

PROPUESTA DE REFORMAS A LA LEY DE SOCIEDADES PARA FACILITAR EL DESARROLLO EMPRESARIAL

Julio C. Otaegui

La regulación de la sociedad anónima debe favorecer al desarrollo empresarial.

La normativa de la L.S. fue en su momento adecuada pero debe perfeccionarse actualmente mediante la reforma de preceptos que desfavorecen al desarrollo pues obstan al control societario y dificultan a los grupos societarios.

Por ello se propone la admisión de la sociedad unimembre, la derogación del art. 30, la eliminación en el art. 33 del control externo no contractual, la modificación del régimen de inoponibilidad de la L.S. art. 54, la derogación de la L.S. art. 94 inc. 8, la derogación de la L.S. art. 216 último párrafo y la derogación de la L.S. art. 263 para la elección de directores.

I. REGIMEN VIGENTE SOBRE CONCENTRACION, GRUPOS Y CONTROL

La sociedad anónima favorece al desarrollo empresarial por su aptitud para captar accionistas inversores dadas la limitación de responsabilidad y la transmisibilidad de las acciones, y por su idoneidad para la concentración societaria.

La concentración societaria es un aspecto de la reorganización empresarial aunque ésta abarca cuestiones ajenas a la concentración tales como la regularización y la transformación.

La concentración societaria se exterioriza en el agrupamiento de sociedades, la unificación de sociedades mediante la fusión y la plurificación de sociedades mediante la escisión y la filial.

El agrupamiento de sociedades tiene dos manifestaciones.

Una es la agrupación de sociedades entendiendo por tal a un conjunto de sociedades personificadas cuyos administradores actúan en forma coordinada para el cumplimiento de objetivos que han fijado de común acuerdo.

Supuestos de agrupación de sociedades son los contratos de colaboración empresarial regulados en la L.S. capítulo 3.

Otra de las manifestaciones del agrupamiento de sociedades es el grupo

societario o grupo de sociedades entendiéndose por tal a un conjunto de sociedades personificadas cuyos administradores actúan en forma subordinada para el cumplimiento de objetivos comunes prefijados por controlantes comunes.

El grupo de sociedades parte de la existencia de una posición de control o de dominio ejercida por los mismos controlantes o dominantes respecto de las sociedades integrantes del grupo.

El tema del grupo de sociedades se vincula con el tema del control aunque puede existir control sin existir un grupo societario como puede darse en el caso que una o unas personas físicas controlen a una sociedad.

Así puede distinguirse entre un control singular no configurativo de un grupo societario y un control grupal configurativo de un grupo societario.

El control tanto singular como grupal requiere que se regulen su caracterización y la responsabilidad por su ejercicio torpe.

El control grupal además de ello, plantea las siguientes cuestiones: la claridad de los estados contables del grupo, el cruzamiento de participaciones entre las sociedades agrupadas, los negocios con las propias acciones, la imparcialidad de la fiscalización privada y la efectividad de la fiscalización estatal.

Esta temática está considerada directa o indirectamente por la L.S. 19.550 en las siguientes normas:

- 1) Arts. 1, 5 y 167 en cuanto caracterizan a la sociedad como un contrato configurando como tal al acto social constitutivo a un contrato y excluyendo por ende a la constitución unipersonal.
- 2) Art. 30 en cuando prohíbe a las sociedades por acciones formar parte de sociedades que no sean por acciones.
- 3) Art. 32 en cuanto pone tope a las participaciones recíprocas secundarias entre la controlada y la controlante y entre la controlada y una cocontrolada.
- 4) Art. 33 en cuanto caracteriza al control.
- 5) Art. 54 en cuanto reprime el ejercicio torpe del control.
- 6) Arts. 62 a 66 en cuanto prescriben la exposición contable de la situación de control.
- 7) Art. 90 inc. 8 en cuanto dispone la disolución de la sociedad unipersonal sobreviniente.
- 8) Art. 216 en cuanto prohíbe la emisión de acciones de voto privilegiado tras la oferta pública, lo que restringe las posibilidades de control en las sociedades abiertas.
- 9) Art. 263 en cuanto impone el voto acumulativo para la designación de directores salvo la elección por categoría, lo que afecta al ejercicio del control.
- 10) Art. 286 inc. 3 y art. 280 en cuanto establecen incompatibilidades para el desempeño de las funciones de síndico y de consejero.

11) Art. 299 inc. 6 en cuanto prescribe la fiscalización estatal permanente de una sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización estatal permanente.

