

Comisión II.1: REGISTRACION. Fiscalización administrativa. Propiedad Industrial. CONFLICTOS SOCIETARIOS. Procedimientos societarios administrativos, judiciales y arbitrales.

RELATORES:

INTERNACIONAL: Angel Rojo Fernandez

NACIONAL: Norberto Benseñor

LOCAL: Horacio Roitman

PRESIDENTES: Max Sandler-Emilio Cornejo Costas
Ignacio Suarez Anzorena
Ricardo Nissen
Augusto Mallo Rivas

VICEPRES.: Fidel Rodriguez
Gómez Leo
Susana Galán de Rodriguez Pardina

SECRETARIOS: Eleonara Casabe-Mirta Avellaneda
Cristina Curtino-Susana Ferro
Fernando Perez Hualde

PONENCIAS PRESENTADAS

COMISION II. 1

TOMO I

SUSCRIPCION PREFERENTE Y FACULTADES C. N. V. de José María Cristiá.

POSIBILIDAD DE REGULARIZACION DE LA SOCIEDAD ATIPICA. de Hugo E. Rossi.

LA OMISION DE REQUISITOS ESCENCIALES NO TIPIFICANTES:¿ NULIDAD RELATIVA O ABSOLUTA?. de Jorge Raúl Haddad.

POSIBILIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA SUBSANACION DE SOCIEDADES COMPRENDIDAS EN EL ART. 17 DE LA LEY 19. 550. de María Teresa Castorino de Puppy - Hugo E. Rossi.

DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN FORMACION. de José Cristian Flores.

LA REPRESENTACION EN LA SOCIEDAD EN FORMACION. de Oscar Cesaretti -Daniel Mario Crespo.

TOMO II

REGISTRACION. FISCALIZACION ADMINISTRATIVA. de María Barrau.

EL REGISTRO MERCANTIL: SEGURIDAD JURIDICA Y PUBLICIDAD. de Norberto R. Bensenor.

PROPUESTAS SOBRE LA REGISTRACION EN MATERIA SOCIETARIA Y LA FISCALIZACION EXTERNA. de Guillermo E. Ragazzi.

CONSTITUCION DE SOCIEDADES. de Pilar Rodríguez del Pozo.

LA FUNCIONES REGISTRALES Y EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES. de Eduardo M. Favier Dubois (H).

LA INTERPRETACION DE LA LEY Y EL CONTROL DE LOS ACTOS QUE ORGANIZAN LA ACTIVIDAD. de María Cristina Mercado de Sala.

LAS REFORMAS NO INSCRIPTAS EN LA S. R. L. Y S. A. de Oscar Cesaretti -Daniel M. Crespo.

CUESTIONES VINCULADAS CON EL CONTROL DE LA LEGALIDAD COMO ELEMENTO NECESARIO DE LA REGISTRACION MERCANTIL. de Analía Pérez Cassini.

NECESIDAD DE ACLARAR LOS ALCANCES DE LOS EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES DE ACTOS SOCIETARIOS EN EL REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO. de Ricardo A. Nissen.

IRREGULARIDAD. de Enrique M. Butty.

NORMATIVA LEGAL SOBRE HOMONIMIAS. de María Cristina J. Giuntoli.

RECONDUCCION. de Enrique M. Butty.

RESOLUCION PARCIAL Y REGIMEN DE MAYORIAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRORROGA DE LA SOCIEDAD. de María Laura Descalzo.

FISCALIZACION Y CONTROL PERMANENTE DE LA SOCIEDADES ANONIMAS CERRADAS Y ABIERTAS. de Cámara de Sociedades Anónimas.

LIMITES DE LAS ATRIBUCIONES ESTATALES EN EMPRESAS QUE DESARROLLEN ACTIVIDADES SUJETAS A CONTROL ESTATAL PERMANENTE. de Juan Pablo Orquera.

ESQUEMA PARA UN PROYECTO DE REFORMAS DE LA LEY DE SOCIEDADES EN MATERIA DE CONTROL ADMINISTRATIVO. de Carlos A. Vanasco.

LA FISCALIZACION ESTATAL. de Ignacio A. Escuti (H).

LA NOCION DE CONFLICTO SOCIETARIO. de Carlos Suarez Anzorena.

CUESTIONES NO JUDICIALES EN EL AMBITO SOCIETARIO. de Silvia S. Musacchio de Rey - Miguel E. Rubin.

PAUTAS PARA LA DEBIDA APRECIACION JUDICIAL DEL CONCEPTO DE INTERES SOCIAL FRENTE A LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO. de Carlos Suarez Anzorena - Ricardo A. Nissen.

IMPUGNACION DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS VIOLATORIAS DE NORMAS DE ORDEN PUBLICO Y DE NORMAS IMPERATIVAS: UNA IMPRESCINDIBLE DISTINCION. de Rafael Mariano Manóvil.

NORMATIVIDAD SOCIETARIA, ORDEN PUBLICO E IMPUGNACION DE DECISIONES ASAMBLEARIAS. de Guillermo E. Matta y Trejo.

NULIDAD E IMPUGNACION DEL BALANCE. de Ignacio A. Escuti (H).

EL VALOR DEL REEMBOLSO EN EL RECESO. de Ariel Angel Dasso - Ariel Gustavo Dasso.

CRITICA AL PLAZO DE CADUCIDAD DE 90 DIAS PREVISTO COMO PRINCIPIO GENERAL PARA LA ACCION DE EXCLUSION EN EL ART. 91 DE LA LEY 19. 550 PARA TODOS LOS TIPOS SOCIETARIOS. de María Laura Descalzo.

REVOCACION Y CONFIRMACION DE RESOLUCIONES ASAMBLEARIAS IMPUGNABLES. EFECTOS Y EJECUCION DE LA SENTENCIA QUE DECLARA SU NULIDAD. RESPONSABILIDADES. de Rafael M. Manóvil.

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD QUE NO DISTRIBUYE UTILIDADES Y ACTUACION DEL ORGANISMO FISCALIZADOR. DISOLUCION POR FALTA DE PAGO DE TASAS ANUALES Y SENTIDO DE LA ACTUACION REGISTRAL-FISCALIZADORA. de Fernando H. Mascheroni - Roberto A. Muguillo.

LA VALUACION DE LOS APORTES EN ESPECIE. de Hector María García Cuerva.

MODIFICACION ARTICULO 238 DE LA LEY DE SOCIEDADES, FACILITANDO LA DEMOSTRACION DE LA CALIDAD DE SOCIO O ACCIONISTA. de Juan A. Peinado - Emilio Baby.

LA PRESCRIPTIVILIDAD DE LA CALIDAD DE SOCIO. de Alfredo L. Rovira -Guillermo E. Seratti

ADQUISICION DE LA CALIDAD DE SOCIO. de Hector María García Cuerva.

LA INTERVENCION JUDICIAL POR TERCEROS (LEGE LATA). de Eduardo M. Favier Dubois (H).

EMANCIPACION. de Jorge Belmaña Juárez - Horacio Belmaña.

LOS LIMITES DE LA RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE EN LOS SUPUESTOS EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCION COMERCIA. de Salvador Darío Bergel - Martín Esteban Paolantonio.

COMISIÓN II.1: REGISTRACIÓN

(Los relatos de los Dres. Benseñor y Roitman no pudieron ser impresos por defectos en la grabación).

Sobre la libertad o control externo

Presidente (Dr. Sandler)

Bueno si hay acuerdo, en esas condiciones nos lanzamos al debate.. El tema es aprobado y sería libertado o control. Hacemos la lista por favor.

Dr. Roitman:

Discúlpeme, Sr. presidente, pero creo que podríamos centralizar más el tema, ya que de las 4 ponencias, 3 son tendientes a la mayor flexibilización, sólo una es totalmente en contra. Creo que sería muy interesante si los ponentes estuvieran presentes, hicieran una exposición de los temas. En caso que no hubiera un representante de la Cámara de S.A., yo le pediría al Sr. Presidente que por secretaría se leyeran las conclusiones que tienen no más de 10 renglones y me parecen muy atinadas.

Presidente (Dr. Sandler)

De acuerdo con el informe del Dr. Benseñor, en página 125, él concreta que hay una tendencia general que se impone; orientada sobre la redefinición del control externo y concuerda con la supresión del control genérico de constitución y de funcionamiento. Es decir, que de alguna forma está receptando no su opinión personal, sino de las ponencias; esto de manera alguna contradice lo que esta informando el Dr. Roitman, pero debemos definir si vamos discutir libertad o represión, lo cierto es abrir un poco el panorama.

En mi concepto esto es nada más que mi opinión, yo pensaba lo que debía ser tema central, partiendo de la base que hay una orientación mayoritaria hacia la supresión del control, lo que podemos discutir son los diferentes matices de esa supresión del control que a mi juicio y con respeto del Dr. Roitman, no es o control o libertad: No sé si soy claro, hay una tendencia generalizada y así está asumida de que hay una necesidad de suprimir el control, pero hay límites. En establecer estos límites es en lo que, creo, vale la pena emplear nuestra energía en discutirlo.

Dr. Bielski:

Una de las cuestiones que se comentaban fue suprimir el control positivo, cierto, creo que salió un comentario por ejemplo que los registros no controlan el cumplimiento de impuestos de ley de sellos (interrupción)

(No se identificó)

Yo diría que en este temario necesariamente para que no se descontrola cuando hablamos de liberalización de los controles, tendríamos que hablar de las consecuencias prácticas de los errores; el grave miedo que yo le veo a liberalizar el control de constitución es la consecuencia que tiene para los socios la irregularidad, entonces me parece que simultáneamente al analizar si vamos a liberalizar el control de legalidad de la constitución o en una modificación o en la inscripción de un cambio de autoridades, tenemos que prever inmediatamente como salvaguardar la responsabilidad o sea cuáles van a ser las consecuencias.

Presidente (Dr. Sandler):

Lo tengo que interrumpir, discúlpeme. Lo que yo diría es que intentemos poner primero el tema, luego iremos a los efectos. Insisto: hay una tendencia generalizada a la libertad de control o es tema de debate las diversas alternativas, efectos y problemas que trae esta tendencia a la libertad del control o debemos como en Salta, Mendoza o como en La Cumbre discutir si hace falta sacar o no el control?

Dr. Escuti:

Sí, yo diría que la mesa fije concretamente la metodología y el temario específico y que empecemos a debatir en función de esa determinación de la mesa.

Presidente (Dr. Sandler):

La mesa propone que partiendo del informe que hace el relator nacional, vamos a admitir, vamos a asumir que hay una tendencia generalizada a la supresión del control; entonces el tema de discusión sería las distintas alternativas que aconsejamos en la opinión de cada uno de nosotros; cómo se formaliza, cómo se efectiviza esa libertad del control, esto es lo que vamos a discutir y esto lo vamos a discutir a partir de ahora. El tema de registración creo que estaba muy claro y no hace falta que lo redefinamos. Se abre la lista: Escuti, Butty, Benseñor, Perez Casini, Olivera, Mallo Rivas, Cornejo Costas, Rossi, García Torralba.

Sobre las alternativas de control externo

Dr. Escuti

Yo creo que el tema de la fiscalización pasa por una cuestión fundamental, que es la existencia de dos clases de anónimas, anónimas cerradas, la familiar o la abierta o si preferimos la bursátil. Son dos cosas absolutamente distintas bajo un mismo manto jurídico y si no hacemos las divisiones del caso a los efectos de determinar que es lo que debemos controlar y cómo debemos controlar, no vamos a llegar a soluciones satisfactorias. Es indudable que la cerrada, la familiar, aquella sociedad, yo diría, una colectiva disfrazada de anónima donde se pretende limitar la responsabilidad y en donde en muchas ni siquiera se trata de una empresa, tenemos que ser lo más liberales posibles en todos los aspectos que hacen a la cuestión; por el contrario en las sociedades que acuden a la oferta pública, en las sociedades que cotizan, tenemos que entrar en un sistema realmente de control, un control claro, un control que emerja de normas precisas, un control que tenga poderes suficientes y además, esto creo que es fundamental, debemos tener un sistema que apunte a que todo el marco de libertad que se pueda dar en los dos ámbitos, tanto en el de la pequeña anónima cuánto en el de la anónima bursátil, se maneje de tal modo en que esté implícita una enorme responsabilidad de los agentes económicos que operan allí. Y esto qué significa? Que debemos caer a lo que es libertad con responsabilidad y la libertad con responsabilidad significa en el caso de la cerrada prácticamente no controlar el funcionamiento y establecer determinadas sanciones normativas para determinadas violaciones, como puede ser, por ejemplo, no convocar a asamblea en término, que deben resolverse en definitiva en multas que deben ser aplicables a los administradores o a los responsables en cada caso concreto. No voy a entrar a analizar quien debe ser el órgano de control; esto nos llevaría a otra cuestión; por el contrario en el caso de las abiertas, aparte de la fiscalización estatal, aparte de la fiscalización hecha por los organismos técnicos competentes, también dentro de un marco de libertad tenemos que hacer jugar responsabilidades, pero son responsabilidades que llevan a la aplicación de normas en forma más severa, y por qué digo esto? porque está en juego la captación del ahorro público, esta en juego muchas veces la moral del manejo de los negocios, con el aprovechamiento de informaciones confidenciales; consecuentemente, aquí también tenemos que ser rigurosos y el Estado debe ejercer en plenitud pero en términos razonables y racionales lo que es el control estatal que yo creo que para esta sociedad es irrenunciable, creo que hecha esta distinción podemos entrar a debatir el tema; si somos fiscalistas o si somos liberales en esta materia. Yo, en síntesis, soy liberal para la pequeña anónima, soy fiscalizador para la bursátil. Nada más. “

Dr. Butty:

Estamos en claro que está excluido el contralor de constitución. Hoy, yo en alguna medida voy a coincidir con mi amigo Escuti, en orden conceptual y en alguna medida en lo empírico, acá sólo estamos de acuerdo porque es una tendencia-que ha observado la mesa y es un dato de la realidad que hay un proceso hacia la liberalización.

Está bien, la libertad es un valor supremo que hace inclusive a la función misma del Estado que hay que garantirla pero esta el viejo apotegma de que la libertad propia termina donde comienza la libertad de los demás y el instrumento societario se orienta no solamente a la realización de cualquier negocio de consumación instantánea como revela un contrato de cambio lo cual compromete en principio la suerte sólo de los contrayentes, sino que se orienta a la creación de un sujeto de derecho, con vocación de duración y que se vincula con los terceros, terceros que, no nos engañemos, son las grandes víctimas en general del Derecho Comercial entendido como su razón de ser histórica, que es un derecho de categoría; los no pertenecientes a la categoría tienden a erigirse en destinatarios de estatutos que no les pertenecen. Con tal alcance, creo que efectivamente un control de policía de funcionamiento, si por tal entendemos la razón de fiscalización, que genéricamente previsto de una manera apriorística para más de determinado capital, efectivamente implica una federalización de mayor.

Desde este punto de vista creo una liberalización se impone, porque es un derecho demasiado genérico; pero por otra parte creo que tendríamos que visualizar que en rigor las tendencias más modernas en esta línea de libre decisión, se dirigen a visualizar que el control no ha sido tanto; no es en realidad tanto del sujeto cuanto de las actividades y desde este punto de vista tenemos actividades de superintendencia desde siempre aquí en nuestro medio, como bancos, como seguros y otras actividades de interés público, que no están sujetas a este control superintendencial. Desde este punto de vista nosotros postularíamos a título de colaboración, es decir, de idea sugerencial -dado los nobles objetivos de este congreso- por de pronto mantener la Inspección General de Justicia; un traslado masivo del contralor de funcionamiento a la Comisión Nacional de Valores que implicaría la confusión entre el sentido de este Ente como regulador y controlador de la formación de un mercado de capitales, ámbito específico, con el contralor de la división de otras actividades, no necesariamente subsidiario en este campo y que por el contrario las más de las veces no tendrían nada que ver. Observo en el proyecto de estos cuatro juristas, que consideramos el año pasado en otro evento académico, que en el Proceso de traspaso de contralor de funcionamiento, de la Comisión Nacional de Valores, no se incluía un inciso de sujeción de fiscalización a las sociedades

que exploten servicios públicos; esto parece una falencia grave, postulamos el mantenimiento de la Inspección General de Justicia y también postulamos el mantenimiento de la posibilidad de sujetar al hoy llamado contralor permanente por resolución fundada, estableciendo un recurso de alzada para que "la jurisdicción judicial controlase en todo caso una tendencia regalista o principesca al exceso en este ámbito. Creo que de esta manera encontraríamos un razonable punto de equilibrio entre el ansia de libertad, -dato sociológico que se incrementa en los últimos tiempos- y la necesidad de que efectivamente terminemos con la asfixia de una especie de idolatría del control, pero teniendo presente que el contrato de sociedad, al menos nosotros estamos absolutamente en desacuerdo con qué los que postula de los contratos de sociedad.

Es un contrato como cualquier otro y que deben los contrayentes quedar librados a su propia suerte como en cualquier contrato; que los contrayentes quedaran librados a su propia suerte, vaya y pase, pero este no es un contrato de cambio de liberación instantánea que se consume, que se consuma en sus efectos en breve lapso, es un contrato más aun que de duración es un contrato vivíparo del cual en nuestro derecho, nace un sujeto de derecho titular de una hacienda empresaria destinada forzosamente a la vinculación con terceros ajenos a la categoría; entonces, no se trataría tanto de la tutela de los contrayentes cuanto de los terceros ajenos a la categoría que no tienen el "Know how", creo que se dice así, ni tendrían porque tenerlo, porque no pertenecen a la categoría y el punto medio estaría dado por circunscripción de la Comisión Nacional de Valores a su cometido específico: contralor de la formación de valores capitales; mantenimiento de la Inspección General de Justicia; supresión del control genéricamente apriorístico para las sociedades de más de determinado capital; mantenimiento de la posibilidad de sujeción al contralor o llamado por un control permanente, por deducción fundada con recurso de alzada para esta hipótesis.

Presidente (Dr. Sandler):

Bien, es el turno del Dr. Benseñor.

Dr. Benseñor:

Nosotros recordamos que cuando se sanciona la Ley 19.550 se nos informa que el quehacer societario abandona definitivamente el sistema de autorización e ingresa en un sistema normativo en lo que hace a la constitución societaria en materia de entidades accionarias; sin embargo, en realidad creo que la Ley 19550 se sitúa en un estadio medio, es decir, deja el sistema de la

autorización pero no ingresa decididamente en el sistema normativo, esto es porque instaura la conformación administrativa como una suerte de sujeción estatal de todas las entidades accionarias, sin discriminar a que entidades accionarias las somete a esa conformidad administrativa. Por tal motivo, pensamos que una redefinición del control se impone en este momento y dentro de esta redefinición, como bien dijo la mesa al comienzo de esta exposición, existen diversas medidas de redefinición, una de las medidas sería la auspiciada por el proyecto que en el año 1991 tomó estado parlamentario, sería solamente las sujetas a oferta pública y sometidas a la Comisión Nacional de Valores; en cierta manera esta postura es sugerida por la ponencia de la Cámara de Sociedades Anónimas que está presentada a consideración de esta Comisión. Otra de las posibilidades sería sugerir métodos alternativos, por ejemplo, en el relato que comenzó esta Comisión, nosotros entendíamos que un sometimiento genérico hoy realmente excede "las reales necesidades que sugiere el movimiento societario". ¿Por qué decimos que excede? porque las circunstancias que substraigamos a estas entidades del control de constitución no implica que no las calificamos en su legalidad por vía registral, como bien se sostuvo hace un rato; entonces, como la calificación de la legalidad se obtiene por vía registral y cuando una sociedad ingrese en su período, en su iter constitutivo, lo que estamos calificando son movimientos estáticos y no dinámicos, me parece que es realmente no deseable permanecer con un control de constitución a nivel genérico. Este control de constitución parece más adecuado limitarlo a los supuestos ya expresados anteriormente: la oferta pública; la concurrencia para captación de ahorros con prestaciones futuras; las consabidas sociedades que explotan servicios o concesiones públicas, porque esta fue una idea en la cual Butti coincide que realmente en principio no la tenía incluida en mi trabajo y que después a lo largo de las experiencias obtenidas este año, me animé a proponerla y realmente con eso agotaríamos la enunciación de entidades que recurrirían al control de constitución en forma genérica.

