del capital social de la sociedad; ¿puede desconocerse la calidad de socio en sede administrativa y sin sustanciación alguna a quien ha adquirido una acción de una sociedad anónima considerando la cantidad de derechos que la LSC otorga a quien adquiere una acción? Parece más razonable interpretar que se la ley consagra derechos adicionales a los poseedores de participaciones superiores al 2% o al 5% del capital social por la cuantía de los intereses en juego.

Si la LSC hubiera desconocido a aquellos socios cuyas participaciones en la sociedad no alcanzaren el 2% o atípicas a aquellas sociedades en las que la pluralidad de socios no se encuentre dentro de los lineamientos recientemente previstos por la IGJ, no hubiera otorgado semejante cantidad de derechos al adquirente de una sola acción.

5. LA DOCTRINA SENTADA POR LA IGJ, ¿RESPETA EL DERECHO DE PROPIEDAD CONSAGRADO POR EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL?

Si la IGJ determina dogmáticamente que una “segunda participación” no es “relevante”, cómo se protege el derecho de propiedad de ese segundo accionista que de un día para otro, por un “cambio de criterio” y, muchas veces, luego de haber detentado una participación

accionaria en la sociedad cuestionada por más de dos décadas se ve privado de su calidad de socio por el criterio de un funcionario administrativo. No vemos como puede justificarse semejante limitación, al derecho de propiedad. Más considerando que la propia IGJ convalidó dicha situación por décadas.

Menos entendible aún es cuando nos encontramos ante situaciones en los que no se ha puesto en tela de juicio la seriedad de las sociedades, ni se ha causado perjuicio alguno (ni existe la potencialidad siquiera de causarlo) a terceros.

En este aspecto no podemos dejar de mencionar (independientemente de que estemos o no de acuerdo por las particularidades del caso) el pronunciamiento del Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 26 del 8 de marzo del 2004 en autos “Botbol José c/ Telefónica Internacional S.A. y otros s/ sumario” (que viene a reiterar el anterior pronunciamiento recaído en autos “Rodríguez, Alvaro y otros c/ Tenaris s/amparo” del 5-11-03⁴), en donde se sostuvo que *“la imposición de la Declaración de Adquisición de las tenencias de socios minoritarios externos, aún con participaciones insignificantes, incurSIONA en reglas de fondo que tocan a la forma de transmisibilidad de las acciones con un apartamiento del principio de libertad que impera en la ley de sociedades –integrante del Código de Comercio– y que violentan el derecho constitucional de propiedad amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional, sin motivo suficiente que lo justifique,...”* Como se sabe, se trata de un caso en donde mediante una OPA⁵ Telefónica Internacional S.A. declaró su voluntad de adquirir la totalidad del capital remanente de Telefónica Holding de Argentina S.A., sociedad en la que el Sr. José Botbol poseía una participación insignificante (100 acciones sobre un capital de 419,69 millones de acciones).

En otras palabras, la pretendida “eliminación” del segundo accionista ya ha sido considerada por los tribunales como violatoria del derecho de propiedad consagrado constitucionalmente. Si ello es así, ¿es posible que la IGJ por propia declaración unilateral de voluntad pueda privar de su calidad de socio a personas que han adquirido par-

⁴ Publicado en El Derecho del 3-2-04.

⁵ Régimen previsto en el Decreto P.E.N. N° 677/01.

ticipaciones sociales? Consideramos que la respuesta negativa se impone una vez más.

6. ¿QUÉ PASA CON LOS FAMOSOS 12.000 PESOS REQUERIDOS COMO CAPITAL MÍNIMO PARA CONSTITUIR UNA SOCIEDAD ANÓNIMA?

Sigamos, aunque más no sea por un momento, el nuevo criterio de la IGJ. Más allá de la novedosa resolución 9/04 (a la que esperamos poder referirnos en otra oportunidad), todos estamos (o al menos estábamos hasta el dictado de esa resolución) de acuerdo en el hecho de que con 12.000 pesos era posible constituir una sociedad anónima. La LSC así lo disponía. Ahora bien, si de acuerdo al nuevo criterio de la IGJ (que entre otras cosas parece desconocer la existencia del financiamiento y de los grupos de sociedades) parecería que para que exista pluralidad de socios el segundo accionista debe poseer al menos el 2% del capital social de una sociedad concluimos que una persona, mediante el simple trámite de aportar 60 pesos (integración del 25%) puede convertirse en accionista de una sociedad anónima. Entendemos que en ese caso la IGJ nos diría que esa sociedad cumple con el requisito de la pluralidad de socios. El segundo accionista ha arriesgado, ha invertido 60 pesos y por ende, según el propio razonamiento de la IGJ, tiene derecho a la protección del tipo social. Ahora bien, que pasaría si el 0,1%, o peor, el 0,00000001% (agregue el lector cuantos ceros considere necesario) representan \$12.000 (o más) del capital social o del patrimonio neto de la sociedad. ¿Puede sostenerse razonablemente que la persona que tiene una inversión que por si sola le permitiría haber constituido una sociedad infringe la pluralidad de socios de la forma en que la IGJ la entiende desde fines de 2003 en tanto el inversor de \$60 dentro de los primeros dos años, o de (240 a partir del tercer año) se encuentra dentro de lo que la nueva interpretación considera legal? Creemos que la postura oficial no admite el menor análisis.