Cabe resaltar que la ley de concursos 19.551 configura como un caso de extensión de quiebra al ejercicio torpe del control (L.C. art. 165 inc. 2) aunque la caracterización de control establecida en la L.C. difiere de la prevista por la L.S.

El régimen de la L.S. fue analizado en dos importantes iniciativas: el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial (P.U.) y el Proyecto de modificación del régimen de fiscalización de las sociedades comerciales y de otras normas (P.R.F.).

Para los redactores de ambos Proyectos el ordenamiento vigente no mereció modificaciones salvo respecto de la admisión de la sociedad unipersonal (P.U. arts. 5, 94 inc. 8, 146, 165; P.R.F. arts. 1, 5, 94 inc. 8).

La sociedad unipersonal está vinculada tanto a la empresa individual de responsabilidad limitada apta para la pequeña empresa, como a la filial propia de la gran empresa.

Además los redactores del P.U. propusieron una sociedad primaria sustitutiva de la sociedad civil, de la sociedad de hecho e irregular, de la sociedad accidental y en participación, y de la sociedad oculta, ello con incidencia en la L.S. art. 30 (P.U. art. 30).

II. REFORMAS PROPUESTAS

Con referencia a la normativa mencionada de la L.S. se proponen las siguientes reformas:

1) *Aceptar la persona societaria unimembre como ya han propiciado el P.U. y el P.R.F.*

Ello tiene su sustento en que la identificación entre sociedad y contrato no tiene porque ser excluyente.

La sociedad es una persona jurídica (C. Civil art. 33) o en su caso un sujeto de derecho (L.S. art. 2) salvo excepción (L.S. art. 361) y las personas jurídicas no son inexorablemente plurimembres pues las hay sin miembros copartícipes como las fundaciones (ley 19.836).

En la gran empresa sinceraría la reorganización por vía de filiales que son una realidad en nuestro medio y que responden a la orientación prevaleciente del derecho comparado.

En la empresa individual permitiría la limitación de responsabilidad mediante la S.R.L. o la S.A., unipersonales sobre la base de instituciones experimentadas

dentro del ordenamiento jurídico general.

Esto no significa que la admisión de la persona societaria unimembre no pueda merecer reglas complementarias no necesariamente iguales para la empresa unipersonal y para la filial.

2) *Derogar la L.S. art. 30.*

Debe tenerse en cuenta que:

2.1) Es una norma excepcional en el derecho continental.

2.2) Impide la utilización de la sociedad accidental para la celebración de joint ventures por lo que fue excluida para los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos (ley 21.778 art. 24), aunque este inconveniente se ha atemperado con la unión transitoria de empresas (L.S. art. 377).

2.3) Impide la utilización de la S.R.L. para constituir una filial común, siendo que en este tipo tiene mas relevancia la persona del consocio que en la S.A. y que la persona del consocio es decisiva en una filial común.

3) *Reformar la L.S. art. 33 inc. 2 in fine.*

Incluye como caracterizante del control a la influencia resultante de especiales vínculos no necesariamente contractuales (L.S. art. 33 inc. 2 in fine).

La cuestión se ha planteado en el derecho italiano.

El C. Civil italiano de 1942 caracterizaba al control externo *in virtu di particolari vincoli contrattuali* solución mantenida en la minireforma de 1974, pero la ley de administración extraordinaria de grandes sociedades y de sus controladas configura al control externo *in virtu di vincoli particolari* sin el calificativo de *contrattuali*.

La ley brasileña art. 116 ciñe la configuración del control al control interno o participacional, el C. Civil paraguayo art. 1074 lo amplía al control externo contractual aunque la ley uruguaya art. 49 adopta una redacción similar a la de la L.S.

La solución parece excesivamente ambigua y por ello crea un marco de inseguridad, máxime teniendo en cuenta que tal control puede ser imputado por su ejercicio en forma indirecta (L.S. art. 33 in limine), por lo que se propone que se limite el control externo al caso de existencia de vínculos contractuales.

4) *Reformar la L.S. art. 54 inoponibilidad*

La norma excepcional en el derecho continental salvo la ley uruguaya 16.060 art. 189 de 1989, ha suscitado controversias doctrinarias sobre si controlante torpe responde por la actuación de la controlada y además por los daños y perjuicios o solamente por los daños y perjuicios.

La importancia resultante de una interpretación o de la otra es obvia.

Es de notar que también se controvierte si ello configura o no un supuesto de desestimación de la personalidad o si se trata solamente de la alteración de las reglas del tipo societario respecto de la responsabilidad de los socios.