En cuanto al control de funcionamiento pensamos también, que estas sociedades enunciadas deberían estar sujetas a un control de funcionamiento y que habría que mantener la potestad del Art. 301, como hace un rato también lo sostuvo el Dr. Butti y que por supuesto estas son todas medidas que pueden ser recurribles y justiciables.

Presidente (Dr. Sandler):

Dra. Pérez Casini, quiero aclarar que se están tomando notas pro secretaría para que mañana (que deberíamos finalizar este tema) se organice una pequeña comisión para intentar algunas conclusiones.

Dra. Pérez Casini:

Desde el punto de vista de la fiscalización del estado de la constitución, o sea, aquí mis antecesores han hecho una buena diferenciación, que todos sabemos y que por otro lado no podemos dejar de advertir.

En cuanto al control de la constitución y a la fiscalización en cuanto hace al funcionamiento de las sociedades comerciales, coincidimos en algunos aspectos con relación al proyecto de reforma que se presentó el año pasado y que fue motivo de sendas reuniones profesionales, en donde se escucharon calificadas voces al respecto. Mi gran duda o mi temor, es que pareciera a todas luces que la ponencia de la primera parte enfatizase sobre la necesidad del control, es porque justamente como bien señalaba el Dr. Butty recién, el contrato de sociedad es un contrato tanto en su constitución como en sus modificaciones en donde permanentemente se encuentran expresados los terceros, terceros que en cierta manera debemos ampararlos y en cierta manera debemos tener la mira puesta en ellos, y hay un poco en la segunda parte de mi ponencia que se refiere específicamente a la parte de registración, porque no podemos escindir la registración en materia de las provincias como en el caso de la provincia de Buenos Aires, a la cual pertenezco específicamente, y en el caso de Inspección de Justicia de Capital Federal en donde realmente se cumple una doble función, por un lado el control de legalidad y por "otro lado la misma función del registro público de comercio.

Entonces, en virtud de la diferenciación que hizo el Dr. Escuti, tenemos en claro las distintas funciones que cumplen las sociedades anónimas cerradas o de familia y también las sociedades abiertas que cotizan en la Bolsa, nadie duda a ese respecto de la necesidad de un control en cuanto a la constitución y controles más estrictos. Es más, cuando asistimos a las reuniones preparatorias de este Congreso en que se trató el anteproyecto presentado en 1991, se puso énfasis con relación a este tipo de sociedades que hay que extremar los controles en su constitución y que muchas veces se pierde de vista en el horizonte el control de funcionamiento. Yo creo que el control en sí mismo, hay que aligerar, en eso estoy de acuerdo también; yo no quiero trabas burocráticas para los administradores, todo lo contrario. Así, como se destaca que en la Inspección de Justicia de la Capital Federal se ha hecho convenios de precalificación, en la dirección provincial de Personas Jurídicas en la Provincia de Bs. As. también se ha firmado convenios con los colegios profesionales de abogados, contadores y escribanos, también tendientes a que el administrado no sufra las demoras o padecimientos en la registración. Yo realmente celebro ese tipo de rapidez, es más, la propicio desde todo punto de vista, de quitar el excesivo rigorismo formal de la burocracia por la burocracia misma.

Entonces, lo que me preocupa realmente, -por eso a lo mejor mi ponencia puede haber parecido que enfatiza sobre la necesidad de un control estatal- es resguardar, y de ahí la segunda parte de la ponencia, que yo pido se aclaren los alcances de la registración, porque si tenemos en cuenta lo que trata el proyecto de reforma en su Art. 6to..

En la ponencia lo digo muy así tangencialmente, que queremos que se inscriba todo y que realmente todo pase a ser una cuestión justiciable, en donde realmente esta bien. Todos tenemos presente el sistema que se tiene que tener en cuenta en punto a que si se presenta un conflicto entre las partes finalmente se va a resolver en jurisdicción de los tribunales, no va a ser el poder administrador porque no tiene jurisdicción para resolver ese tipo de conflictos, pero sí puede actuar productivamente y en algunos aspectos la función del Estado es esencial, entonces, tal vez sea el momento y también muy tangencialmente yo lo digo, me hago eco de los principios que el escribano Benseñor con tanta fluidez ha expresado en sus ponencias, en punto a las necesidades de fijar los alcances precisos del registro público de comercio. Entiendo que el control debe existir acotado y de ninguna manera para poner trabas burocráticas, todo lo contrario, para agilizar y para que pueda ser una cuestión que pueda servir de utilidad a los terceros.

Presidente (Dr. Sandler):

Muchísimas gracias. Dr. Olivera.

Dr. Olivera:

Coincido con el Dr. Butti en que hay que mantener la Inspección General de Justicia; coincido con la Dra. en que la Inspección General de Justicia, tiene que tener facultades de control de legalidad, si no es así totalmente su postura yo la sostengo, de legalidad en la constitución. No puede ser que sea un registro automático porque vamos a tener una sociedad con un objeto ilícito y el administrador la va a tener que inscribir. (Interrupción para aclararle concretamente el tema a tratar que no es si gusta o no gusta la tendencia sino qué es lo correcto). Yo sufro la Inspección de Justicia, la sufro día a día; pero con respecto a la tendencia a liberar; estoy de acuerdo en que debemos liberarnos de cuestiones burocráticas, pero no de cuestiones esenciales y creo que en esto estoy apuntando al tema en debate. El tema en debate es queremos liberalizar pero donde, hasta cuándo, en qué medida, en mi posición aun la sociedad más simple, cerrada, con un objeto sencillo, comercial, requiere de control mínimo de legalidad en el acto de constitución. Está en juego el valor de la seguridad

jurídica, coincido en que de todas formas el régimen de contralor de fiscalización una vez efectuada la constitución debe ser muy riguroso, cuando sea por cuestiones de interés público o por la actividad específica de la sociedad, y que debe ser muy liberal y simplemente formal para las sociedades cerradas con objetivos comunes.

Se le explica al Dr. Vanasco cómo fue ordenada la mesa, se parte de la base de admitir sobre el informe de los relatores nacional y local de que hay una tendencia generalizada a la supresión del control de fiscalización, los temas a discutir son cuáles son los límites de esa tendencia. Sobre este tema se abrió y cerró una lista de oradores, porque en esta comisión, que termina mañana, el otro tema a debatir estará vinculado con la registración.

Dr. Mallo Rivas:

En este tipo de debates me recuerda un poco aquella veo gente que va a una exposición de cuadros, en donde todos ven algo distinto, nadie lo ve igual porque obviamente todos parten de una serie de imponderables culturales, de perspectivas y de actitudes visuales. Acá habría una primera cuestión que hay que puntualizar: nadie ha propuesto la eliminación del control porque el tópico en cuestión es redefinición del control. Por lo tanto lo que estamos discutiendo es una cuestión de política jurídica, una cuestión de expresarnos en el sentido de tratar de captar y de volcar si a criterio nuestro hoy, que de alguna manera es una pequeña muestra del criterio general, esto es válido no? En ese orden de cosas, la política jurídica, no puede obviar partiendo de una pauta constitucional que es la del Art. 19 de la Constitución de modo que la primera regla de salubridad en la interpretación de todo esto entiendo que sería que los sujetos, el administrador, los jueces recordaran siempre como punto primario, implícito de toda cuestión que se plantee, que todo lo que no está prohibido, está permitido. La segunda cuestión, -puesto que esto es un Congreso Internacional y Nacional pero vamos a limitarnos a la nacional-, es que en la reflexión también tengamos en cuenta que si bien es cierto que el país está muy concentrado en la ciudad de Bs. As., muchos somos provincianos -de lo cual no tenemos reparo- y entonces, el problema está en saber en qué dista desde la perspectiva provinciana.

La cuestión no es tan simple de resolver, algunas veces porque hay datos de la realidad a tomar en cuenta, si de una política jurídica hablamos. Ahora hay uno en general, que comprende a todo el mundo y es el problema del burócrata; el problema del burócrata que cree que él sabe mejor del negocio que el propio dueño del negocio, que él sabe cómo son los riesgos y que si él dice sí el otro sujeto no debe o no puede en la realidad de las cosas padecer riesgos.

Esto no es una realidad, ahí está el peligro de los excesos del control. Pero, desde el punto de vista pragmático totalmente, de quien esté pensando en la ley que tiene que redactar como cometido del poder, también está la cuestión fundamental, muy importante en provincias, de decir voy a crear una estructura de control, con qué y con quiénes la manejo? qué presupuesto tengo? qué personas tengo? qué actitudes y qué capacidades tienen porque si no vendría a ser una burla a las circunstancias planteadas por las leyes.

Pensar en Córdoba, en Bs.As. en provincias de semejante magnitud, necesitan estructuras realmente importantes, trascendentes, hay que ver si eso vale o no vale en el caso concreto, porque sino otros serían los caminos para cumplir con lo que es función natural del Estado. Pero también tenemos que tener en cuenta que la guerra contra el control se lleva por distintos motivos, primero por una especie de agotamiento y una especie de frustración, de que aquellos fines muy loables que la ley tuvo no se cumplieron puesto que no es tan fácil cumplirlos y también porque, bueno, no habrá muchos, quizás no muchos, no sé, pero que bogan porque desaparezcan los controles porque también es interesante, que desaparezcan los controles para muchas cosas. De modo que acá hay un punto que es la eficacia y otro punto saber leer lo que se dice más atrás de las palabras, en el verdadero sentido de las postulaciones. Al hacerlo sugiero que nunca perdamos de vista como pautas a considerar, a los efectos de una recomendación -que quizás saliera si hubiera consenso, de nuestro seno- que muchas veces esto no se funda solamente en una cuestión de principios liberales, por ejemplo, de los que participo plenamente, no se trata solamente que esté en boga decir que esto es así.

Tengo mis graves reparos en que todos, de pronto, se han convertido al liberalismo, y hay que tener muy en cuenta que el Estado siempre tiene que tener una repuesta apta e idónea y aquí sí, en orden a la justicia frente a los terceros, frente a los socios y frente a la salud institucional que la institución refleje para el común de la sociedad:

Tener instituciones que no representan esto, que son sospechables, que no funcionen correctamente o que sean utilizadas de una manera torcida, no es bueno para la República, es decir, para la cosa de todos nosotros.

Por eso es que creo que tenemos que tener todos muy en claro que en el debate de esta difícil cuestión -que es más que una cuestión de medida- tengamos en cuenta la necesidad de puntualizar estas y tantas otras cosas que se han dicho muy importantes en casos específicos y concretos.

Presidente (Dr. Sandler):

Dr. Rossi.

Dr. Rossi:

En materia de control de constitución no suscribo la tesis de su supresión genérica, sino por el contrario de mantener el control de constitución sin distinción entre sociedades cerradas y abiertas, por las mismas razones que dieron el Dr. Butty y la Dra. Pérez Casini, a las que me remito.

Por otra parte, los sistemas basados en convenios con los Colegios Profesionales han dado resultados adecuados, lo cual nos exime de tener que propiciar una atenuación en la calificación en el trámite constitutivo. Pienso que el proyecto de reformas a la ley de sociedades sobre este punto (Art. 6to) no abastece los requerimientos de seguridad jurídica que hoy se han intensificado, a la luz de otros hechos si se quiere. Pasando al control de funcionamiento suscribo la tesis de acotar el Art. 299 centrándonos en la bursátiles, en la captación de ahorro público y las concesionarias de servicios públicos y también mantener el Art. 301 como una suerte de dispositivo de salvaguarda frente a situaciones eventualmente no previstas. Nuestro tejido socioeconómico está requiriendo, mientras esperamos las grandes inversiones, un tejido de pequeñas y medianas empresas, a las cuales hay que hacerles extensivos en protección de los terceros los requerimientos de la seguridad jurídica; que se inscriba cualquier cosa en el Registro Público de Comercio va a ser peligroso, porque va a dañar. Primero, el control de constitución es *latu sensu*, en mi concepto, un servicio de justicia que el Estado no puede suprimir o limitar en exceso; segundo, las inscripciones registrales tienen una presunción de validez que se proyecta sociológicamente.

Finalmente, complementando la propuesta de acotar el 299, coincido con el Dr. Escuti en que tiene que intensificarse el régimen de sanción porque la libertad tiene que ser responsable.

Presidente (Dr. Sandler):

Gracias. Dra. García Torralba.

Dra. García Torralba:

Sin desmerecer las ponencias, creo que la tendencia no es solamente borrar el control; no estoy de acuerdo con la posición de libertad o control, creo que el control debe existir tanto en la constitución de la sociedad como en su funcionamiento, sea sociedad cerrada o abierta. Las abiertas por supuesto con la Comisión de Valores y mantener la Inspección de Justicia. Considero que las sociedades de familia, las que generalmente constituyen sociedades anónimas, que en realidad deberían ser sociedades de responsabilidad limitada, llevan en

el futuro a conflictos societarios que perjudican más que a nadie a los acreedores. Si no hay ningUn tipo de control, la garantía de los acreedores que es el patrimonio de la sociedad y su capital, generaría un caos que sería imposible de controlar que hoy en día, por lo menos, en Capital Federal, con el sistema ue hay de precalificado, la inscripción y fiscalización es rapidísima y creo que se debería implementar en el resto del país porque es muy sencillo. Sí estoy de acuerdo a lo que dijeron anteriormente, que se debería sancionar mucho más de lo que hoy en día existe, que en realidad creo que el control es deficiente porque no hay sanción, no porque no hay libertad y después que si tenemos un verdadero control vamos a tener la seguridad jurídica que nuestro sistema de tipicidad nos da; porque si se va inscribir una sociedad anónima yo voy a saber que es una sociedad anónima de acuerdo a lo que dice nuestra ley y no cualquier otra cosa que sería la generalidad en la inscripción total. No comparto la posición de que el año pasado el anteproyecto del 91, tenía una tendencia a inscribir todo; en lo personal, me parece que es una aberración”

Presidente (Dr. Sandler):

Bien, ahora Dr. Cornejo Costas.

Dr. Cornejo Costas:

Quienes plantean la liberalización total del control, creo por razones de seguridad jurídica, si no existe un control preventivo, creo que la dra. de Bs.As. dijo una cosa muy cierta, el sistema de burocracia que hay en los organismos de control nos llevan a descreer del control. Entonces, el tema es por un lado si debe o no debe haber control, cómo debe ser ese control en la práctica, quizás cómo es el control en la práctica nos está llevando a la liberalización y conceptualmente no queremos.

Yo creo que sería un semillero de pleitos si no hubiese control de constitución, lo que sí hay que evitar son los excesos de controles, pero creo que el servicio que se presta a terceros y a los mismos socios con un control preventivo ágil y no burócrata, es mucho es más positivo y la realidad lo demuestra no sólo acá, sino en otros países también. Entonces creo que tenemos que tener cierto cuidado, no en cambiar, creo que debemos cambiar e ir a un mejor control con ciertos cuidados en liberalizarlo casi totalmente. Tampoco creo en los estatutos de trámite rápido, porque el contrato de sociedades no es cualquier contrato, es un contrato de duración prolongada. Normalmente debe tener ese marco de control de legalidad fiscal si no pasaríamos primero a pertenecer a sociedad atípica, porque estoy seguro que habría montones de casos si no hay control en sociedades atípicas; entonces, en esto debemos ser

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

puddentes, guardando el Art. 19 de la Constitución pudiendo poner todo lo que se pueda poner en un contrato, con mucha más libertad de la que se cree, proyectando la cláusula que establece la ley al respecto, pero creo que debemos ir hacia un cambio, en eso estoy de acuerdo.

Presidente (Dr. Sandler):

Quiero recordarle al Dr. Vanasco (ya que él no estuvo) que estamos discutiendo sólo la ocnveniencia de un sistema de control o de libertad.

Dr. Vanasco:

Solo voy a aclarar dos o tres aspectos de una ponencia que he presentado, porque me parece que es necesario aclararla en su espíritu más que en sus situaciones concretas.

Yo creo que es una realidad que la tendencia es la que en esta comisión se ha expresado, en el sentido de que los controles por el tipo social, ya no son de la necesidad de nuestra comunidad.

Por eso en la ponencia destacó que en mi criterio y está presentada como un anteproyecto de ley, que habría que modificar la parte relativa al control administrativo, reemplázandola por una idea de servicio.

He sido director de la comisión nacional de valores e inspector general de justicia o sea he estado en la inspección de dos organismos de control y he podido asumir la experiencia de lo que significan esos controles de ahí que hoy puedo brindar a los que vienen un poco de esa experiencia y señalar que sí control es el de la Comisión Nacional de Valores, ese control debe mantenerse porque está en juego la tutela del ahorro público, esta la tutela de los inversores, está la tutela del mercado de capitales y vemos que tiene que cumplir una función importante para no defraudar a aquellos que acercan sus ahorros a la convergencia de un mercado de capitales que es progreso para las empresas y para el país. El control por lo contrario por la tipo social debe ser abandonado pero no hay que desperdiciar las experiencias de los organismos que durante muchos años ejercieron y por eso pienso que hay que transformarlos en organismos de servicio, brindando o dando la posibilidad de que brinden el servicio de su fiscalización con el agregado de que esa intervención va a producir un efecto jurídico y ese efecto jurídico es el ensañamiento del acto que se inscribe con ese control.

Aquellos que no quieran recurrir porque se sienten seguros de la eficacia del acto que van a conformar lo pueden hacer sin necesidad de pasar por ese control. Segundo creo que el organismo de fiscalización o de servicio debe brindar otro el de ser el centro de comunicación de estados contables y de

situaciones internas de la sociedad porque en materia de sociedades anónimas alguien tiene que guardar la historia de las sociedades. La historia de sociedades pasa por su libros, por sus actas de asambleas, pasa por sus estados contables, no es posible que eso en lo que están comprometidos intereses de terceros y de socios quede librado absolutamente a la desprotección de su desaparición, por eso entiendo que esa obligación debe mantenerse con toda para que las sociedades por acciones remitan sus antecedentes a un organismo que los guarde y brinde el servicio de su información y de su permanencia y como tercer aspecto de inspección de justicia y como dice el Dr. Mallo Rivas, si ello lo permiten, los presupuestos, etc., se organicen los tribunales de arbitrajes societarios institucionales en el sentido de que pactada esa intervención arbitral sea una cláusula compromisoría ya sea en contrato en cualquier contrato obligatoria para recurrir al arbitraje y al laudo de la inspección de justicia.

Presidente (Dr. Sandler):

Muchísimas gracias, Dr. Vanasco. Es interesante podemos estar en desacuerdo o de acuerdo con la tesis del Dr. Vanasco, lo brillante de esto es que ha contribuido de alguna forma al cumplir y colaborar con lo que habíamos pedido que partiendo de la base de la tendencia generalizadora de la supresión él sugiere importantes límites o sea no es ni blanco ni negro dentro de lo que él entiende admisible. plantea novedosas alternativas, no hay que desecharlas, creo que tendremos, por fin, que acostumbrarnos a aceptar ciertos disensos.

De manera que yo personalmente le quedo agradecido al Dr. Vanasco por esta aportación en realidad ha venido a cumplir con lo previsto, le agradezco al grupo que ha venido porque de esta manera es probable que nos encontremos con algunas alternativas que este Congreso vaya a ofrecer. Si Uds. están de acuerdo tendríamos que concluir el programa mañana.

Presidente (Dr. Sandler):

Siendo que el Dr. Rojo puede acercarse recién ahora, le voy a pedir al Dr. Roitman que haga la presentación del Dr. Angel Rojo, quien es nuestro relator internacional en este tema.

Dr. Roitman:

Dos palabras para presentar a nuestro amigo Angel Rojo: Es conocido por todos nosotros, ha visitado nuestro país en varias oportunidades. Ha sido en los últimos años el puente entre el derecho argentino y el derecho español.

Tenía un vínculo muy especial con uno de nuestros maestros, el profesor Quintana Ferreyra. Nunca me voy a olvidar las palabras que el Dr. Rojo dijo cuando vino a nuestra provincia a recibir el título de Académico en la Academia Nacional de derecho de Córdoba, a todos nosotros: "Uds. fueron testigos de todos sus días, yo lo fui sólo de los últimos".

Angel Rojo se formó en la Universidad de Madrid, hizo sus estudios especiales en esta disciplina en la Universidad de Bologna, donde además de adquirir contacto con la cultura italiana, lo hizo con la alemana, de la cual tiene un amplio dominio y una formación muy especial.

Fue catedrático en la Universidad de Alcalá de Arenas y actualmente es catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, en reemplazo del Dr. Aurelio Menéndez, creo que es la distinción más importante de su vida (al menos desde mi punto de vista).