7. Y FINALMENTE, EL PROPIO ESTADO NACIONAL ...

Como de costumbre el Estado Nacional no deja de ser el primer

incumplidor de las propias doctrinas cuya imposición persigue. Aunque en esta particular situación no podamos más que celebrar el incumplimiento manifiesto a la desafortunada interpretación pretendida por la IGJ. El Estado Nacional ha procedido con la constitución de la primer sociedad unipersonal bajo la LSC (algo en lo que como sabemos las legislaciones del mundo desarrollado nos han sacado bastante ventaja pero que bajo la LSC si es claramente ilegal). Mientras la IGJ se encarga de martirizar a las sociedades “privadas” sometiénolas al cumplimiento de presentaciones previas, posteriores, anteriores, intermedias, formales y no formales, que deben hacer terceros pero que la IGJ ha resuelto imponer a las sociedades locales (el caso del cumplimiento de la RG 7 y o del registro del art 123), que caen bajo su órbita o cuyo requerimiento corresponde a otros organismos del propio estado (el caso de la Res. Gral. AFIP 1375), el Estado Nacional ha creado mediante Decreto P.E.N. 721 del 2004 la sociedad “CORREO OFICIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA SOCIEDAD ANONIMA”. La sociedad en cuestión ha sido creada “bajo el régimen de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1984) y sus modificatorias ...”. Luego, el artículo 2, en forma clara y precisa, sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, nos sorprende con que “EL CIEN POR CIENTO (100) del capital de la sociedad que se crea por el artículo precedente pertenecerá al Estado Nacional”, para luego completar con un impecable capital distribuido conforme al cuestionado 99/1 entre el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS y el MINISTERIO DE ECONOMIA Y PRODUCCION.

8. CONCLUYAMOS ENTONCES

A) la LSC es clara en cuanto sólo requiere para la existencia de sociedad dar cumplimiento al requisito de la pluralidad de socios. No exige participación mínima alguna al segundo socio.

B) para adquirir la calidad de socio de una sociedad no es necesario adquirir porcentual mínimo alguno de participación en una sociedad.

C) la calidad de socio no se pierde por reducción de la partici-

pación del socio no controlante.

D) la mera adquisición de una participación en la sociedad otorga a su titular una cantidad de derechos que no parecen ser congruentes con una supuesta intención legislativa del tipo de la pretendida por la IGJ, según la cual para que la sociedad exista todos los socios deben tener una participación relevante.

9. UNA ÚLTIMA REFLEXIÓN

La determinación de la existencia de fraude societario es algo sumamente serio para dejarlo librado al conocimiento de una autoridad administrativa cuyas facultades al efecto, en el mejor de los casos, resultan dudosas. Son cuestiones en las que naturalmente debe entender el órgano jurisdiccional asumiendo que quien deberá probar el fraude es quien lo alega y no, como se pretende, declararlo automáticamente. No es posible admitir que una autoridad administrativa tenga facultades para descender el velo societario en forma automática. No confundamos la necesidad de controlar con la otra, la de generar burocracia para justificar existencias. Ello, obviamente siempre que la intención sea el progreso, porque nada de lo dicho tendrá sentido si el objetivo final es la implantación de un Estado policía donde la carga de la prueba se habrá invertido definitivamente y donde tendremos que preguntar previamente al funcionario público cuánto capital, necesita una empresa para realizar una inversión determinada, cómo debería repartirse ese capital de forma de permitir ofrecer la participación en el emprendimiento a quienes, para permitir al inversionista realizar la inversión, estén dispuestos a acompañarlo de conformidad con los porcentajes que el Estado fije a su exclusivo y arbitrario criterio. Algo que nos parece, asombraría al propio Kafka.