Además la L.S. art. 54 responsabiliza al controlante torpe por la actuación de su controlada, pero no a la inversa, siendo de notar que tal responsabilidad había sido admitida doctrinaria y jurisprudencialmente conforme al C.Civil.

Otro tanto cabe decir que los supuestos en los que la invocación torpe de la personalidad proviene de terceros y no de un controlante.

Sobre estos aspectos cabe señalar que la ley uruguaya art. 190 brinda una solución mas amplia.

Por ello se propone se reforme la L.S. art. 54 en el sentido que:

4.1) No cabe admitir la invocación de la personalidad de la sociedad controlada por el controlante torpe quien debe responde por la actuación de la controlada y por los daños y perjuicios.

4.2) No cabe admitir la invocación de la personalidad del controlante torpe por la sociedad controlada la que debe responder por la actuación del controlante torpe y por los daños y perjuicios.

4.3) No cabe admitir la invocación torpe de la personalidad societaria por terceros.

5) *Derogar la L.S. art. 94 inc. 8.*

Al respecto valen las razones antes vertidas sobre la conveniencia de aceptar la licitud de la persona societaria unimembre.

6) *Derogar la L.S. art. 216 parte segunda.*

Constituye un obstáculo para los controlantes pues apunta a disminuir la influencia de los mismos y con ello desfavorece al desarrollo empresarial.

En la Exposición de Motivos de la L.S. al respecto se expresa:

“La tendencia actual, -tanto legislativa como la dogmática- es contraria al reconocimiento de esta preferencia (no obstante arts. 174 y 175, ley francesa de 1966), pero la realidad argentina demuestra la conveniencia de su mantenimiento, por lo menos hasta que el país alcance un grado de desarrollo, de afianzamiento de su evolución industrial, porque actúa como incentivo y medio de garantía de *grupos de capital*. De ahí que, como un comienzo hacia la supresión total, se acepta la modificación introducida por el art. 9 de la ley 19.060 y en distintos supuestos tal preferencia es inaplicable (quórum, ciertas reformas estatutarias, etc.)”.

La ley 19.060 art. 9 veda la emisión de acciones de voto múltiple o plural para las sociedades oferentes.

Empero cuando llegó la oportunidad de acelerar la supresión de las acciones

de voto privilegiado a raíz de la capitalización de saldos de revalúo ley 19.742, se dispuso la inaplicabilidad de dicha norma (ley 21.525 art. 2).

En la nota al Poder Ejecutivo sobre el proyecto de ley 21.525 de 1977 se expresa sobre que aún mantienen su vigencia los conceptos de la Exposición de Motivos de la L.S. antes transcritos.

En 1992 la situación no ha variado.

Las soluciones son discrepantes en el ámbito del Mercosur. La ley brasileña art. 18 sólo prevé acciones con ventajas políticas para elegir miembros de los órganos de administración, el C. Civil paraguayo art. 1066 admite las acciones con privilegio de voto irrestrictamente, la ley uruguaya 307 prohíbe la emisión de acciones con voto plural.

La solución prevaleciente en la Comunidad Europea es adversa a las acciones de voto plural.

Sin embargo la realidad de nuestro país aconseja el fortalecimiento de los grupos de control aunque ello deba balancearse con un régimen particular de delitos o contravenciones societarios.

Por ello se propone la derogación de la L.S. art. 216 in fine.

7) *Modificar el art. 263.*

La norma como es sabido proviene del derecho norteamericano en él que los directores tienen competencia sobre los dividendos y no hay un régimen de fiscalización privada.

La elección de directores por voto acumulativo implica el riesgo de esterilizar la función del directorio y perturbar el desempeño de los controlantes con el abuso de la minoría, ello en desmedro del desarrollo empresarial.

Es de notar que la ley brasileña de sociedades anónimas de 1976 admite el voto acumulativo para la elección de los consejeros, pero no de los directores porque ello colocaría en riesgo la imprescindible unidad administrativa según expresa la Exposición Justificativa de dicha ley al referirse al art. 141.

El Código Civil paraguayo de 1987 no contempla el voto acumulativo.

La ley uruguaya 16.060 de 1989 admite que el estatuto prescriba el voto por categoría, pero no contempla el voto acumulativo.

El voto acumulativo debería ser una opción estatutaria para la elección de directores.

Como contrapartida habría que mantenerlo en las sociedades oferentes para la elección de síndicos y consejeros, y habría que brindar a los accionistas en las sociedades no oferentes un derecho de información individual no sometido a previsión estatutaria.