Sólo eso quería decir sobre nuestro amigo Angel Rojo, cuya presencia honra este congreso.

Sobre el Sistema Registral español

Dr. Rojo:

Se me ha pedido que comparezca ante ustedes para hacer una exposición sencilla, clara y breve sobre el nuevo Sistema Registral Mercantil Español; debo decir que agradezco muchísimo esta invitación, porque estoy convencido que en este punto concreto el Derecho Español tiene algún mérito y merece alguna atención. En efecto, como ustedes bien saben España entró tarde en la Comunidad Europea y se nos planteó la delicadísima tarea de tener que incorporar las directivas en materia de sociedades, en bloque; es decir, incorporarlas todas juntas ya que no las habíamos ido incorporando como teóricamente tendrían que haber hecho los estados miembros fundadores. Y en la 1ra. directiva se obligaba a los miembros a establecer un sistema de publicidad de clara inspiración germánica, que estaba en contraste con nuestra cultura jurídica, pero se obligaba tan sólo para las sociedades anónimas, las limitadas y las comanditarias por acciones; y la 1ra. posición que tuvo en este punto el órgano que prepara las leyes mercantiles de España, la llamada Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación fue hacer una reforma muy limitada específicamente para estas tres formas sociales.

A esta 1ra. idea surgió una 2da., en cuya gestación tuve algún protagonismo, para aprovechar la ocasión de reformar de los pies a la cabeza todo el Sistema Registral Mercantil Español. Y esta idea terminó por abrirse paso y tenemos hoy una Ley y un decreto de 1989, que conforman un Sistema Registral

Mercantil del que yo personalmente me siento muy orgulloso. Porque, cuál es ese sistema registral? Bueno, distingamos entre los instrumentos técnicos de la publicidad y los efectos de esa publicidad en 1er. lugar, para luego referirnos a la ampliación de las funciones tradicionales del Registro mercantil.

Instrumentos técnicos de la publicidad: Antes de la reforma el Sistema Registral Español, estaba configurado mediante registros mercantiles Provinciales ubicados uno en cada capital de Provincia, hoy tras la reforma del 89, tenemos en 1er lugar los mismos registros mercantiles Provinciales pero además tenemos como 2do. instrumento técnico el boletín oficial del registro mercantil, y conectado unos con otros el Registro Mercantil Central. Los registros provinciales se mantuvieron, yo creo, por la idea de política legislativa de mantener cercano el registro a los particulares. No fue sin embargo ésta la única idea que se manejó, se pensaba por ejemplo en la conveniencia de sustituir los registros provinciales por registros autónomos; es decir, uno por cada comunidad autónoma e incluso se pensó también la idea de suprimir todos los registros Provinciales. y sustituirlos por un único Registro nacional, estatal, con terminales de ordenadores en los distintos registros de la propiedad, es decir, uno por cada ayuntamiento, a fin de que fueran colectores de los datos inscribibles y luego su manejo quedase reducido a una única oficina. Dentro de las distintas alternativas: Registro Provincial, Registro autónomo, Registro nacional, se optó por la tradicional, por la 1ra. y en consecuencia tenemos hoy cincuenta registros provinciales como teníamos antes. Pero esos registros, debo decir, han experimentado un proceso de informatización verdaderamente acelerado y costoso, las inversiones que se han hecho han sido muy altas y esto, claro, sus efectos todavía no son apreciables ya que los datos informatizados son del uno de Enero del 90 al 92; pero en un plazo razonable de tiempo podemos pensar que la informatización sea completa y absolutamente útil.

Que hacen estos registros provinciales? Al frente de los mismos hay un registrador que tiene la función calificadora; es quien califica los datos, los documentos que se le presentan a inscripción y luego, a través de un minucioso régimen reglamentario selecciona los datos esenciales de las inscripciones, y a través de un procedimiento informático lo remite al registro mercantil central. El registro mercantil central, a pesar de su nombre, no es un registro mercantil, no tiene ninguna de las características tradicionales de los registros y cumple simplemente una función colectora de datos. Ese registro mercantil central recibe los datos esenciales de las inscripciones y sin utilización manual alguna los remite reclasificados al boletín oficial del Registro Mercantil que los publica en la sección 1ra., sección de actos inscribibles. Estos son los instrumentos sencillos que tenemos; debo advertir que frente al principio de la

inscripción que regía antes del 89, por imperativo de la 1ra. directiva, ahora estamos sometidos al principio de la publicación, de modo tal que los actos inscriptos y publicados en el boletín oficial son oponibles frente a terceros, por regla General a partir de la 1ra. publicación y no a partir de la fecha de la inscripción.

Problemas prácticos que nos plantea el Sistema del Registro Central y del boletín oficial del registro mercantil: son problemas externos, no internos del sistema. Se ha elevado tremendamente el costo del conocimiento por parte de terceros. Antes, el tercero que quería conocer un dato inscripto acudía al Registro y accedía al conocimiento de los libros; ahora el tercero simplemente se limita a consultar el boletín oficial del registro mercantil que cuesta muy caro, 1ra. cuestión, la suscripción al boletín es muy cara. Pero además, 2do. factor de costo, que hay que ponerlo de manifiesto, es carísima la publicación de datos.

Con otras palabras, la empresa que hace cualquier operación inscribible y que antes pagaba nada más que las tasas correspondientes al registrador, ahora se encuentra con un costo 2do. suplementario, que es el costo de la publicación, costo excesivo. ¿Por qué razón? Porque tengo la sospecha de que el boletín oficial del estado, la gaceta, la vieja gaceta heredera del 19, se esta financiando a través del sistema mercantil; es decir, a través del boletín oficial del registro mercantil es una crítica, pero repito externa no interna, podría ser todo mucho más barato, más fácil, han decidido establecer unas cuotas muy caras y eso, repito, se nota.

Ahora bien, debo decir que aparte de esta circunstancia han nacido ya en la práctica española un sinnúmero de empresas especializadas en informatizar a su vez la información que ofrece el boletín, con lo cual en lugar de tener que ir leyendo boletín tras boletín, basta realizar un contrato de servicios para que esa información nos sea facilitada inmediatamente y a costo muy bajo. Debo decir también que el boletín ha terminado por afianzarse en la práctica española y hoy es rara la empresa de medianas dimensiones que no esta suscripta a él y que al menos no hojear los datos más significativos.

Así pues, instrumentos de la publicidad en los registros provinciales, el Registro Central, (el mal llamado Registro Central), y el boletín oficial del Registro mercantil. Pero al mismo tiempo respecto al Registro central se ha aprovechado la idea para iniciar lo que el día de mañana podría ser el gran registro de las denominaciones de las personas jurídicas; hoy, es sólo el registro de las denominaciones de las sociedades mercantiles y demás entidades inscribibles; antes, del otorgamiento del instrumento público de constitución, de la escritura pública notarial de constitución, es preciso solicitar del registro Mercantil central certificación de que esa denominación no pertenece a

ninguna sociedad o entidad preexistente. Esto puede parecer algo de escasa importancia práctica, debo decir que la importancia práctica de esta innovación es enorme; cuando nosotros imaginamos las funciones del sistema mercantil central hicimos un pequeño estudio estadístico de las homonimias, y debo decir que a lo ancho y a lo largo del Reino de España las homonimias eran sorprendentes. Fíjense uds.: la sociedad denominada Sevilla S.A., hoy por cierto prohibida, estaba inscrita nueve veces en nueve provincias distintas. Hoy afortunadamente se dictan las homonimias y sobre todo se establecen principios legales para la elección de la forma social prohibiendo por ejemplo, pues desde las inmorales, curiosamente muy frecuentes; hasta las equívocas, aquellas susceptibles de inducir a error, por ej.: Fundación Sevilla S. A., no, si es una sociedad no puede ser una fundación, o aquellas otras que den una idea de imagen pública, de organismo público o que utilicen nombres que den esa idea subrepticia o subliminalmente, por ej: Juan Carlos Iro. S.A. que también estaba registrada y estaba funcionando en la práctica sin ningún tipo de vinculación por parte de la Casa Real.

El registro de denominaciones: no nos hemos atrevido a crear un registro de nombres de personas jurídicas porque en la estructura de vuestro estado tan complicada y tan en rodaje como la que tenemos, un estado de las autonomías hay muchas personas jurídicas que tienen ya atribuida la competencia de control de modo completo en el plano de la comunidad autónoma y no ya en el plano del Estado. Así por ejemplo las cooperativas en determinadas regiones han sido reguladas ya por normas regionales o autonómicas como nos. decimos, caso de Cataluña, el País Vasco, caso Andalucía, Galicia, Navarra, caso de la comunidad autónoma valenciana. Entonces realmente planteábamos un problema de competencias y hemos renunciado a hacer un registro de personas jurídicas intentando sentar a través del muy racional registro central de denominaciones las bases de ese futuro pactable registro de denominaciones.

Respecto de los efectos: éstos se trasladan desde la inscripción hasta la publicación y hemos evitado el problema italiano. Ustedes saben que el viejo sistema ha sido acogido en Italia a través de un decreto legislativo del Presidente de la República del mes de diciembre de 1969, pero no ha funcionado. ¿Por qué no ha funcionado en Italia? Porque como consecuencia de una mala organización, el boletín oficial del registro, no se publicaba con la periodicidad debida. No tiene sentido suprimir un sistema de la inscripción por un sistema de la publicación, si la publicación no es correcta, no es completa y no es puntual. Se dudaba de nuestra capacidad para evitar el mal italiano y debo decir que en estos momentos somos el único estado de la Comunidad Europea que publica el boletín oficial del registro mercantil todos los días, 1er dato, y además entre la fecha de inscripción y la fecha de la publicación de los datos

esenciales transcurre un periodo que varia de registro a registro, según la diligencia de los registradores, pero están algunos de ellos en tres o cuatro días y en otros en siete u ocho. Realmente es admirable, el retraso es mínimo, la distancia temporal entre que se practica la inscripción y el momento en que se publica el dato esencial de la inscripción, efectivamente es mínimo y esta funcionando muy bien, con otras palabras el principio de la publicación es un principio que ha podido cuajar y ha podido asentarse en nuestro derecho precisamente porque la inserción de la técnica está funcionando adecuadamente.

Pero no solamente esto sino que a mi juicio lo más importante no ha sido sólo el sustituir el sistema de la inscripción por el sistema de la publicación sino haber ampliado las funciones tradicionales del registro mercantil. Yo hoy podría decir que políticamente casi fue una casualidad esa ampliación, pero no importa porque se hizo, lo realmente decisivo es que hoy nuestros registradores mercantiles constituyen un cuerpo potenciado al máximo y con funciones nuevas que antes tenían otros cuerpos o que eran desconocidas en el Derecho Español. Tres funciones nuevas y fíjense ustedes como todas esas funciones no son registrales propiamente dichas, los registradores mercantiles aparte de registro Mercantil hoy tienen una naturaleza doble de modo tal que podríamos decir que son también algo así como titulares de una jurisdicción voluntaria en materia de comercio, algo parecido, no en todas las materias, en las tres que paso a mencionar: 1ro. la legalización a priori o en su caso a posteriori, en los límites legales, de los libros de comercio, libros de actas y libros de llevanza obligatoria; lo que antes estaba atribuido a nuestros juzgados y centralizaba con un tremendo retraso. Por que se les atribuye a los registradores esa función de legalización de libros que ya se hace por medios mecánicos y absolutamente rápidos, sin problemas? Se les atribuye para descargar a nuestros jueces, no por potenciar a los registradores sino por descargar a la judicatura de algo que realmente no tenía porque realizar; al mismo tiempo se establecen mecanismos importantísimos para evitar la doble legalización de libros, la práctica de tener un juego de libros en blanco legalizados y un juego de libros con los que se jugaba, ha desaparecido por completo, porque hay un mecanismo previsto en virtud del cual no se puede legalizar un libro sin la integra cobertura del anterior o la denuncia de robo, destrucción, etc.

Segunda función todavía más importante, el registro Mercantil es oficina de depósito de las cuentas anuales, tanto de las individuales como de las consolidadas, parecería que no tiene importancia esta función, estamos ya encontrando una enorme utilidad en la consulta de esas cuentas anuales, es decir, el encontramos con una sociedad que podemos saber algo de ella acudiendo al registro, viendo el balance o viendo la memoria o el informe de gestión, parece que no es nada y es muchísimo. Yo lamento que no hayamos

sido muy rígidos respecto del incumplimiento del deber de depósito. Por que? porque esta sancionado por multa, una multa escasamente disuasoria para las grandes entidades, y conozco una importantísima sociedad que ha decidido pagar la multa antes de depositar sus cuentas consolidadas, hoy precisamente ese grupo se encuentra en situación de crisis económica y algunas de sus sociedades han suspendido pagos con lo cual es evidente que la sanción no es adecuada. Los alemanes han ido mucho más allá, porque en Alemania sino se depositan las cuentas anuales en tres ejercicios consecutivos el registrador de oficio procede a la cancelación de la sociedad convirtiéndola ministerio legis en sociedad irregular, con todas sus tremendas consecuencias.

Tercera función muy importante, es que el registrador Mercantil ha asumido la función de ser quien en determinadas condiciones designa a los auditores de cuentas de la sociedad. Cuando la sociedad esta obligada por la cuarta directiva a tener auditores de cuentas y no los ha designados basta acudir al registro Mercantil para que se proceda a su designación. Segundo supuesto: cuando sin estar obligada a ello una minoría que represente el 5 % lo solicita del registrador mercantil este sin más procede al nombramiento del auditor con cargo a la propia sociedad, es una innovación fundamental, de unos alcances muy importantes y se esta haciendo uso de esta facultad de forma muy amplia en la práctica española, sobre todo las minorías de sociedad no obligadas a auditorías que exigen a través del mecanismo registro que se proceda al nombramiento del auditor.

Problemas prácticos: No tenemos en España un autentico derecho penal económico, ahora esta en las cortes españolas un proyecto de Código Penal y es algo, se esta intentando enmendar esta laguna importantísima. Pero que esta pasando en la práctica? pues que muchas veces el registrador nombra al auditor de cuentas de la sociedad, el auditor con su nombramiento registro se presenta en la sede social y la sociedad le niega el acceso a las fuentes contables para la realización de su tarea; esto debería estar tipificado como delito y es muy dudoso que pueda encuadrarse en alguno de los tipos penales generales, no conozco ningún caso, además, en que se haya intentado esta solución, la vía es muy indirecta, la vía es pedir del juez que ordene a la sociedad el libre acceso del auditor y entonces en caso de desobediencia, y por los mecanismos del desacato, desobediencia judicial, etc.. Pero son vías indirectas y poco satisfactorias. Y dentro de esa misma función hay que hacer referencia además a otra todavía más importante, que es, que los registradores Mercantil son los competentes para nombrar los expertos independientes que juegan en los siguientes casos:

Primero, en el supuesto de aportaciones no dinerarias, en la constitución de anónimas o comanditarias por acciones o en los aumentos de capital. Frente al mecanismo comunitario que permitía que fueran los propios administradores

quienes nombraran a estos expertos, en España ha sido una solución muy rigurosa que sea un externo independiente quien nombre al experto independiente; es decir, que sea un registrador Mercantil quien proceda a este nombramiento. Es muy importante, es una medida que explica además la huida masiva hacia las sociedad de responsabilidad limitada que no tiene esa exigencia y al mismo tiempo , nombramiento de experto independiente para que emita el informe en caso de fusión, y nombramiento de experto independiente para que emita el respectivo informe en caso de escisión de sociedades, estas nuevas funciones del registro Mercantil son relevantísimas y han potenciado al cuerpo nacional de registradores de la propiedad y mercantiles de España hasta unos limites verdaderamente insospechados. Si en 1989 se pensaba que el cuerpo podía desaparecer o simplemente quedar convertido en un funcionariado público, hoy ese cuerpo ha asumido funciones de gran relieve y al mismo tiempo ha asegurado una actuación independiente de la administración y que ha ejercitado con una notable independencia y con una notable calidad. Nada más, señores. Muchas gracias.

Presidente (Dr. Sandler):

Ahora va a continuar la labor de la comisión, y les recuerdo que la finalización está prevista para este mediodía. En ese orden, reitero algunos conceptos.

Sobre fiscalización y registración:(conclusiones)

Secretaria (Dra. Casabe):

Hay una tendencia generalizada a redefinir las tareas de fiscalización, siempre y cuando no se derogue el control de legalidad que en virtud de un reordenamiento normativo va a estar a cargo del registro. En orden a ello, dentro de las funciones de fiscalización debe distinguirse el control de constitución del control de funcionamiento.

El control de constitución ejercido por la autoridad administrativa de contralor implica la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y fiscales correspondientes y la aprobación de la valuación de los aportes no dinerarios. Atento a que la sociedad también sera examinada en cuanto a su legalidad, al tiempo de requerirse su inscripción registro, se propone eliminar el control administrativo previo por cuanto al existir control de legalidad o

calificación por parte del registro en su proceso inscriptorio, la determinación del principio de legalidad estaría cumplida.

La supresión propuesta no implica de manera alguna la eliminación del denominado control de legalidad, por cuanto el mismo se obtiene en sede registral, por ello sólo se justifica mantener la intervención previa de la autoridad administrativa cuando las sociedad recurran al ahorro público o la oferta pública. En cuanto a las sociedad que explotan objetos o actividades que afectan al interés público, se juzga conveniente propiciar la intervención de la autoridad administrativa antes de poner en ejecución su objeto en función del bien jurídico tutelar.

En relación al funcionamiento, debe limitarse el control, a las que hagan oferta pública, requieran dinero o valores del público con promesas de prestaciones futuras, exploten concesiones o servicios públicos o desarrollen un objeto específico sometido a fiscalización. Se propicia mantener también la potestad de fiscalizar aquellas sociedades por acciones no incluidas en la enumeración anterior cuando concurren algunos de los supuestos mencionados en el artículo 301 de la Ley 19.550. En orden a lo expuesto debe distinguirse claramente el aspecto de fiscalización del de registración, pues este último, sujeto a los principios registrales que analógicamente se le aplicarían en sede comercial, derivados de los sentados en el ámbito inmobiliario, conlleva la potestad calificatoria con los alcances y límites que la propia legislación establezca, que supone el control de legalidad.

Sobre los sistemas y técnicas de registración

Presidente (Dr. Sandler):

Sres. creemos que de esta manera satisfacimos todo tipo de inquietud. Es un esfuerzo que personalmente, les agradecemos. Porque ello significa un avance en materia de concetración de estudiosos del derecho societario. Por secretaría vamos a leer, el concreto del tema que comienza. Por favor registración.

Sistemas de registración, homonimias, irregularidad y reconducción.

Presidente (Dr. Sandler):

Una pregunta, se me ocurre que podríamos comentar los temas, yo que me preocupé que todos estos temas no desborde en el tiempo.

Dr. Roitman:

¿Podría hacer una sugerencia? Me parece que los temas más importantes aquí son el sistema de registro y técnicos, a partir de allí si alguien en el uso de la palabra quiere referirse a un tema en particular, se desarrolla.

Presidente (Dr. Sandler):

Lo ponemos a consideración, si pudiera el relator nacional refrescarnos a qué nos referimos cuando hablamos de sistemas de registración, por favor.

Dr. Benseñor:

Se entiende fundamentalmente que un registro público tiene que recibir información, sistematizarla y brindarla al público, esta es la función esencial. Independientemente de ello la legislación le concederá a la inscripción efectos sustantivos o no, de acuerdo a lo que se inscribe concretamente, pero fundamentalmente la divulgación de lo inscripto hacia lo externo es la función esencial del registro., que pensamos que en la actualidad por el tratamiento inorgánico que tiene la registración Mercantil dentro de las normas vigentes no es posible obtener. Que vamos a tratar:

1er. tema: Son suficientes las normas registrales contenidas esporádicamente en el Código de Comercio, art. 34, 35, 36 y las que surgen de la Ley 19.550? o es conveniente que las normas registrales estén reunidas en un cuerpo orgánico, metódico y uniforme, que a nivel nacional fijé las grandes pautas? Porque no se trata aquí de imponerles a las jurisdicciones locales técnicas que de acuerdo a sus potestades constitucionales tendrían derecho a organizar, sino de indicar las reglas generales tal cual se ha hecho en el ámbito inmobiliario.

La otra cuestión es concretamente si vamos a insistir con las técnicas rudimentarias de libros, que indudablemente no alcanzan a brindar el efecto de lo que realmente se busca, por eso se propicia en las ponencias presentadas y ya veo que en más de una la creación de los denominados folios registrales, folios reales u hojas registrales como lo llama el reglamento del registro Mercantil al cual se refirió recientemente el Prof. Rojo.

Presidente (Sandler):

¿Está claro lo que vamos a discutir?. Sí, Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

Creo que, de acuerdo a lo que se discutió aquí que los temas principales no son esos, sino el tema de control de legalidad y de efectos ha abierto mayor interés en los participantes.

Secretaria (Dra. Casabe):

Me parece que de todas formas hablamos de lo mismo. Cuando hablamos de Sistema registral y vamos a debatir la necesidad de un cuerpo orgánico estamos entrando directamente en la posibilidad de aplicación de los principios registrales. El control de legalidad apunta a un principio esencial dentro de la registración, que es el de la calificación, de modo que analizado que sea el Sistema Registral conveniente en el ámbito mercantil, vamos a entrar de lleno en el ámbito del control de calificación.

Presidente (Dr. Sandler):

Bien, entonces estamos de acuerdo. Tengo un postulante: Olivera, Nissen, Butty, Belmes, Pérez Casini, Favier Dubois, Rossi, Junqueira, Sandler (me voy a permitir anotar último)

Dr. Olivera:

Es un anhelo generalizado progresar en el ámbito de la registración mercantil y apoyo el Sistema de la hoja registral, que prácticamente todo estudio jurídico que se dedique a sociedades llevamos una hoja similar, y que va a facilitar la función de divulgación e información al público. Creo también necesario, ya fuera en un cuerpo orgánico anexo al Código de Comercio o insertado dentro de la ley de sociedad comerciales, sistematizar no sólo las cuestiones operativas y la técnica sino también los efectos, la responsabilidad y las sanciones. El caso que ha mencionado el Dr. Rojo sobre la sanción ante la falta de presentación de los balances es una realidad constante, que no es operativa de ningún tipo de sanción y las sociedades presentan sus estados contables con la frecuencia que desean, con la dificultad que plantea esto para los terceros o los propios accionistas que quieren acceder a esa información.

Entonces, concretando, apoyo la sistematización en un cuerpo orgánico pero que esa sistematización no sea simplemente la regulación operativa sino también tenga las consecuencias de la tipicidad y los efectos y las sanciones correspondientes.

Presidente (Dr. Sandler):

Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

Control de legalidad para mí es el tema más medular de los que vamos a tratar. Yo estoy de acuerdo con el control de legalidad en el acto constitutivo y en el acto modificatorio. Sostengo que es quizás demasiado lo que hoy se controla, pero creo que por la naturaleza jurídica de la constitución de una sociedad los fundamentos, la finalidad, son contratos destinados a perdurar la vida de los socios, en algunas sociedad los herederos deben ingresar aun contra su voluntad, a una sociedad cuya vigencia puede tener hasta 99 años. Un control de legalidad que revise previamente el contrato destinado a perdurar de tal manera con lo que implica el nacimiento de un sujeto de derecho nuevo independiente de los socios, es fundamental. Las demoras en los organismos de contralor deben ser evitados, quizás el control debe limitarse a donde están afectados normas de orden público, nulidades absolutas y dejar las nulidades relativas a que lo discutan los mismos interesados porque los herederos hasta que no ingresan a la sociedad no tienen término de prescripción ni les ha vencido ningún plazo para hacerlo. Por otro lado creo que tenemos que alivianar todos estos controles, por ej: el control contable sobre los aportes no dinerarios.

Y finalmente quería tocar el tema de los efectos, creo que es el tema más importante, por que siempre se ha confundido que alcances tiene la registración de actos en el registro mercantil, lo mismo pasa un poco con la rubrica de los libros, es muy importante rubricarlos pero muy poca gente se ha detenido a pensar por que hay que rubricarlos, como si fuese un manto de legalidad general. Por lo tanto si bien hay una presunción de legalidad a lo mejor un poco cuestionable desde el punto de vista si el control de legalidad esta a cargo de los mismos profesionales a quien se les ha otorgado de inscribir el contrato, esa presunción de legalidad, yo por lo menos la veo bastante más disminuida que cuando el control de legalidad esta a cargo de un organismo independiente pienso que hay que redefinir las cosas y debemos partir de la base, a mi juicio y ese es el sentido de mi propuesta, de la modificación del artículo séptimo cuando dice que la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el registro público de comercio. De esa manera que en su momento se justificaba, porque recordemos bien nos. que en 1972 los aires de control eran muchos más fuertes que en este momento, hacia pensar y dijo más de un autor de la ley de sociedades que todo lo que no estaba regularmente constituido era sociedad irregular con lo cual dejábamos en el vacío al famoso tema de las sociedades en formación. Yo creo que hay que insistir que el verdadero tema es que la inscripción en el registro público de comercio hace

oponibles frente a los terceros los derechos y defensas nacidos del contrato social y nada más, es decir, una publicidad de conocimiento, los terceros tienen donde ir a ver de que se trata la sociedad y esto es muy importante y desde el punto de vista sustancial simplemente que los derechos o defensas nacidos del tipo social solamente se adquieren con la registración del contrato. Si nosotros definimos eso quizás ya no entraríamos dentro de la clasificación de las sociedades irregulares o regulares, bueno simplemente las que no se inscribieron no podrían oponer frente a terceros, si plenamente entre ellos, pero no frente a terceros, los derechos o defensas nacidos del contrato social y toda la problemática de la sociedad en formación la tendríamos absolutamente solucionada, hasta ese momento, hasta la inscripción concreta, bueno entre ellos vale todo podrían funcionar plenamente los órganos sociales, habría sindicatura, directorio y asamblea, pero frente a terceros no podrían oponerse los beneficios del tipo social en lo que a los terceros se refiere y los afecta.

También habría que clarificar de una vez por todas el art. 12 que sostengo que en la medida que la sociedad es un contrato muy particular, quizás de interpretación restrictiva pero plenamente válidos los principios generales, en el sentido que lo que los partes han pactado es ley para ellos mismos, que las cláusulas del contrato social y sus modificaciones sean plenamente oponibles entre los socios y frente a la sociedad pero no frente a terceros, creo que se hace necesario clarificar el 12. También el 60 pero fundamentalmente hay un tema que me preocupa, el conocimiento de los terceros extrarregistral porque acá se ha hablado mucho de aplicar las normas del registro inmobiliario en donde los terceros que conocen el acto no podrían valerse de las insuficiencias de las registraciones o de las ausencias y particularmente quiero explayarme un poquito en este tema si me permite, en el art. 11 inciso 2º cuando establece el tema del domicilio de la sociedad se ha prestado a muchos abusos porque si bien el principio general es correcto, el último domicilio inscripto es válido y vinculante para todas las notificaciones, encontramos muchísimos casos en donde el tercero conocía perfectamente cuáles eran las oficinas porque negocio, trabajo, le envió la factura y cuando llega el momento de la notificación judicial opta por la notificación en el domicilio inscripto sosteniendo que si no inscribió, problema de él, la omisión solamente imputable al sujeto societario que no cumplió con esa, bueno esto no sería muy congruente con algunos principios del derecho registral, si yo conozco el acto no podría yo invocar que no se inscribió, de todos modos reconozco que es un empezar a transitar, pero como enemigo de los principios o reglas generales, hay veces que lo que estoy diciendo me convence y otras veces que el principio general del art. 2º cubre determinados vacíos y quizás evita transitar un camino en donde los juicios se tenderían a alargar.

Deberíamos comenzar a estudiar la posibilidad de que el conocimiento por parte del tercero extrarregistral tuviese virtualidad para evitar determinados abusos.

Presidente (Dr. Sandler):

Dr. Butty.

Dr. Butty:

En primer término quisiera efectuar una puntualización y luego una propuesta. En cuanto a la puntualización es la de que en mi opinión no necesariamente contralor de legalidad se identifica con calificación. Sabemos que en torno a la interpretación de cuales sean las facultades del registrador Mercantil conforme al art. 34 del Código de Comercio hay tres posiciones: una la de que el registro Mercantil en el texto legal vigente art. 34 del Código de Comercio sería un mero incorporador documentario sin facultad de control alguna, es lo que se ha dado en llamar el registro buzón.

La segunda postura interpretativa identifica las facultades del registrador Mercantil con las que tiene por ejemplo el encargado del registro de la propiedad inmobiliaria, circunscribiéndolas a la mera calificación, entendiendo por calificación el análisis de la regularidad documental extrínseca, no es lo mismo ontológicamente el documento exterior ejemplar que el negocio ejemplarizado en el documento por donde la potestad de calificación, que es la única que se le reconoce al registrador Mercantil inmobiliario, recae exclusivamente sobre la regularidad documental exterior teniendo vedado el análisis del negocio causal, del negocio ejemplarizado en el documento.

Mientras que una tercera interpretación que terminó por prevalecer atribuye al registrador mercantil, más allá de las facultades de registrador inmobiliario una potestad de contralor de legalidad entendiendo por tal la posibilidad de analizar el status legal del negocio ejemplarizado más allá del documento. Esta fue la postura que terminó por prevalecer.

Ahora bien, en el proyecto con estado legislativo del año anterior, se suprime el contralor de legalidad y se pasa a la primera alternativa, a la técnica del registro buzón. Ahora bien, vayamos al análisis y a eventuales propuestas para circunscribirlo. Nosotros interpretamos que en el derecho vigente art. 34 del Código de Comercio el registrador Mercantil tiene hoy más potestades que la mera calificación, ejerce contralor de legalidad que implica jurisdicción voluntaria y analiza el status legal del negocio ejemplarizado más allá del documento ejemplar. No nos oponemos a la supresión del contralor de

legalidad con tal de que se instrumenten los debidos contrapesos y proponemos una vez más que el notariado asuma definitiva y efectivamente su responsabilidad, postulo que el registro notarial es un registro público a cargo de un funcionario oficial no rentado oficialmente pero oficial, graduado universitario, que debiera ejercer conforme al status legal vigente (...)

El hecho interno vigente en algunos de los países de la comunidad se imponga la constitución por escritura pública en todos los tipos sociales, lo cual implica entre otras ventajas, no solamente que se descentraliza el contralor de legalidad a cargo del notario, que tiene un registro-público, pensemos en lo que acaba de explicarnos el prof. Rojo, el registro notarial de cada notario sería una 1ra. instancia descentralizada, luego esto se centralizaría a nivel por ejemplo de colegio, o algún instituto nacional y esto tendría a la vez un recurso de alzada y este notario graduado universitario ejercería el contralor de legalidad, la registración se cumpliría allí y desde este punto de vista no habría ningún inconveniente en un registro público inclusive nacional mero buzón, porque el contralor de legalidad ya se efectuó, esto permitiría fundar un grave problema en nuestro derecho que es relativamente fecundo en conflictos, que es que en rigor desde el punto de vista sistematico, el efecto retroactivo de la constitución definitiva que establece nuestro derecho no se justifica porque en Francia, este efecto retroactivo reconoce como origen que todo los tipos se constituyen por escritura pública, en consecuencia no nos oponemos a la supresión del contralor de legalidad en sede registral final, registro buzón, con tal que se generalice la constitución por escritura pública para todos los tipos sociales ejerciendo de una buena vez el notariado, primera instancia notario de registro, la función de titular de un registro público estricto ejerciendo él el contralor de legalidad.

Presidente (Dr. Sandler):

Dra. Belmes, es su turno.

Dra. Belmes

Realmente, me cuesta volver a ser un poco reiterativa respecto a la concreción de la propuesta de crear un registro de comercio que tenga las mismas facultades que el registro de la propiedad, es decir que aprovechando la experiencia en este campo. Y la creación del folio real u hoja que tenga la historia de la sociedad, en realidad, yo no he trabajado como ponencia en este tema pero quiero adherirme a esta temática para que de este congreso salga la idea que este tema sea tratado a nivel nacional.

Presidente (Dr. Sandler):

Dra. Pérez Cassini, perdón, tiene 10 minutos.

Dra. Pérez Cassini:

La ponencia que yo he traído, queda totalmente corroborada con el tema de que el control de legalidad puede ser diferido al registro público de comercio. Toda vez que yo estimo que el control de legalidad debe ejercerse necesariamente, y tal vez el medio adecuado para poder ejercer este control de legalidad a efecto de dar seguridad en las transacciones comerciales que se realicen por parte de las sociedades, comerciales, sea el registro público de comercio quien tenga a su cargo la de dar a publicidad los actos que en el se inscriben y aquí viene un poco la preocupación que pongo de manifiesto por el proyecto que se presentó el año pasado con relación a la función que va a cumplir el registro-público de comercio en punto a la publicidad, o sea me preocupa fundamentalmente la publicidad material, como decía recién el Dr. Butty si las funciones van a ser de mero buzón en donde se va a inscribir y en donde todo va a pasar a ser un problema judicial, en punto a que por un lado tendríamos que pensar en redefinir los alcances de las funciones que cumplen los registro público de comercio toda vez que si aplicamos los arts 34 y 36 del Código de Comercio en materia societaria, cabe la posibilidad de pensar que si el control de legalidad se ejerce fundamentalmente entonces en sede registral, no va a haber ningún inconveniente pero no podemos entonces disipar o separar el control de legalidad por un lado y quitarlo por completo y no darle las funciones verdaderas que tiene el calificador, o sea propuesta concreta, que se redefina la función que va a cumplir el registro público de comercio tal vez sea el momento de pensar en una reforma integral y en punto a las funciones no sé si tal vez sea lo mas correcto, de que las provincias puedan tener sus disposiciones particulares pero sobre la base organizada de tener todos una misma participación y afinidad en la forma de registrar, o sea, tal vez nos pueda servir por lo extenso de nuestro territorio que tengamos principios fundamentales en materia de registración y proponer entonces la asunción de una forma clara de registrar que subsuma el control de legalidad, creo que se estarían acotando las funciones. Creo que en punto a hacer realmente el control de legalidad se estaría depurando y evitando tener cualquier conflicto posterior y previniendo entonces con la intervención calificadora dentro de ese control de legalidad. que ejercerían los registros-públicos a los efectos de que el instrumento goce de salud. O sea todos pensamos que cuando un instrumento no obstante que no tiene efectos saneatorios la inscripción y tal vez a lo mejor sea ambicioso pensar que si hacemos un registro público donde se registren las

pautas y las características podamos inclusive animarnos a que la inscripción sea realmente no saneatoria entonces esta en la habilidad de la búsqueda de cuales van a ser los objetivos de este registro público. y darle seguridad a las partes y a su vez que el tramite goce de salud a través de la calificación que se haga del documento.

Presidente (Dr. Sandler):

Dr. Favier Dubois, por favor.

Sobre los sistematización de la legislación registral

Dr Favier Dubois:

Creo que sería muy importante que este congreso sacara como conclusión que es necesaria una legislación especial, federal y completa sistematizada sobre registro público de comercio, así como ayer dijimos que tenemos que separar fiscalización de registración acotar la fiscalización a los tiempos que corren sin renunciar y poniendo los contrapesos, creo que sería importante que en materia de registración propusiéramos en concreto una ley registral, por supuesto que esto no nos agota toda la temática fijense que pareciera que la evolución argentina es así, el registro en una secretaría judicial o sea un registro notarial estatal porque las secretarías judiciales recordemos que estaban a cargo de un notario o escribano, se llamaba el secretario, funciones notariales que no son las que tienen los secretarios ahora.

Después pasamos a registros administrativos en autoridades de control porque vino toda la mezcla entre registración y fiscalización, forma todo parte de la misma cuestión o de la misma rueda, que lo fiscalizo, que lo registro, y se me clava conformidad administrativa con el registro al final bueno esto derivó en dobles controles, triples controles y al final se dijo bueno volvamos al control único, control de la autoridad administrativa con lo cual el tema de registro quedó medio opacado se confundió. Recién ahora la inspección acaba de sacar, en Capital por lo menos, una especie de reglamento de la registración diez años después de que absorbió las funciones, quiere decir que recién ahora se dio cuenta que es distinto fiscalización que registración. Ahora que está en crisis la fiscalización se vuelve de alguna manera a la registración, decimos bueno, nos queda la registración, frente a esto el Dr. Butty propone el registro notarial, creo que es una postura interesante que sería quizás volver al registro judicial inicial pero en la sede notarial específica lo que bueno, tendríamos algunos problemas de administración.

Volviendo al tema, Ley orgánica, ¿qué sistema adoptamos? ponemos normas básicas, podemos por una ley orgánica sacar disposiciones locales sobre registración, podemos los aquí presentes que vengan de distintas provincias donde no tengan por ejemplo un sistema de homonimia, podrían reglamentarlos ya o tendrían que esperar esta ley nacional, creo que podrían reglamentarlos ya, podría hacerse el control de las inhabilidades concursales, qué son las inhabilidades concursales? personas que calificadas su conducta como culpable fraudulenta tienen una inhabilidad de cinco a diez años para determinadas actividades, que la ley de sociedades engrosa más aún para determinados cargos administrativos, bueno esto no se controla, se debería controlar? primera respuesta, o estamos en un esquema de impunidad o estamos en un esquema de responsabilidad, en un esquema de responsabilidad se podría controlar ya, cada persona que volviera a su registro local o a su comunidad podría decir mire, desde mañana empezamos a controlar las inhabilidades concursales, desde mañana empezamos a controlar las homonimias como se hace muy bien en algunas provincias.

Ley nacional registral, principios generales yo diría podríamos partir de los principios españoles, pero tenemos que hacer la siguiente adaptación; ¿qué estamos registrando? documentos, negocios o sujetos. Si registramos documentos la regla de la oponibilidad e inoponibilidad, es decir, esta inscripto es oponible, no esta inscripto es inoponible pero si uds. no sabían, publicidad cartular le dirían los inmobiliarios, le diría Nissen si ud. sabía que el domicilio lo había cambiado no me puede venir a decir que esto no se inscribió, esto funciona perfecto en el área registro inmobiliario, el área registro mercantil tiene el siguiente problema, si nos atenemos a los asientos patrimoniales, si ud. conocía que yo cedí las cuotas no me venga a tratar a mí como socio porque sabe que el socio es el otro, este es un asiento patrimonial, pero en materia de personas jurídicas, en materia de matriculaciones podemos hacer aplicar este principio de mera inoponibilidad a lo no inscripto, no es tan sencillo, nuestra ley por supuesto que tiene una complicación mortal entre art. 7, la irregular, la en formación, la constituida, la retroactividad que no esta derogada, el 12 es un art. terrible que el proyecto con estado parlamentario ni lo toco, porque le tiene miedo al 12, la interpretación del mismo, los otros todos los problemas todo el tema de lo que no entra en el 12, modificación no inscripta y todo lo demás qué? la extranjera, la regularización de sociedades irregulares, disolución de sociedades irregulares, la transformación, la fusión, la escisión, los mismos aumentos de capital y la discusión de si podemos emitir las acciones aunque el aumento no esté inscripto. Esto nos plantea una serie de temáticas que están medio desbordadas y no creo que la regla de mera oponibilidad o inoponibilidad nos las solucione, entonces tenemos que sistematizar el registro, adaptarlo al

sistema inmobiliario, y al sistema español, pero tener cuidado a lo mejor con alguna norma que tendremos que dejársela a la ley de fondo relativa a que hacemos sobre todo con el 12 que es un poco la propuesta que hace Nissen y un poco la que hago yo a lo mejor en distinto sentido, pero precisándola.

Presidente (Dr. Sandler):

Dr. Rossi.

Dr. Rossi:

Entiendo que es necesario una ley nacional, diferir la reglamentación a las provincias sería una alternativa, hasta que se llegue a este objetivo sería prudente establecer una coordinación entre los organismos locales con vistas a dictar mientras tanto reglamentaciones relativamente afines, también cabe la posibilidad de que la ley registral sea una ley federal entendiéndose que el mayor acercamiento e integración que impone la época se vincula con la perspectiva constitucional del bienestar general, así que este es un tema que hay que plantearse, una ley registral sería una ley federal o una ley nacional de aplicación local.

Me adhiero al principio de establecer el folio por la relevancia que tiene para los terceros y porque además va a simplificar la labor del registrador y creo que hay que tomar en serio lo que dijo el Prof. Rojo reglamentar con cierta estrictez que se va a volcar en esos folios, para evitar asimetrías, como se dice hoy en día, esta ley de fondo tiene que receptor ciertos principios, yo todavía no estoy seguro de que puedan transpolarse todos los principios de registración inmobiliaria pero sí considero que el principio de legalidad tiene que tener especial relevancia, postulo el mantenimiento del art. 34 del Código de Comercio interpretado como lo interpretaba Halperín, es decir, un control de legalidad previo y sobre el contenido intrínseco sustancial del instrumento inscribible. También debería fijarse como principio que la registración ya no es una facultad de las sociedades en orden a la oponibilidad del acto una ventaja en tal sentido sino que tiene que ser impuesta como una carga en interés de los terceros y del comercio, es decir la sociedad debe registrar sus actos; no tiene la facultad de hacerlo y debe hacerlo en el plazo del art. 39 del Código de Comercio. Por lo tanto esta ley tendría También que establecer un régimen de sanciones estricto no solamente por la falta de presentación de balance sobre lo que aquí se ha enfatizado sino también por la no inscripción en término de los actos inscribibles e inclusive a la autoridad a cargo del registro público de comercio tendría que dársele la atribución para proceder oficiosamente a

intimar a las sociedades a que inscriban los actos omitidos, hay algún antecedente en el derecho italiano en este sentido.

Hay que organizar el registro nacional de sociedad por acciones, el registro de sociedad extranjeras, efectivamente hay que reglamentar las calificaciones e inhabilidades y bueno en lo que no coincido es en la delegación del registro, por lo menos en el estado actual de las cosas, creo que todavía hay que concebirlo como una jurisdicción voluntaria de 1er. grado como acertadamente se ha dicho, considero que tiene que estar en poder del Estado mas allá de los convenios de cooperación o asistencia que pueda haber, no es delegable en ese sentido, la escritura pública sin duda puede ser una garantía en lo que hace a los aspectos extrínsecos pero en la practica nos muestra que actos documentados por escritura pública obtienen a veces observaciones sobre su contenido, las estadísticas del tramite precalificado en la Cap. Fed. nos lo señalaría en un orden de un 25 o quizás un 30% así que no veo en eso una garantía absoluta, ademas para un cierto tipo de sociedad menores estaría imponiendo un costo adicional que si no esta compensado con seguridad jurídica no lo veo justificable y ademas los vientos de la desregulación en este aspecto tendrían que ir llevando una liberalización de las formas y no un mayor rigor formal.

Presidente (Dr. Sandler):

Dra. Junqueira, es su turno ahora.

Dra. Junqueira:

Adhiero a lo que dijo el Dr. Rossi, creo que debe legislarse sobre la sistematización, sobre el registro público, adhiero al folio real, sobre el control de legalidad, si bien morigerado, creo que la precalificación ha morigerado un poco al sistema, no somos rigoristas, en lo personal sé que soy bastante amplia, y justamente pretendo que la inspección no solamente respecto de la precalificación sino me gustaría que la inspección en gral. ampliara su criterio justamente en este momento esa es la pretensión de todos los inspectores pero hay temas que exigen en cuanto a la fiscalización, cierto dislate en el tiempo y demás. De todas maneras considero que el control de legalidad debe existir morigeradamente y dependiente del Estado .

Presidente (Dr. Sandler):

Bien, gracias. Dra. Casabé.

Dra. Casabé:

Se me ocurre que es conveniente hacer una unificación de todos los planteos que no se contraponen de acuerdo a lo que yo estimo y que se han planteado acá, y me parece que pasa por hacer hincapié en dos conceptos fundamentales. Uno es la necesidad de que exista una ley orgánica en función de la regulación de este sistema registral por el que todos estamos bregando. La analogía que planteamos al principio con relación al ámbito registral inmobiliario esta dada por la aplicación de estos principios registrales que a fuera del ámbito nacional y dentro del ámbito internacional son de aplicación y han servido incluso para los registro mercantiles y en función de eso reitero que estos principios están dados fundamentalmente por los principios de inmatriculación, principio. de rogación, principio. de calificación que esta íntimamente relacionado con el control de legalidad. Cuando digo que es necesario hacer hincapié en otro punto que no se contrapone con esto me refiero a la propuesta que hiciera el Dr. Butty, creo que sin perjuicio de que su postura es de máxima y a lo mejor a los escribanos puede complacerles, el tema pasa mas que por un registro notarial, de órbita notarial, pasa por hacer hincapié en el documento auténtico, entonces ese control de legalidad que nos asusta cuando lo vemos por analogía con el principio. de calificación inmobiliario que apunta a las formalidades extrínsecas va a estar íntimamente relacionado y complementado con la derivación de una instrumentación proveniente de un documento auténtico y con esto no estoy limitando exclusivamente a la instrumentación por escritura-pública sin perjuicio de que no comparto el tema de que esto incremente los costos sino que estoy hablando de una verificación de la concordancia con la legalidad realizada por el profesional en función de la responsabilidad que la instrumentación implica. Por eso el principio de calificación derivado a la sede registral no conlleva necesariamente en transformar el registro en un mero buzón. Puesto que el control de las formalidades extrínsecas apunta también por la flexibilización de este concepto, a ciertas características de fondo en tanto y en cuanto el registro puede oponerse a la inscripción cuando estamos en presencia de nulidades absolutas y manifiestas.

Presidente (Sandler):

Dr. Benseñor, Ud. quería agregar algo.

Sobre el control externo: Conclusiones

Escribano Benseñor:

Voy a tratar de hacer algunas referencias en virtud de lo que hemos escuchado en el día de hoy y También en el día de ayer. 1er tema . Se ha hecho alguna referencia a la existencia de sistemas convencionales de registración en la Cap. Fed. por la implementación de los convenios con los colegios profesionales, yo creo que esto realmente ha permitido entre los colegios y la Inspección General de Justicia consensuar una suerte de interpretación a las facultades que el art. 6 le concede generosamente al registrador merc. En cierta manera, quiero hacer notar, que la Dra. Mercado de Sala presentó una ponencia a esta comisión donde propone precisamente consensuar o sea reconsensuar el contenido del art. 6 para evitar una reforma legislativa y poder acotar el ejercicio del control de legalidad. De todas maneras esto que por vía convencional se ha logrado con gran efectividad, no tiene estamento legal, lo que queremos acá es conseguir un estamento legal, porque no se olviden que un convenio puede ser denunciado por las partes, puede ser incluso afectado por resoluciones de índole administrativas, por eso estamos aquí no para hablar mal de los convenios sino para consolidarlos con la norma positiva conveniente. Con respecto a la organización registral a través de una ley orgánica, creo que hay un consenso prácticamente mayoritario. Con relación a la aplicación de los principios del derecho registral creo que mucho de ellos, los inmobiliarios son genéricamente aplicables a todo sistema registral, algunos requerirán una adecuación para implementarlos en el ámbito mercantil.

¿Qué pasa con el denominado control de legalidad? El control de legalidad en realidad es la aplicación del principio de legalidad porque el principio de legalidad determina que al registro accede documentación válida, este es un principio esencial para que el informe que se dé a los terceros, la publicidad tenga ciertas dotes de validez y de eficacia. El problema está en determinar cual es la amplitud de la aplicación de este principio de legalidad. Tenemos por un lado el sistema de calificaciones mínimas, ejemplo: proyecto con estado parlamentario desde el año 1991, seis causales meramente formales impiden la inscripción, si no se dan estas causales el documento se inscribe, esto es calificación mínima. Luego tenemos calificación máxima ej: Halperín art. 6 de la ley 19.550, y luego tenemos sistemas intermedios, a mi me parece advertir que la tendencia es encontrar un sistema intermedio que en cierta manera y recojo la observación del Dr. Nissen, ha sido receptado desde hace varios años por el proyecto presentado por el Consejo Federal del Notariado Argentino.

En aquel sistema se acuerda un margen de calificación superior al de la registración inmobiliaria, es decir, no se agota exclusivamente en la formalidad extrínseca sino que va un poco más al negocio porque permite calificar las nulidades y permite incluso el control de las homonimias y permite También la calificación de la omisión de los requisitos esenciales no tipificantes pero ahí culmina la tarea del registrador impidiendo que se pueda sortear en demasía la calificación completa de toda la contratación porque entendemos que esa contratación solamente puede ser justiciable por los órganos del poder judicial, yo creo que por este lado va la real solución y creo que esta podría ser la recomendación de esta comisión. Por último quiero hacer dos referencias más. Se han hablado de sanciones, no nos olvidemos que las sanciones están previstas en el art. 302 de la ley de sociedad y sin embargo brillan por su ausencia, entonces yo creo que acá habría que redefinir también el régimen de sanciones.

La ley en el art. 302 determina un régimen de sanciones, una batería de actividad que puede imponer la autoridad de control y que hoy no sabemos porque no la impone. Pero en el ámbito registral esto no está legislado entonces pareciera ser que si le concedemos al registro principio de aplicación del control de legalidad También le tenemos que dar sanciones para aplicar en caso de omisión de registrar o de informar ciertos actos. Creo que esto es importante porque También hay ponencias presentadas donde la única sanción que se propicia es la causal de disolución, yo creo que acá hay que hacer una división, hay ponencias que dicen: la omisión de presentar balances debe dar lugar a la aplicación de sanciones, y hay ponencias que dicen la omisión de presentación de balances debe dar cuando es reiterada a declarar que la sociedad se ha disuelto, yo creo que el criterio que se advierte en esta comisión es que lo ideal es trabajar con la batería de sanciones y no con las causales de disolución. Por último quiero hacer una referencia a algo que quedó pendiente en el día de ayer, y era que en el contenido de nuestra ponencia hablamos que los recaudos tributarios no deben ser dilatorios de las inscripciones, y alguien dijo. ¿Como? quiere decir que se van a poder inscribir documento y ni siquiera se va a pagar el impuesto de sello, nadie dijo eso, lo que se dijo es que el recaudo tributario no debe demorar o impedir la registración, una vez que la registración se logre ahí habrá que hacer el reclamo fiscal pertinente, lo que no es oportuno es legislar tributariamente para impedir el acceso registral de los documento., me parece una barbaridad que un organismo municipal pueda llegar a decir que no se inscribe un acto en el registro-b. de comercio porque no se pide un cese de actividad municipal, eso es un disparate y tiene que haber un freno legal contenido expresamente para evitar que estos malos administradores de los tributos públicos pretendan retardar la registración porque son incompetentes

para cobrarlos por sí, por propia actividad. Y esto tiene parangón en nuestra ley, el art. 41 de la ley 17801 dice: no podrá impedirse la registración inmediata de los títulos, por disposiciones de índole administrativo o tributaria en tal sentido. Y que pasa si un abogado o un notario ingresa un documento y no paga el impuesto de sello, pues bien, primero se inscribe y luego le dan vista impositiva y se terminó el tema.

Presidente (Dr. Sandler):

Me adhiero a las posturas vertidas anteriormente. Me preocupó este desencuentro que en realidad es terminológico, hablamos de control de legalidad, hablamos de intrínseco, de extrínseco, de legitimación. Me preocupó que gente joven esté fervientemente enraizada en la necesidad del control. Dónde esta el desencuentro, creo que esta en que la responsabilidad nuestra, hablo de los mayores, es no haber sido elocuentes comunicadores del verdadero mensaje y nos hemos quedado con las palabras y claro, dogmáticamente todos sabemos lo que queremos decir, creo que nos esta faltando algo importante y ahora me refiero, cuando analizamos el 34 que dice que es el control de legalidad.

Pero ¿qué es el control de legalidad, qué significa en esas zonas grises? Ese es el desencuentro, yo autorizo una escritura de constitución de una sociedad anónima, qué pasa con un estatuto donde decide que las acciones nominativas en la sociedad vota por que en ese caso los socios titulares de las acciones son ilimitadamente responsables con el pasivo de la sociedad, una barbaridad. Entonces si un estatuto dijere que la sociedad decide no reunirse una vez cada tres meses, si entonces decide en aspectos no esenciales no tipificantes porque el art. 11 lo cubre abiertamente tengo acá a la vista la ley española, si resulta que por el art. 10 de la ley esp. brinda lo que ellos llaman la autonomía de la voluntad y permite los pasos sinceros auténticos, donde esta el secreto que hace a este desencuentro que algunos quieren porque temen.

Qué es el control de legalidad, qué es la palabra. En Mendoza hicimos una distinción entre continente y contenido nos interpretábamos el 34 con que si contiene y acá el término es tan importante como fue tan importante ayer no habernos entendido por la redefinición de la cosa, la palabra contiene no es caprichosa observen uds. que donde nos hemos puesto de acuerdo en Cap. Fed. con la inspección de justicia aporta al final una expresión que dice "el presente documento contiene los requisitos legales y fiscales" porque tenemos un problema, la ley dice y no la podíamos modificar que se aprueba si a juicio de la autoridad de control el documento contiene los requisitos legales y fiscales, y yo me pregunté siempre qué son los requisitos legales y fiscales? Significaba

desde el aspecto fiscal lo que acaba de decir Benseñor, significaba desde el punto de vista legal que aquellas zonas grises que trae la ley de sociedades donde todavía estamos discutiendo el acto extraño o notoriamente extraño al objeto social, estamos discutiendo oscuridades en la ley, todavía entonces le dejamos al representante del poder ejecutivo un burócrata de turno que decida si le parece bien que yo ponga en un estatuto que voy a restringir la circulación de las acciones cuando se trata de médicos, y me exige lo que la ley no me exige, esto es lo que hemos padecido los que de alguna manera nos hemos enfrentado a meses o años de demora en la conformidad administrativa absurda, no nos hemos decretados enemigos del control de legalidad pero hemos padecido horrores, por eso a la gente joven los convocamos a que hagan propuestas sobre qué es lo que acá creo que nos faltaría, cual es el límite del control de legalidad, y yo creo que serían las nulidades absolutas y notorias y manifiestas si el documento tiene nulidad no se inscribe, no se admite y es responsable el profesional, pero si tiene otras cosas donde yo decido libertad en base a lo que la ley española habla como la autonomía de la libertad, no es quién la inspección de justicia para vedarme esta inscripción, esto es lo que estamos bogando. Yo les pido me disculpen por esta ansiedad, pero hubiese querido realmente que la verdadera labor nuestra fuera en la docencia a partir de establecer las pautas de que las palabras tengan el contenido y disintamos con Rossi, él habla del aspecto intrínseco de la cosa y los registradores hablan del valor extrínseco del documento, ¿cuando nos vamos a poner de acuerdo? Lo que no estoy de acuerdo es darle al estado la posibilidad que califique lo que yo con toda libertad, sin vulnerar y sin incurrir en nulidad absoluta o manifiesta pueda volcar en un estatuto. No quiero lidiar con el inspector de turno.

Bien. Bueno, quedamos sinceramente agradecidos, superando todos los obstáculos propios del debate, reitero que quedamos sometidos a la redacción final que la secretaria y el Dr. Benseñor harán del relato. Perdón, el Dr. Butty quiere, como ponente, explicar algo sobre sus ponencias.

Sobre Irregularidad y Reconducción

Dr. Butty:

Sí, gracias. Las ponencias más son dos. Una sobre irregularidad y otra sobre reconducción, aspecto que no se vincula desde nuestro punto de vista, con la irregularidad. La ponencia sobre irregularidad postula que en el derecho argentino vigente, la irregularidad es vicisitud exclusiva del momento fundacional y que quienes postulan que puede haber irregularidad sobreviniente en principio están confundiendo, invirtiendo los términos, la configuración de

responsabilidad ilimitada y solidaria con irregularidad que no es lo mismo. Vayamos al grano la irregularidad implica por definición irregularidad comprensiva por supuesto de la situación de la sociedad de hecho es vicisitud del llamado iter constitutivo, la sociedad en nuestro derecho positivo queda concluida como tal, como fenómeno inmaterial cuando los socios intercambian el consentimiento sobre los llamados elementos específicos, son inequívocos los elementos específicos, el fondo común o capital, la participación en las utilidades y en las pérdidas y para algunos, yo coincido con esta posición, intercambiado el consentimiento de los socios sobre los elementos específicos, la sociedad ha nacido como tal.

Ahora bien, este contrato vivíparo como decíamos ayer esta luego sujeto al famoso y algo ampulosamente llamado iter constitutivo siendo ya sociedad debe cumplir un conjunto de recaudos de oponibilidad-pública cuyo elenco varía según la complejidad del tipo, si la sociedad ni siquiera inició el proceso sera una sociedad de hecho, si habiéndolo iniciado lo abandonó definitivamente sera irregular, con gravísimas consecuencias, alguna de ellas criticadas por la doctrina que provienen de ser considerados estos un fenómeno sumamente disvalioso por el legislador, las gravísimas consecuencias no son solamente la responsabilidad ilimitada y solidaria; otra grave consecuencia es que cualquiera de los socios puede pedir la disolución en cualquier momento, otra grave consecuencia supuestamente tal, postulada por la generalidad de los manuales y que nos ofrece alguna duda, sería la supuesta capacidad para bienes registrables, este es un tema opinable pero supongamos que la consecuencia es esa, de modo tal que en nuestro derecho la irregularidad da lugar a un régimen fuertemente punitivo, es decir sancionatorio como de la displicencia de los socios que siendo ya tales no se han dignado cumplir con el llamado iter, es decir desplegar este conjunto de recaudos de oponibilidad-pública por donde no parece conforme al principio de finalidad que debe presidir la interpretación del derecho como instrumento político ni parece conforme a una recta integración sistemática, interpretar que pueda haber irregularidad sobreviniente porque cuando los socios ya se dignaron cumplir con este iter y el iter esta perfecto las razones que llevaron al legislador a implementar este duro régimen ya no concurren, bueno pero habría irregularidad sobreviniente porque alguno, como mi querido amigo Ricardo Nissen, por desorbitación del iter liquidatorio, bueno aquí en todo caso habría que hablar de responsabilidad ilimitada y solidaria que no es lo mismo que irregularidad, la irregularidad da lugar a otros efectos sobreagregados, esta es nuestra ponencia, qué quiere decir el art. 36, norma transitoria para la sociedad accionaria que participa de una no accionaria con anterioridad a la 19.550 y no enajenó en término, su participación.

Bueno existe una sentencia que no está firme, en la que he considerado este tema y considero que la frase en la ley debe quedar suscripta al régimen de las no regularmente constituidas es un error del legislador porque claramente en una integración sistemática virtualmente forzosa lo que hay allí es transgresión de una incapacidad y en consecuencia una nulidad del vínculo, porque sino se estaría perjudicando el interés de la partícipe que es lo que se quiere tutelar, si la partícipe queda sujeto al régimen de la irregularidad es lo opuesto contradictorio de lo perseguido por el legislador con el 30 que se orienta a tutelar el interés de la partícipe esto impone mas allá del conceptualismo calificadorio, lo que la doctrina llama interpretación rectificatoria o arrogatoria, la frase legal no puede ser de modo que esta es una de nuestras ponencias postulamos reconocer o declarar que en nuestro derecho positivo tal cómo esta la irregularidad es un fenómeno exclusivamente proveniente de vicisitudes al momento de la constitución y no puede ser sobreviniente. En cuanto la ponencia sobre reconducción trataré de hacer una extrema síntesis, postulamos allí que la reconducción cuya recta denominación, debía ser revocación del estado de liquidación, es un modo general de revocar el estado de liquidación proveniente de cualquier causal de disolución y no solamente en los dos supuestos positivamente reconocidos por la ley vigente, el art. 95 en su nueva redacción, esta bien que yo soy uno de los corresponsables pero así se presentó a batalla, con un error sistemático bastante grave coloca a la reconducción a renglón seguido de la prórroga, institución con la que no tiene nada que ver.

La prórroga implica una postergación del cumplimiento del plazo antes de que venza, mientras que la reconducción supone que ya se ha producido la disolución por lo de esto no tiene nada que ver, y la doctrina no había visualizado cuando se presentó toda la controversia en torno a la reconducción y ya desde 1972 la ley contenía otra causal de reconducción para el caso de retiro de la autorización para hacer oferta pública, por sanción firme que admite la reconducción por decisión asamblearia posterior. Ahora bien, nosotros postulamos que mas allá de estos dos casos expresamente previstos por la normativa la reconducción es un modo de revocar el estado de liquidación que provenga de cualquier causal de disolución, por supuesto esto supone tomar partido sobre diversos aspectos de la teoría general de las sociedades supone que la personalidad de la sociedad en liquidación es plena y que la frase "a ese efecto" del art. 101 obedece a una defectuosa transpolación del mejor formulado art. equivalente de las leyes de sociedad anónimas españolas que postula que la sociedad mantiene la personalidad durante la liquidación. De todos modos la frase "a ese efecto" en el 101 no ha ido acompañada de ninguna restricción normativa de ninguna especie de la plena personalidad por donde postulamos que la personalidad de la sociedad en

liquidación es plena, tal como postuláramos en el Congreso de Derecho Societario de Mendoza, la capacidad de derecho de la sociedad no está limitada por el objeto dado que la disolución y el pasaje al estado de liquidación producen una restricción del objeto a solo los actos liquidatorios por donde si la capacidad de derecho dependiese del objeto no podría haber reconducción si no en los casos expresamente previstos, como para nosotros la capacidad de derecho de la sociedad no está delimitada por el objeto, lo cual puede demostrarse hasta positivamente.

No existe disposición para la reconducción y por lo que se refiere al largo tema de la reconducción acordada por mayoría y su supuesta incidencia sobre el derecho de los socios en la cuota de liquidación, esto que está solucionado por la reforma del 83 con una postura intermedia se vincula con cual sea el momento del nacimiento del derecho de los socios a la cuota de liquidación para nosotros se produce con la formulación de los estados contables de distribución en los que esta cuota se cuantifica por lo que hasta ese momento podría ser acordada por mayoría y por lo que se refiere a los derechos de los terceros si los socios hubiesen comenzado a practicar la liquidación con menoscabo del activo cabe señalar lo que si ese menoscabo del activo, porque la liquidación supone como sabemos en realizar el activo para cancelar el pasivo y distribuir entre los socios, si hubiera comenzado la realización del activo, en tanto esta realización del activo no alcance a la cifra capital no violentan el único derecho que tienen los terceros que está limitado por la cifra capital, de ahí la enorme importancia de la cifra capital en el balance porque justamente es el límite mínimo para la distribución de utilidades sujeto al principio de efectividad de modo tal que si la realización del activo producto del comienzo de la liquidación, no ha afectado el tope mínimo de la cifra capital no está afectado el derecho de los terceros y si lo hubiera afectado como la reconducción si bien no se identifique por la constitución tiene analogía como diría la doctrina clásica analogía próxima con la constitución habría un analogado próximo de la falta de integración de los aportes con lo cual nacería un derecho de los terceros a obtener la reintegración de este capital menoscabado con la consecuente responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios que sería irreversible porque la reconducción opera por definición hacia el futuro.

En consecuencia estas son nuestras dos postulaciones, en cuanto a la irregularidad, fenómeno exclusivo del momento fundacional, no hay irregularidad sobreviniente y en cuanto a la reconducción modo general de revocar el estado de liquidación que provenga de cualquier causal de disolución y no solamente las dos positivamente enumeradas.

Sobre las actividades de las sociedades extranjeras en nuestro país

Dra. Barrau:

La ponencia que traje es sobre las sociedades extranjeras que venían a realizar actos propios del objeto social al país y no cumplían con los requisitos del art. 118. Esta ponencia surgió en base a ciertos autores donde leí que esas sociedad que realizaban actos propios del objeto social en forma habitual las consideraban irregulares y le aplicaban las normas de sociedad irregulares y de hecho. Yo partí de la base que en principio toda sociedad esta administrada o regida por los funcionarios que son los administradores, que los eligieron de acuerdo al estatuto o al contrato de la sociedad y que los socios en muchos aspectos no tienen contacto con estos administradores, es decir que están separados ambos órganos. Atento a ello si nosotros consideramos que estos administradores vienen a realizar actos propios del objeto a nuestro país y que efectivamente vienen a realizar actos propios y las consideramos irregulares y de hecho, cualquier tercero que contrata con estas sociedades podría considerar que esos socios, esa sociedad extranjera que podría ser la Exxon de E.E.U.U. tendría que responder en forma ilimitada y solidaria, con el mismo criterio podríamos hacer mas grande la situación si por los términos del 164 de la ley de quiebras le extendiéramos la quiebra tomando el criterio del 164 en sentido amplio. También cualquier socio puede pedir la disolución de la sociedad atento que se la considera irregular y de hecho, por eso mi postura es que esa sanción no se le puede aplicar porque no surge de un texto expreso de la ley y porque tampoco la misma ley considera a esa sociedad que es regular si viene a realizar otros actos o para estar en juicio o cualquier acto aislado, entonces en virtud de eso partí de la base que a esa sociedad no se le podía aplicar las irregulares y de hecho, entonces si se puede aplicar o no las normas de sociedad en formación atento a esto la postura de Butty es que la sociedad ya es regular y entonces no se le puede aplicar la irregularidad y esto también se encuentra sustentado por una ponencia del Dr. Manovil donde expresamente dice que tiene que existir un consentimiento calificado de los socios para pasar a ser sociedad irregular que en este caso tampoco se da, se trataría de un tema de responsabilidad, o sea de responsabilizar a los funcionarios entiéndase tanto administradores como síndicos por no haber cumplido con los actos registrales pero nunca aplicarle una sanción de la irregularidad de la sociedad toda y también podríamos hacer responsables a los socios y a los controlantes en virtud del art.54.

Esa sería la postura mía con respecto a estas sociedad que son extranjeras y vienen a realizar actos propios del objeto social y no cumplen con los requisitos de nuestra ley. Es una ponencia que tiene importancia, es un conflicto

societario que se nos puede empezar a presentar ahora a partir de la apertura económica de nuestro país.

Dr. Favier Dubois (h):

La ponencia ya lo comenté creo, era en materia de las inscripciones sosteniendo que debían clarificarse y entendiendo que el art. 12 no era aplicable a las inscripciones de matriculación o a las relativas a causas fuentes de títulos valores. El tema que plantea la Dra. Barrau realmente es un tema para repensar mi ponencia porque yo considero que la extranjera no matriculada no se puede registrar solamente por las reglas del art. 12 no creo que fuera suficiente que la apertura de sucursal de una extranjera, obligatoria para los socios que la decidieron, fuera invocable por los terceros pero no en las por acciones, esto no tiene nada que ver con el art. 12 con este punto creo que coincidiríamos. La otra cuestión es la ubicación que la doctrina tradicional le dio, relativa a que la sociedad extranjera que actúa en el país y no inscribe sucursal o representación permanente cae bajo las reglas de irregularidad, en esto creo que es útil y comparto la exposición de la Dra. Barrau no podemos hablar de la irregularidad y sociedad de hecho con los efectos llamémosle internos, que venga el socio de la extranjera a pedir la disolución o que venga algún otro tipo de efectos pero creo que sí, que respecto a terceros el régimen de responsabilidad y régimen de representación podría quizás funcionar como irregular, o sea sería una irregularidad desde el punto de vista acotada, limitada quizás no estrictamente a una irregularidad sino un régimen de consecuencias y responsabilidad.

Presidente (Dr. Sandler):

Muy bien. Muchas gracias. ¿Alguien quisiera hacer uso de la palabra? Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

Normalmente en la provincia de Bs. As. y en Santa Fe es jurisprudencia corriente habitual casi pacífica que las sociedades de plazo vencido continúan con la actividad ignorando el trámite liquidatorio y su irregularidad son así consideradas, esto fue objeto de viejos trabajos y a pesar de que la jurisprudencia de la capital no avalaría esa posición que sostengo, vuelvo a insistir en la misma y no comparto los fundamentos del Dr. Butty. Estoy hablando de las sociedades de plazos vencidos disueltas por esas circunstancias, art. 94 inciso 2do. que ignoran totalmente el proceso liquidatorio y tres años después continúan con la misma actividad comercial ignorando esa situación de

liquidación. Cómo la podemos considerar? hay tres tesis la 1ra. es precisamente la jurisprudencia de la Cap. Fed. hay solamente una responsabilidad mayor de los administradores que responderían solidaria e ilimitadamente por los actos que exorbiten la liquidación. La 2da. posición sería considerarla como sociedades a las cuales le falta un requisito esencial no tipificante como el plazo de duración por que el que estaba esta vencido y no tiene vigencia. Yo adhiero a la doctrina contraria, parto de las mismas hipótesis el contrato de duración el contrato de sociedad mas allá de sus particulares características es un contrato que tiene un plazo de duración, en ese plazo de duración hay un objeto determinado ahí esta el cumplimiento de un objeto determinado y una actividad económica a realizar para distribuir entre los socios los beneficios y soportar las pérdidas, vencido ese contrato de duración lo que la ley quiere y lo impone es la etapa liquidatoria necesaria para cumplir los negocios pendientes y distribuir lo que queda como cuota liquidatoria, ignorado esa etapa liquidatoria que el legislador la impone como requisito inescindible e imprescindible debemos adoptar una solución, vencido el plazo de duración ese plazo de duración no tiene vigencia y por lo tanto sería otra sociedad dedicada a las mismas actividades y con los mismos socios a mi juicio sujetos a las normas de la irregularidad ese sería a mi juicio el fundamento.

Segundo tema reconducción. Coincido con el art. 100 de poder revocar la causal disolutoria cualquiera sea la circunstancia siempre y cuando sea la voluntad de los socios de volver a la vida la sociedad. Pero en el año 1982 cuando se sanciona la 22903 parecería que hubo batallas en el seno de esa comisión y yo lo único que reformularía del tema de reconducción es la unanimidad para todos los tipos societarios cuando se pasa una determinada etapa, crece el nombramiento del liquidador o la inscripción de los liquidadores me parece que en una sociedad anónima exigir la unanimidad es contrario al principio mayoritario que la gobierna. En cuanto a la Dra. Barrau vuelvo a decir lo mismo que sostuve, es un tema de oponibilidad o no oponibilidad no creo que sea un tema de sociedad de hecho o de sociedad irregular la sociedad que no se inscribió y contrario el 123 no podra oponer los beneficios propios del tipo social que ha adoptado, ergo en las asambleas que pretenda concurrir valiéndose de la participación accionaria no podra hacer uso de sus votos y sus derechos políticos económicos hasta tanto se registre, volvemos a los principio de oponibilidad e inoponibilidad que da la inscripción. Nada más.

Presidente (Dr. Sandler):

Muy bien, muchas gracias, Dr. Butty. No, perdón, tengo al Dr. Guglielmelli.

Dr. Guglielmelli:

La irregularidad es un fenómeno que se infiere del iter constitutivo yo creo que en este aspecto tendríamos que hacer hincapié en la importancia de la reforma de los art. 183 y 184 que nos están marcando un camino bien claro de los nuevos vientos en esta materia, la reforma al régimen anterior y al nuevo que permite realizar actos propios del objeto con un régimen muy especial acá en este punto yo creo que habría que hacer énfasis en el tema del consentimiento, debemos acostumbrarnos a la idea de que si para hacer una sociedad o para convertir una sociedad que tiene un tipo privilegiado en otra de gravísima responsabilidad también debemos recurrir al mismo consentimiento, en una palabra no podemos aceptar que un socio que por obra y magia del acto de otro repentinamente se vea involucrado en el esquema de irregularidad.

Con respecto a la reconducción y a la posibilidad de reactivación genérica en el ámbito de la ley es totalmente correcto lo que dice el Dr. Butty mas yo me retrotraería a la fecha de su fallo del tribunal municipal ahí no había ningún tipo de norma positiva que lo autorizara sin embargo sentó jurisprudencia abrió un camino que si bien hay un debate doctrinario muy intenso que todos conocemos del mismo modo podría haber otro en otro sentido, evidentemente la tendencia es esa y sería coherente.

Con respecto a la ponencia de la Dra. Barrau comparto absolutamente los términos, me parece de suma importancia en el momento actual que nosotros tengamos sumo cuidado cuando estamos hablando de irregularidad como decía el Dr. Butty con respecto al art. 30 pero en este punto lo que nosotros debemos reconocer es que lo que existe es un vacío legal, no hay norma que prevenga sanciones y ante ese vacío evidentemente que todos tenemos que tratar de buscar una salida, también es cierto que hay una obligación que hay que cumplir y los que la deben cumplir son los funcionarios pero debemos hacer hincapié también en que ya que estamos encausados en un ataque a la formalidad por la formalidad misma sería quizás hasta absurdo hacer caer en la irregularidad a una sociedad cuando se ha librado una forma que a lo mejor ni siquiera a provocado daño alguno y agregó que la realización de actos aislados o de estar en juicio que es admitida sin necesidad de registración, es un fenómeno que podría también en la práctica crear alguna duda en cuanto a como calificar a la sociedad y esto hace mas grave porque haría depender un poco a la sociedad de el criterio de un juzgador que en muchos aspectos puede ser arbitrario.

Presidente (Dr. Sandler):

Muchas gracias. Dr. Butty.

Dr. Butty:

Quisiera hacer alguna puntualización en cuanto a cuál fue el contenido de aquel fallo de la Sala D del caso "Febre", que puede arrojar alguna luz sobre el tema. Muy aguda la expresión de la Dra. Barrau, en cuanto a que no se produce la infracción al 118 por la irregularidad de origen esto evidentemente es así, se ha demostrado acabadamente. El fallo Febre de la sala D se limitó a juzgar las consecuencias extraterritoriales no se trataba de apreciar efectos en la jurisdicción territorial, el caso era el siguiente: regía una época de asfixiante control estatal que se extendía al control de cambio no se podían hacer inversiones en moneda extranjera, por supuesto la imaginación criolla no tiene límites y se realizaban inversiones en moneda extranjera, este señor Febre el actor, había suscripto acciones de una sociedad panameña magníficamente cumplidora de todos los chiches registrales en Panamá, pero que aquí no había cumplido nada, por supuesto la inversión en dólares consistía en que se le reconocía una renta accionaria en dólares, con lo cual se trataba de actos societarios perfectamente validos como forma de escapar al asfixiante control de cambio de entonces, en determinado momento Febre fue a cobrar su dividendo en dolares y no voy a describir el gesto con el cual le contestaron, y el fallo de la sala D es sobre una medida cautelar porque el buen hombre había pedido un embargo en 1ra instancia y lo habían sacado carpiendo y la sala D se encontró con el tema de qué hacer, obviamente por el lado de la restitución de la suma pura y simple entendida como mutuo no podía ser porque de una infracción al sistema legal de control de cambio sería alegar la propia torpeza lo que dijo la sala D que no postuló la irregularidad territorial, es decir la irregularidad en origen es que la actuación extraterritorial en infracción del 118 es analogable a ciertos efectos a la situación de irregularidad en el tramo extraterritorial, con lo cual hizo lugar a la cautelar considerando que como los socios de la irregular tienen la potestad de pedir la disolución en cualquier momento podía pedir su parte en la hacienda extraterritorial pero el fallo no tuvo como campo conceptual que hubiese una regularidad en origen, yo coincido plenamente con la Dra. Barrau en el sentido que la irregularidad territorial no se podría postular porque las consecuencias serían absolutamente desproporcionadas con el bien que se busca tutelar y en cuanto a qué paso en el tramo estrictamente extraterritorial, hay efectivamente invasiones y esto debe ser resuelto en cada caso conforme a las circunstancias del caso, a ciertos efectos soluciones cuanto menos analógicas del régimen de irregularidad podrían ser útiles, otros no. Era eso solamente. Procurando clarificar aquel fallo de la Sala D.

Presidente (Dr. Sandler):

Muchísimas gracias. Dr. Rossi, brevemente por favor.

Dr. Rossi:

Es con referencia a la causal disolutoria del inciso décimo del art. 94 ya que el retiro de autorización operativa a que allí se hace mención no siempre obedece a un mal despliegue del objeto social o a un mal inherente a él, por lo tanto no sería suficiente porque esto tiene un obvio sentido sancionatorio entonces no sería suficiente esa replanificación del objeto con relación al iter liquidatorio que se propone en el punto 2d de la ponencia, sino que la sociedad debiera directamente modificar integralmente su objeto social de modo que el nuevo objeto no esté sujeto a una autorización administrativa previa. Nada más.

Presidente (Dr. Sandler):

Dr. Benseñor.

Dr. Benseñor:

Simplemente para hacer una puntualización con relación a la ponencia del Dr. Butty sobre generalización del sistema de reactivación como modo genérico de remover causales de disolución, quiero señalar que este es el criterio moderno que adopta la ley uruguaya sancionada en 1989 que en su art. 166 en forma expresa consagra a la reactivación como un modo genérico de remover cualquier causal de disolución. Nada más, presidente.

Presidente (Dr. Sandler):

Bueno, gracias a todos. Reitero que las conclusiones se harán por secretaría. Si tienen interés de conocer el texto, acérquense aquí antes de las 15,30 hs. que comienza la otra comisión.

COMISIÓN II.1

CONFLICTOS SOCIETARIOS

Presidente (Dr. Suárez Anzorena):

Tenemos relator local, que va a hacer un breve resumen de las ponencias. Apenas concluya el Dr. Roitman con esta relación de base, vamos a determinar en conjunto las ponencias que se van a considerar en el día de hoy, y las que se van a considerar en el día de mañana.

Consideramos conveniente que el autor de la ponencia tenga oportunidad de expresar brevemente su punto de vista, pero como hay temas correlativos, vamos a agrupar temáticamente esas exposiciones y después hacer la discusión de esos temas en conjunto y no la individual de cada ponencia.

Si Uds. están de acuerdo con estos criterios generales, daríamos por iniciada la reunión y le pediríamos al Dr. Roitman su relación básica y estableceríamos la división de los temas a considerar en el día de hoy y los temas que vamos a considerar en el día de mañana.

Dr. Roitman por favor.

Dr. Roitman:

En materia de conflictos societarios hay un grupo de once ponencias que abordan diversos aspectos dogmáticos o interpretativos de la ley vigente. En este aspecto se advierten pocas propuestas de reformas al sistema. Hay una extensa e interesante ponencia sobre noción de conflictos societarios con una prolija enumeración y ana lisis de casi todas las hipótesis que plantea el ordenamiento vigente. Las cuestiones no judiciales que no afecten exigencias legales ni vicios de la voluntad ni factores de legalidad quedan reservadas al ámbito de los socios. La tercera ponencia nos habla del procedimiento frente al conflicto y sugiere que puede ser elegido por el actor. En cuarto lugar el interés social que es objeto de un breve pero muy interesante desarrollo indicando la pauta de admisibilidad de las acciones a partir de la noción y carácter abusivo del acto y desvío de sus fines sin necesidad de arbitrariedad extrema o de razonabilidad dañosa. La distinción entre violaciones al orden público y a normas imperativas de la ley es objeto de otra propuesta con indicación clara de sus consecuencia en materia de nulidades absolutas y relativas y gran precisión en cuanto a la disponibilidad de ciertos actos.

En el mismo sentido y direcciones se orienta una segunda propuesta pero las violaciones al orden-público aquí quedan excluidas de las acciones del art. 251. En materia de nulidad e impugnación de balances se llega a la conclusión que solo el balance falso es objeto de nulidad absoluta y por ende insanable, por ende todos los demás supuestos son remediables.

Hay cinco ponencias interpretativas del derecho vigente en materia de revocación y confirmación de las resoluciones asamblearias impugnables, otra en cuanto a la prescriptibilidad de la calidad de socio interpretando que es imprescriptible excepto en materia de canje de acciones y finalmente el momento a partir del cual se adquiere la calidad de socio. Hay una última ponencia sobre intervención judicial, pero referida a terceros distintos de los socios que por ser subrogantes en los derechos de aquel directa o indirectamente pueden resultar legitimados para solicitar una medida de esta naturaleza, tal es el caso del heredero, del cónyuge, del vendedor de acciones recedentes y acreedores del socio.

Si tuviera que expresar una opinión personal sobre la orientación de estas once ponencias, diría que de ellas se trasunta que el sistema legal es relativamente bueno y que permite una tutela adecuada de los derechos de los socios y que no hay mayores propuestas de lege ferenda, en el sentido que el sistema actual deba ser modificado, reformado sino que por el contrario satisface las expectativas de aquellos cuya tutela se persigue a través de la actividad jurisdiccional, pero sí quiero indicar algo que es el reflejo de las deliberaciones de los dos días, de las dos reuniones que precedieron a esta porque tal como lo señalé cuando hice el relato de la 1ra. parte de las ponencias presentadas en esta comisión, la noción de conflicto societario a mi juicio depende, sin que con esto quiera invadir la esfera del exponente que va a hacer uso de la palabra sobre este tema, la noción de conflicto societario esta directamente emparentada a aquella otra que se tenga sobre la fiscalización especialmente la fiscalización externa y estatal, y los problemas de registración, esto es en qué medida esa función precalificadora, esa función de fiscalización que antecede a la registración de los actos no enerva o no impide el ejercicio a acciones ulteriores ya sea por preclusiones o por caducidades que se hubieren operado en ese etapa, naturalmente que en el sistema que se esta propiciando y quizás con algún. dejo de demasiada libertad, se estaría permitiendo u orientando el sistema hacia una libertad excesiva en materia de adquirir la persona jurídica y trasladando todo el sistema de cuestionamiento hacia las posibles violaciones a la ley, esto es a una posible multiplicación de los conflictos societarios.

Creo que el gran tema a tratar en materia de conflictos y eso se revela a través de estas ponencias, es el delicado equilibrio que debe existir entre la

protección del ente o la persona jurídica ya creada y también la protección de los derechos del socio, sin que de ninguna manera el sistema tienda o a proteger desmedidamente la existencia de esta persona ya nacida o a tutelar a ultranza los derechos del socio haciendo peligrar la existencia de todas las sociedades ya constituidas. En tal sentido me parecen señeras las ponencias del interés social, aquellas otras que nos hablan de las cuestiones no judiciales y finalmente estas que hacen con tanta precisión la distinción entre la violación al orden-público y la violación a normas inderogables de la ley.

Finalmente un tema que siempre ha sido objeto de mis preocupaciones personales es el de la intervención judicial, tanto la que hace a la tutela de los derechos del socio, de los administradores o de los fiscalizadores internos o externos, como así también aquella otra que es la que se ha presentado en la última ponencia a que hice referencia, que es la de eventuales derechos de terceros que subrogándose en los derechos del socio o por una acción refleja llamémosle así o por un interés indirecto pueden llegar a introducirse dentro de la vida de la sociedad y naturalmente hacerla peligrar en el desarrollo de su actividad por infracciones que se hubieren cometido en el desarrollo de su objeto social. Tal mi apreciación sobre las ponencias que se han presentado.

Presidente (Dr. Suárez Anzorena):

Gracias Dr. Roitman.

Hay tres ponencias que por los puntos específicos que consideran, si los autores estuvieron de acuerdo les pediríamos que se consideraran las tres juntas para mantener un sentido de unidad temática. Luego tenemos la ponencia del Dr. Vanasco sobre la modificación de la restricción del poder de voto de los directores, el Dr. Dasso, sobre votos del reembolso en el receso.

Existe una ponencia de la cátedra de Derecho Comercial I de la Facultad a mi cargo de la cual yo no soy autor, Dr. Sandler y otros, sobre procedimientos a seguirse en las acciones de impugnación de asamblea. Y tenemos dos ponencias finales del Dr. Ignacio Escuti (h) sobre tratamiento particularizado de la acción de nulidad del balance societario, y del Dr. Favier Dubois sobre intervención de terceros en los procedimientos de impugnación. Esas constituirían la voluntad de máxima en el tratamiento del día de hoy. Para mañana dejaríamos cinco ponencias, que desde puntos de vista divergentes, tratan la valoración judicial o la potestad judicial o no de considerar la existencia de abusos o desvíos, tanto en el poder de voto de la mayoría, como en las actitudes de obstrucción por parte de las minorías.

Esas ponencias han sido presentadas por una parte por los Dres. Mussachio y Rubin,. No está presente, pero pido que un gestor lo representara

porque es una de las tesis en conflicto. Los Dres. Suárez Anzorena y Nissen han presentado sobre el interés social, como pauta determinante de las posibilidades de valoración del juez. Yo me voy a excusar de exponer y le voy a pedir al Dr. Nissen que tenga la generosidad de asumir la defensa de esa posición.

Los doctores Zammenfeld y el Dr. Vítolo para quien también pida un gestor, y lo del Dr. Crespo, tienen puntos divergentes y aportes que son útiles incluir. La idea es que estas cinco ponencias se expongan en bloque y que tengamos un debate amplio sobre esta cuestión, donde prácticamente están reflejadas todas las posiciones.

Hay dos ponencias muy valiosas con inclusive, puntos de vista diferentes sobre la distinción entre orden público, normas imperativas, una del Dr. Rafael Manóvil, otra del Dr. Matta y Trejo a quienes les vamos a pedir que accedan a exponer sus distintas posiciones para después debatirlas en conjunto.

Por último, tenemos el trabajo de gran significación del Dr. Manóvil sobre la Revocación de la decisión impugnada o viciada de ilegitimidad y su posible confirmación o ratificación, que sería el broche final de nuestro esquema de trabajo.

Esta es la propuesta de la mesa en su conjunto, y la ponemos a consideración del plenario para saber si están de acuerdo. Si no hubiera observaciones, vamos a darlo por aprobado.

Muy bien, le voy a pedir al Dr. Mallo Rivas que asuma la presidencia en razón de que soy el primer expositor.

Sobre la noción de conflictos societarios

Dr. Suárez Anzorena:

Esto es un estudio de teoría general que no nace como un estudio de teoría general, nace simplemente frente a la observación de un hecho de la realidad, la frecuencia de la utilización de una expresión conflictos societarios, inclusive título de esta comisión, título también en el año 79 de un anterior congreso y la pregunta al ver una cierta dispersión en el modo y manejo del término si esa voz implica o tiene algún sentido específico dentro de nuestro derecho y en su caso cual es, si ese sentido determina una categoría jurídica sujeta a un régimen o no. Cuando este trabajo se inicia no se inicia con una preocupación de teoría general pero a medida que la investigación va avanzando prácticamente fuerza un estudio de teoría general que trata de determinar el concepto dentro del todo del derecho societario y esto lo quiero significar para decir que esto no es doctrina que nace de un esfuerzo doctrinario sino que es doctrina que nace desde la búsqueda de lo concreto de una expresión para tratar de determinarla en su sentido.

La preocupación lingüística que para mí ha sido siempre cara me lleva a buscar el sentido semántico, filológico de la expresión y nos encontramos con un dato ya interesante, todos tenemos una noción de conflicto como antagonismo, pugna, brega, combate en un diccionario magnífico de la lengua española estructurada hay más o menos unas setenta u ochenta voces con la misma tensión de lid de contraposición entre dos partes pero eso es un sentido figurado no es el sentido lato. En el sentido lato conflicto es el momento más intenso de un combate, el momento en que están inciertos sus resultados y les pido que retengan esta conceptualización filológica. La búsqueda a posteriori nos lleva a ver si en nuestro ordenamiento esta voz existe o no existe y en que modo y en que sentido se utiliza.

La primera acreditación es que nuestro lenguaje jurídico normativo no utiliza la expresión conflictos societarios, sin embargo la ley no se hace solamente con el derecho escrito establecido en disposiciones concretas sino que viene de un flujo integrado, dinámico, activo, real que van conformando la doctrina y la jurisprudencia para formar ese todo del derecho viviente que en definitiva es el que nos rige más allá del texto de la ley. Y en esa indagación sin perjuicio de otras posibilidades cuando menos alcanzamos a determinar o a verificar en 1er. lugar que la expresión intereses en contrario que utiliza ya nuestro viejo código de comercio que se traslada a los art. 248 y 272 es una expresión que representa una situación de contraposición entre el interés propio de un director o de un accionista y su representante, con el interés del conjunto de los socios y motiva cierto tipo de prohibiciones o de reglamentaciones instituidas por el legislador, este supuesto tiene a su vez otras expresiones en el derecho comparado, hemos tenido la oportunidad de realizar doce ordenamientos entre ellos casi todos los latinoamericanos para tener una voluntad de trasladar al marco latinoamericano de este congreso nuestras consideraciones, esta expresión interés en contrario esta utilizada en otra serie de ordenamientos pero muchos otros siguen la terminología italiana y hablan estrictamente de conflictos para estos supuestos de contraposición entre intereses de un sujeto vinculado al orden jurídico societario y el interés gral. del conjunto.

En el derecho italiano la voz conflictos forma escuela, se traslada a otros ordenamientos, hay una categoría gral. de conflictos en estos supuestos de contraposición de intereses hay ciertos supuestos específicos otras series de ordenamientos utilizan la expresión conflictos, lo interesante del caso es que hay muchas otras hipótesis de conflictos por ej. el conflicto de la sociedad controlante con el interés de su controlada que nuestro art. 54 lo considera, la ley brasilera lo trata específicamente, la ley chilena que dice que los directores deben actuar en razón del interés social y nunca en razón de su propio interés, una serie de normativas distintas pero todas con el mismo tenor básico lo que

indica que tenemos una categoría gral. de problemas de las cuales los supuestos normativos nuestros son solamente una manifestación particularizada, una explicitación del concepto gral. de prohibición de actuar con interés contrario al interés del conjunto de la totalidad.

La ley uruguaya nos trae un cierre muy interesante, mientras que en los textos semejantes a los nuestros se nos habla de intereses en contrario, la apostilla que titula, los arts. se llaman conflictos de intereses, y en nuestra doctrina buena parte de la doctrina, ya desde Rivarola con el viejo cod. de comercio utilizaba la expresión conflictos para referirse a los supuestos de intereses en contrario donde prácticamente para hacer corta las cosas, tanto en doctrina como en jurisprudencia la noción de conflicto societario se explicita como sinonimia de los supuestos de intereses en contrario en esas disposiciones del derecho vigente.

Pero amén de eso vamos a encontrar otra serie de categorías y utilizaciones de la voz, en algún antiguo trabajo de hace unos años presentado en Salta por los integrantes de la cátedra a mi cargo, yo mismo hablamos de los conflictos de competencia entre los órganos que es una terminología habitual, un muy buen trabajo de Roca habla de los conflictos en el directorio o en el seno del directorio, los supuestos de acciones de impugnación por lo general se clasifican de situaciones de conflicto societarios, fallos de la Cámara de Bahía Blanca hablan de conflictos cuando se trata de acciones de exclusión de socios, jurisprudencia administrativa que autores comentan hablan del conflicto entre la sociedad y el Estado cuando se producen actuaciones en virtud del ejercicio de los poderes de control, es decir que nos encontramos con una serie de manifestaciones diferenciadas de la expresión y además con otra absolutamente generalizadora que utiliza la voz conflicto con un sentido amplísimo comprensivo de todo supuesto de enfrentamiento dado dentro del seno de la sociedad y en razón de la sociedad. Nuestro alcance nos ha permitido diferenciar seis o siete formas distintas de expresarse de esta voz y nos lleva a una 1er. conclusión que nos parece clara. En 1er. termino que existe una voz conflicto societario que esta incita en nuestro derecho, si algo esta dentro del derecho algún sentido tiene que tener, pero hemos visto que a través de los sentidos se nos da una gran ambigüedad una gran generalidad, una falta de uniformidad, una polisemia cuando hablamos de conflictos no sabemos en concreto a que nos estamos refiriendo y de allí la preocupación de ver si podemos llegar a una noción unívoca de esta expresión y si a su vez esta expresión unívoca es algo mas que una manifestación de carácter verbal y llega o no a configurar una categoría específica dentro de nuestro ordenamiento societario con sus propios contenidos y sujeto a su propio régimen. Eso empieza y obliga a empézar desde el principio, a analizar los principios de derecho societario, en realidad el

contrato persona sociedad y no hay tal diferenciación, son dos formas de manifestación de un mismo hecho nace por una situación muy común, una pluralidad de intereses, una pluralidad de sujetos, me aparto de los temas de la unipersonalidad o no, esos son fenómenos de la práctica que pueden motivar o no leyes especiales, estamos hablando de la teoría gral. del derecho societario, coinciden en el desarrollo de una o más actividades en común con una ficción de participar en los beneficios o en su caso soportar las pérdidas, cuando coinciden contratan, cuando contratan dan origen a la persona jurídica y al mismo tiempo el objeto social que va ser la motivación dinámica cumplido con un fin lucrativo se convierte en un factor eje que es el interés motivante no solamente de cada una de las personas que contratan sino por sobre todo, el necesario interés motivante, la razón de ser, la causa jurídica y la causa final de actuación de ese sujeto de derecho que en última instancia no es sino una estructura normativa que determina modos de voluntad, participaciones, reglas de distribuciones de beneficios y pérdidas, elige una tipología determina todo un orden para simplemente establecer una estructura funcional de este interés social compartido que es el desarrollo en común de un objeto con un fin de satisfacción de un beneficio, con lo que la noción de interés social que entre nosotros ha tenido gran significación para tocar los casos de contraposición, aparece ya como el eje vertical y el eje natural de toda la estructura societaria e inclusive como un ingrediente necesario de la legitimidad de la actuación, porque es la causa origen y la causa fin de la vida y la actuación de esa sociedad.

Esa sociedad que existe desde el momento de la formulación del contrato y que subsiste hasta el momento de la extinción definitiva, de la liquidación y que en el transcurso pasa por la horca caudina de un proceso de verificación de legitimidad cumplido por el poder público que lo actúa en función de otro interés distinto, lo actúa en función del interés de la comunidad organizada bajo forma de Estado para velar por determinados intereses jurídicos que el Estado considera tutelables, pero no necesariamente coincidente con el interés social de los socios, son dos nociones diferenciadas que hay que mantener totalmente diferenciadas y que a su vez traen una gran enseñanza, el control del Estado que a mi juicio es indispensable, solamente debe existir en las partes constitutivas y en las reformas y además en el ulterior contralor de funcionamiento en la medida en que sea menester, que exista el interés de la comunidad organizada sobre Estado, por lo que en materia de cláusulas disponibles el Estado no tiene porque meterse en determinar si esta cláusula que determinaron los socios le parece bien o le parece mal, esta solución no es una resultante tan solo de esta conclusión básica sino que es la solución del Código Civil Italiano y de toda la doctrina al determinar cuales son las pautas y las facultades del Estado en la regularidad y en la determinación del ejercicio de sus funciones de control.

Con esto yo creo que nos vamos a aliviar de gran parte de los problemas de todos los que quieren hoy hacer desaparecer cualquier tipo de control porque dicen que el control es malo y los que con mucha razón dicen que el Estado se mete demasiado en cosas que no tiene por que meterse, porque hay una serie de razones que no le interesan al Estado y que por lo tanto no tiene que entrar a controlar ni antes ni después.

Creo que esta separación de campos ya nos va introduciendo a un aspecto positivo en esta búsqueda de teoría gral., pero que además sigue mas adelante porque en definitiva nos vamos a encontrar que en el origen del contrato de la sociedad ese interés social se nos presenta dinámico a través del contrato, fundamentalmente a través de la determinación del objeto y la finalidad lucrativa las cláusulas de estructura de voluntad como medio de cumplimiento, pero eso estático es un orden que esta conformado por una parte por disposiciones imperativas no inderogables de la ley que deben seguir las disposiciones contractuales por otras normas semi-rígidas que son aquellas que las partes pueden pactar, o bien que el subsidio de pacto de partes que establece la ley, pero por sobre todo la vida de la persona jurídica sociedad, la vida de esta estructura funcional que persigue un interés que no es otra cosa, la persona jurídica que la persecución de un interés a través de un particularísimo resorte, esa vida de esa persona jurídica es un orden normativo dinámico permanente que se va manifestando a través de las diversas continuas y reiteradas manifestaciones de voluntad de sus órganos que directa o indirectamente tienen que satisfacer todos los requisitos de legitimidad, porque es la principal garantía y la principal exigencia del ordenamiento y la principal tutela de los socios y entre ellos el ingrediente de legitimidad que significa la persecución del interés social porque es la causa fin y la causa origen de toda la estructura de la persona societaria, cuando se producen las desviaciones de ese interés, con las pruebas del caso y se examinan en ese permanente contrapunto entre el interés social y el interés individual que reiteradamente se da en la normativa, allí se producirán las posibilidades o no de judicabilidad, cosa que dejo para la reunión de mañana para su estudio detenido, lo que sí me interesa señalar es que este contrapunto es permanente, que por una parte el principio es que la persona jurídica actúa conforme al interés social e inclusive que en razón del interés social por ej. puede afectar derechos al dividendo no distribuyéndolos, puede cuando el interés de la sociedad lo exija como dice nuestro art. 197, determinar la privación del derecho de suscripción preferente, pero a su vez hay otros que no puede afectar, por ej. la jurisprudencia permanente de hoy, ha dicho que no es prescriptible el derecho de propiedad sobre las acciones porque no se presenta al canje y ese derecho es inafectable; o no le puede quitar el voto al socio porque no vaya a la asamblea, tal porque esa disposición se considerara

inadmisible, es decir, hay ciertos derechos individuales tutelados rígidamente, hay ciertos derechos individuales que tienen una flexibilidad en razón del interés social prevalente, hay un principio de aceptación del interés social como normativa de actuación y hay también una actuación necesaria de verificación o de posibilidad de cuestionamiento toda vez que, ya sea por vía de quienes no detentan el poder o ya sea por vía de quienes lo detentan, la actuación se aparta de esa causa y esa esencia de la sociedad. Hasta aquí hemos avanzado bastante pero no del todo, para cumplir esa dinámica se estructura un régimen de mayorías y minorías que es lícito, salvo excepciones donde por vía del contrato o para ciertas situaciones se exigen mayorías especiales o se requiere unanimidad, el recaudo para que esa mayoría actúe es que actúe conforme a la ley y además que actúe conforme al interés social, porque es un ingrediente de la legitimidad del todo y conforme a eso hay como en todo concierto humano, como en esta misma mesa opiniones que no siempre son iguales, puntos de vista, no solamente cuestiones contradictorias, yo pienso que hay una cantidad de variaciones en las conductas, de concordancia, de disidencia, puntos de vistas inclusive enfrentamientos estructurales entre mayorías y minorías, entre el socio o el conjunto, entre el director y el conjunto de directores entre el síndico que no se externalizan sino que se agotan dentro del propio movimiento societario sea por el régimen de mayorías, sea por la falta de ejercicios de acciones sea porque en definitiva se acepta el criterio, etc. Solamente cuando se produce la externalización de ese conflicto de esa situación de disidencia se sale del orden interno de la sociedad y se lleva a un tercero la decisión, y aquí el antagonismo, la pugna ya está resuelta y esta resuelta en forma tan dura que esa situación que se va a resolver fundamentalmente con la aplicación del orden jurídico societario, en el caso de que se tome una decisión que atienda el punto de vista de quien ha cuestionado por un motivo o por otro va a generar una modificación por vía judicial que no solamente va a situar o va a afectar a las partes con lo que el conflicto no solo se externaliza sino que se generaliza, tiene efectos totalizadores y ese conflicto tiene por una parte necesaria a la persona jurídica sociedad como representante del todo, es uno de los dos elementos necesarios y parte necesaria de la contraparte, algún otra persona también sujeta al orden jurídico societario como puede ser un socio, como puede ser un subrogante legítimo de un derecho del socio, como puede ser un director, como puede ser un síndico, como pueden ser ciertas situaciones especiales del obligacionista con acciones convertibles en acciones o del usufructuario de acciones, etc. Con todos estos conjuntos de ideas, este litigio se tramita conforme a la legislación comparada con la sola excepción de la ley chilena que permite la jurisdicción arbitral, por vía del juez y es razonable que así sea por dos razones; la 1ra. porque la decisión trasciende de las dos partes en litigio,

sino que afecta a la generalidad, en el caso Miura por ej. que recuerda una de las ponencias, después que se ganó la acción se vendieron las acciones y desistió del derecho pero vino otro y dijo: Señor, ese derecho que ganó el Sr. Miura yo lo ejercito porque la declaración judicial que favoreció al Sr. Miura y anulo la actuación ilegítima de la sociedad me favorece a mi también como socio, es decir que ya el conflicto toma una dimensión totalizadora y frente a esa dimensión totalizadora no es posible que la disponibilidad individual que significa el arbitraje de una situación de conflicto se extienda a una totalidad que queda involucrada dentro del conjunto, esa es la razón teórico jurídica que podría tener sus variedades en las sociedades cerradas por ej. si el estatuto dijera todo va ser sujeto a, no en las públicas pero por lo menos, pero hay otra razón mucho mas practica, la acción de impugnación que es uno de los casos típicos o la acción de remoción de directores que es otro de los casos típicos o las acciones de disolución sin medidas precautorias no sirven para nada y las medidas precautorias están enhebradas sobre el mismo principio del interés social del peligro de la demora y solamente las puede tomar un juez, así que dejemos de jorobar con el tribunal arbitral en materia de anónimas que no nos va a servir para tomar medidas precautorias cuando la medida precautoria es la esencia del pleito, entonces no discutamos por molinos de viento y sobre todo no discutamos para crear teorías de desgarrar de poderes judiciales para otorgarles a impotentes tribunales arbitrales las facultades que queremos privar o restringir de una justicia que por derecho lo tiene.

Con todas estas cosas nos quedamos con una noción de derecho societario, de conflicto societario que en definitiva supone que dos personas sujetas al orden jurídico societario, estático, semirrígido y dinámico una necesariamente la sociedad y otra después de una situación previa generada por una o por ambas llegan a un estado extremo en que externalizan mediante la acción judicial que con aplicación del orden jurídico societario tiende al logro de una decisión que va a modificar, en caso de prosperar, el orden jurídico societario, si no estamos en ese momento en el momento mas álgido del combate, en el que es mas incierto su resultados, como nos dice nuestra expresión lingüística, parecería que no estamos muy lejos, la búsqueda lingüística ha sido distinta a la búsqueda jurídica han seguido cada una su camino divergente, a través de un reencuentro las vemos coincidentes y estas coincidencia van mas allá de la teoría general, hemos edificado una categoría de concepto que tiene un contenido propio, tiene un régimen propio, tiene sujetos propios, tiene una estructura, tiene un procedimiento propio a través por ej. del juicio sumario como prevé nuestra ley, tiene una legislación de fondo sustancialmente propia, tiene todos los elementos de un concepto integral y vertebrado, no hemos ido a buscar ningún derecho comparado, no hemos roto

con nada de lo que es nuestra ley, lo único que hemos hecho todos en conjunto es ir a indagar en nuestra ley, estudiarla con amor, estudiarla desde el fondo para encontrar cosas que quizá no habíamos visto demasiado, que quizá nos habíamos dejado la idea general conflicto, toda vez que hay contraposición de intereses hay un conflicto y eso puede ser valido, pero para qué nos sirve si hay un conflicto, en el término general nos vamos a preguntar este conflicto de qué naturaleza es, es igual a este otro, qué elementos tiene, que efectos tiene, es decir, si no llegamos a la edificación de la categoría particularizada y precisa a través de la expresión general, la expresión conflicto no nos sirve para nada, esta noción que hemos dado puede ser mala o buena, puede ser mejor o peor pero es algo y ese algo es unívoco, no es ambiguo, es preciso y tiene ricas consecuencias en la interpretación y en la aplicación por ej.: nos permite señalar que la cuestión entre la sociedad y el órgano de contralor no es un conflicto societario, ahí esta en juego un problema de la sociedad contra la comunidad, tiene su propio procedimiento, su propio régimen, el denunciante socio no es parte, la declaración de irregularidad hace al solo efecto administrativo, es una cosa totalmente diferente que no podemos seguir confundiendo, las cuestiones entre socios no son conflictos societarios son cuestiones simplemente entre socios, cuando le vendieron la participación y el otro no cumplió algún supuesto fáctico puede llegar a venta total del paquete accionario pero por una tutela adecuada del derecho en juego no por que se trate de un problema societario, las cuestiones de la sociedad con terceros tampoco son cuestiones societarias y tampoco lo son las cuestiones de la sociedad con el socio en razón de obligaciones o de derechos individuales del socio en tanto tal falta del cumplimiento del aporte salvo que se origine la acción de exclusión, falta del pago del dividendo, que en principio son cuestiones o litigios que no tienen la generalidad, la externalidad de la noción que hemos procurado, inversamente a las acciones de nulidad de la sociedad o las acciones de nulidad del vínculo en las sociedades de personas que modifican la estructura de todos o la acción de disolución que cambia el régimen jurídico de la sociedad o en otra categoría, la basta situación de todas las acciones impugnatorias de decisiones no solamente asamblearias, directoriales, del consejo de administración e inclusive del consejo sindical que también es posible que pueda llegar a dárse, tanto en las decisiones positivas como en las decisiones negativas, que también son decisiones, porque no resolver o el votar en contra también es una forma de decidir y también puede dar motivo a la situación de impugnación o las correspondientes medidas judiciales.

La última categoría tratando de simplificar las cosas, toda vez que se cuestiona la remoción de un administrador y no se lo puede sacar por régimen de mayorías o bien se plantea la remoción con justa causa, se está modificando

en definitiva o el contrato o una decisión social preexistente con efectos *erga omnes* y estamos también en un supuesto de una decisión generalizadora. Y de qué nos sirve todo esto, nos sirve para saber que la noción de acción social es mucho mas amplia que lo que hemos considerado habitualmente y que inclusive la acción social de responsabilidad no es una acción social, es una acción en interés del patrimonio de la sociedad, pero que no modifica el orden jurídico societario como principio, salvo que se pida la remoción, no sirve para entender que el tribunal arbitral tiene sus límites muy estrictos, nos sirve para significar el interés social como que es la rectora del aparato societario y tanto se habla de que hay que hacer empresa de la sociedad que la sociedad en que vivimos es un derecho muerto un derecho, qué derecho mas vívido quieren uds. que un derecho que esté edificado sobre la noción de que aquello que es el objeto, la búsqueda del fin económico a través del desarrollo y búsqueda del resultado es la noción rectora no va haber sustancia economicista que suplante esta que es la verdadera sustancia económica y que al privilegiar la noción de interés dentro del orden normativo sin romper el derecho, sin pretender la libertad absoluta nos da una vivencia estructural y dinámica del orden jurídico societario con los viejos maestros, con las enseñanzas que ya tenemos y con la sangre joven que le estamos poniendo todos a una reforma necesaria fundamental del derecho pero que hay que hacerla para nuestra sociedad y con lo que ya tenemos y no con el error Rivadaviano de traer leyes de enfiteusis después de haber vendido a Baring Brothers las tierras públicas y por lo tanto no posibilitar nunca el cultivo de una verdadera cultura jurídica a través de nuestras tradiciones, de nuestras propias enseñanzas, en este Congreso que está peligrando la vigencia del derecho, estamos llegando a la descarnadísima libertad absoluta del todo donde solo se quiere la libertad de la empresa como si la empresa fuera algo mas importante que el derecho de la gente, que la seguridad, que la vida, que los jueces y quién nos garantiza de la empresa, dentro de poco esa empresa que se quiere tan libre va tener que venir a pedir otra vez al orden jurídico porque nadie va a crear, por eso vivifiquemos que se precise y simplifiquemos a través del derecho que tenemos adaptándonos a los nuevos tiempos pero no rompamos por moda o por intereses aquello que supieron ganar nuestros maestros y que nosotros tenemos el deber de continuar. Este modesto estudio con lo que he exagerado el tiempo es un homenaje a los maestros fundadores de la escuela de Córdoba y a todos aquellos que hace quince años hicieron nacer estos congresos y que hoy nos reúnen a todos los demás, es como decía Genaro Carrió, ese maestro del derecho y de conductas.

Desde hace mucho tiempo los juristas se han preocupado por dar precisión a los términos que emplean si no tratamos de buscar precisión coherentemente mal vamos a emplear el derecho y es también, y por último, un

homenaje de amor a mi maestro de siempre al Dr. Isaac Halperin que me enseñó derecho y que lo transmito. Gracias.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Vamos a abrir, entonces, el debate de esta primera parte. ¿Quiénes quieren hacer uso de la palabra? Favier Dubois (h), Fargosi.

Favier Dubois (h):

Quería pedirle al Dr. Suarez Anzorena alguna precisión adicional, obviamente tenemos una tendencia a buscarle el sentido práctico como él bien señaló también, dentro de este sentido práctico están las concretas acciones judiciales, dentro de las concretas acciones judiciales tenemos hoy varias ponencias vinculadas al tema de la judiciabilidad de ciertas decisiones sociales, entonces quería consultarlo que proyección tiene su precisión conceptual sobre esta disputa relativa a la judiciabilidad o no de determinados problemas. Y en segundo término también hay otro tema sobre el cual yo he presentado una pequeña ponencia vinculado a la intervención judicial por terceros, porque acá el tema esta de alguna manera también en cuestión o sea el tercero tiene las vías individuales y no las societarias, pero el tercero que mecanismos tiene de intervención, tiene el coadministrador, tiene administrador con desplazamiento o no, o sea que relación hay entre el fundamento de la acción que el tercero plantea, que en esto podría a lo mejor interesar si se considera conflicto societario o no y el tipo de medida que el juzgador pudiese en ese caso dictar. Dentro del tercero tenemos el tema de los subrogantes.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

A este respecto podríamos dividir la cuestión entonces.

Dr. Fargosi:

Yo creo que en realidad toda la fenomenología de la personalidad y del principio mayoritario esta hecho precisamente o armado para desplazar lo que solemos llamar el conflicto societario, es decir, para que el propio cuerpo y la propia organización sirvan para componer los intereses del grupo, porque estamos dentro del grupo que debe funcionar por sí mismo sin ingerencias externas o ingerencias digamos, que produzcan las reacciones en este cuerpo social o en ese ordenamiento de segundo grado. Ahora, hoy a la mañana nuestro amigo Rojo recordaba, a un para mí eminente jurista y comercialista que fue Girón Tena, quien marca en algunos aspectos ciertos puntos que nos

suelen pasar un tanto desapercibidos por costumbre, por uso o por tradición, porque eso que el propio cuerpo social es autorrepelente del conflicto parecería que resulta de la propia fenomenología del conflicto porque en realidad si el conflicto es entre mayoría y minoría o entre un accionista y el resto de los accionistas, pareciera que la solución o la articulación de la solución de la manera dogmática absoluta sería que el conflicto se planteara entre los accionistas y no deviniera en una suerte de acto societario porque en definitiva la sociedad asume la posición de uno de los grupos en este caso sería el grupo de la mayoría y se convierte en parte de un litigio que en definitiva es nada mas que un paso para lograr deshacer la voluntad expresada por otro grupo de accionistas. Esto por un lado, por otro lado creo que se esta llegando a una suerte de revisión de la legitimación para el planteamiento del conflicto societario, en esto creo que es importante tener en cuenta la orientación, a pesar de que yo no soy un devoto de la doctrina italiana, por la similitud que hay entre ambos ordenamientos donde pareciera que hoy en día hay alguna recepción por la jurisprudencia de cámara comercial de la capital que hay ciertos supuestos de decisiones asamblearias que devienen en no justiciables por ej. el aumento de capital, por ej. en alguna medida los actos de aprobación del balance o por lo menos no son justiciables con el sentido tradicional que hemos tomado de la acción social, y por otro lado que la legitimación del socio para cuestionar decisiones, hoy parecería que se lo quiere enmarcar en que haya una efectiva lesión de un derecho subjetivo, que ya no es factible que el socio planteé una acción de nulidad en función de un interés difuso o un interés no concreto, por ej. el famoso interés en la marcha regular de la sociedad si no hay una lesión individual no habría legitimación para demandar, me da la impresión de que esto puede aparecer en alguna medida como cierto cercenamiento de los llamados derechos de las minorías pero también tenemos que quizá mirarlo desde otra óptica y aquí planteo un interrogante, si estas tendencias que se están delineando, por lo menos no esta marcando precisamente que se esta potenciando que el propio cuerpo societario sea el que resuelva sus conflictos sin abrir demasiado la estructura o el tejido de ese cuerpo social para que sea laserado a través de situaciones que dudosamente entran en un real y sincero protección de los intereses de la sociedad.

Dr. Suarez Anzorena:

Las dos aclaraciones que me ha solicitado el Dr. Favier Duvois, no he querido tratar el tema de la situación de impugnación de acciones asamblearias o decisiones societarias en general en razón del interés social, para relegarlo para el día de mañana. Mi posición es totalmente clara en el sentido que el juez

debidamente acreditado en la situación de abuso de mayoría o de minoría a través de la verificación de los casos concretos, tiene que resolver la ilegitimidad del acto de que se trata, porque son ingrediente de la ilegitimidad de la decisión y de la actuación, el actuar conforme al interés social. Mañana seguramente el Dr. Nissen defenderá esta posición que yo sustento calidamente sin que eso signifique abrir los excesos, hay situaciones de prueba y confrontaciones de realidad y ahí se vera, en la cancha se van a ver los tumbos alrededor de la prueba. Lo que no creo son los jueces autoamputados que dicen que no pueden juzgar los actos de los demás porque fueron una mayoría, en toda situación, en todo contrato hay una parte que actúa y es en alguna forma una mayoría contra otra que incumpla que es una minoría, porque quedó en situación de incumplimiento y el juez tiene que resolverlo y va a valorar las conductas en su conjunto.

El Dr. Favier Dubois, a su vez, en su ponencia ha agregado un interesante ingrediente de ampliación y yo consideré en los dichos, que esta es una construcción posfacto y como no es una construcción posfacto de la ley, esta sujeta a posibles vicios o no perfectibilidades, no es una construcción posfacta de la ley es totalmente armónica es totalmente clara y tampoco lo son las que son prelegislativas porque generalmente la articulación legislativa padece. Cuidé de utilizar, teniendo en cuenta la ponencia de Favier Dubois, la idea del tercero que se subroga en el derecho del socio que es una de las ideas que él anuncia. El Dr. Favier Dubois considera también el supuesto del socio recedente que no ha sido desinteresado, que yo creo que puede motivar una contemplación particularizada a la luz del caso concreto, por lo que las categorías hay que examinarlas en realidad y en función de los intereses vivos y tutelables que se dan en cada caso. En síntesis, si bien entiendo que son simplemente los sujetos, por el orden jurídico societario, los principales involucrados en esta acción no excluyo las posibilidades de excepción.

El Dr. Fargosi ha sido mi maestro de muy joven y efectivamente no disentimos. Hay una norma que le hemos dado poca importancia, el art. 254, donde otorga la posibilidad a la propia asamblea de dejar sin efecto la legitimidad que modifica toda la estructura del derecho procesal, porque hay que desistir el querrás o no querrás, y ya no hay un problema de disponibilidad o no, se cambió la cosa porque el propio autocuerpo solucionó el eventual vicio de ilegitimidad, ya sea ratificando o confirmando en su defecto, o dejando sin efecto la acción. Yo creo que esta idea que ya esta en ese magnífico ordenamiento que nos dieron los legisladores del año '72, entre ellos el Dr. Ignacio Fargosi, es una idea que tenemos que seguir ampliando y difundiendo, porque el hecho de que la justicia pueda intervenir y la reconozcamos, no significa que sea lo mejor y toda vez que con resguardo del principio de

legitimidad tengamos remedios dentro del propio cuerpo social tenemos que tutelarlos y protegerlos, en definitiva mi parecer es que no solamente no hay disidencias, sino que estamos viendo a veces de distintas perspectivas un mismo fenómeno que a todos nos preocupa y que así somos excesivamente clásicos, para tratar de avanzar desde lo clásico y otros renuevan permanentemente, cuando hagamos ese nuevo derecho de la sociedad, que hay que hacerlo porque los pobres viejos ya no pueden contener los vinos nuevos de los tiempos, seguiremos las huellas clásicas con todos los efluvios modernos, pero vamos a ir coincidiendo en las soluciones de fondo, por eso creo que no tenemos disidencias. Y por eso, yo quiero sumar a las gratitudes anteriores, la de todos los maestros que he tenido y entre ellas la de mi amigo y a veces contradictorias que me ha dado ese lujo de serlo el Dr. Horacio Fargosi.

Sobre la adquisición de la calidad de socio

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muy bien, con esto terminamos con la discusión de la primera ponencia. Tratamos entonces ahora la ponencia de García Cuerva.

Dr. García Cuerva:

Voy a hablar sobre la adquisición de la calidad de socio.

Es bastante común que en el proceso del aumento de capital nunca sepamos cuando se adquiere la calidad de socio, es decir cuando se pueden ejercer los derechos políticos y patrimoniales emergentes de la calidad de accionista. Hay doctrinas contradictorias, hay jurisprudencia contradictoria, que van desde el extremo de un precedente nefasto "Torres Duva contra Torres Duva" que dice que no se es accionista si no se tienen los títulos accionarios, hasta un precedente relativamente reciente y bastante clarificador, el caso Geralco, donde se dice que se es accionista sin tener los títulos y se lo es a partir de la suscripción e integración del contrato de suscripción de acciones. Desde este extremo hasta el otro hay muchos temas por resolver, temas que se han planteado en la comisión de esta mañana; uno central, que yo creo que no puede pasar mas tiempo sin que se produzca una reforma legislativa que clarifique el tema de los estrechos de las inscripciones registrales en nuestro ordenamiento societario, tema recurrente en todos los congresos y que realmente nosotros no tenemos una posición legislativa clara, porque también a partir de esta norma del art. 12 hay precedente jurisprudenciales contradictorios y doctrina contradictoria. Lo que sostengo en la ponencia, es que la calidad de socio se adquiere independientemente de la materialización de esa calidad

de socio en un título, eso es un principio básico y fundamental, que la calidad de socio se adquiere previa suscripción de las acciones y una vez concluido el plazo de la suscripción fijado por el directorio o la asamblea en su caso y no existiendo cláusula de liberación para el accionista o la sociedad, la sociedad reconoce la cantidad del capital suscrito produciendo la sinonimia de identidad entre el capital suscrito y el capital social. Esto independientemente de todas las inscripciones registrales, sea de la decisión asamblearia que dispuso el aumento de capital, sea del acto de reconocimiento que efectúa el directorio de haber vencido el plazo de la suscripción y de la cantidad de las suscripciones recibidas en ese período, y reitero, siempre que no hubiera cláusula de liberación del accionista o de la sociedad, cuando la suscripción de las acciones fueran insuficientes teniendo en cuenta la decisión previa de emisión de acciones dispuesta por la sociedad en el aumento de capital social. Por qué sostengo esta posición? Fundamentalmente porque, reitero, en el proceso de aumento de capital para mí son indiferente respecto de la sociedad y los socios, las inscripciones registrales; las inscripciones registrales hacen a la oponibilidad de las decisiones y no a la existencia de las mismas y consecuentemente se puede iniciar el proceso de ejecución del capital social sin la previa inscripción registral de la decisión asamblearia que lo dispuso, en el proceso de ejecución de capital de la suscripción del capital hay distintos momentos en que la doctrina de jurisprudencia ha considerado que se adquiere la calidad de socio, cito el precedente *Geralco* porque se dice que una vez suscrita e integrada, se adquiere dicha calidad, esto significa que pendiente el plazo fijado para la suscripción, resuelto por el directorio o la asamblea, independientemente de determinar cual es el capital efectivamente suscrito, se adquiere la calidad de socio, esto es lo establecido en el precedente "*Geralco contra Sodom*". Otros autores, como el Dr. Dasso, sostienen que la calidad de socio se adquiere una vez inscrita la decisión registral del directorio que reconoció la culminación del proceso ejecutivo de la decisión de aumento de capital, reitero reconocida la cantidad de acciones suscritas en este proceso de suscripción de capital, mi posición es que se adquiere la calidad de socio una vez que vencido el plazo de la suscripción, las sociedades reconocen la cantidad de acciones suscritas y a partir de ese momento se determina la magnitud del aumento del capital social, y porque digo que es en este momento en que se adquiere la calidad de socio, porque la calidad de socio significa una relación con un parámetro, es una relación en virtud del cual alguien lo es con relación al capital social, y este parámetro solamente se concluye y se determina en oportunidad del reconocimiento por parte de la sociedad de la cantidad de acciones suscritas e independientemente, reitero, de esa inscripción registral. Esta decisión determina la fijeza del capital social y a partir de ahí funciona la calidad de accionista en la triple

identidad de participación ideal con relación a un parámetro superior, capital, otorgamiento de los derechos patrimoniales y políticos de ese suscriptor devenido en accionista, a partir, reitero, de la medición comparativa de la acción suscrita con el capital social e independientemente de la edición material del título. Una cuestión sola quiero agregar, y que es contraria a esta posición, que las normas que contienen la ley de obligaciones convertibles en acciones. En la ley de obligaciones convertibles en acciones, se permite considerar capital, o mejor dicho efectuar la suscripción y consecuentemente la posibilidad del ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos de los obligacionistas devenidos en accionistas o el ejercicio de la opción, cuando esa decisión puede ser adoptada en cualquier tiempo por la sola comunicación a la sociedad. Esto significa que si la sociedad decidió emitir obligaciones convertibles en acciones convertibles en cualquier tiempo, el parámetro respecto del cual cada uno de los socios puede ejercer sus derechos y obligaciones es absolutamente móvil y queda exclusivamente en la decisión de los obligacionistas la opción de conversión y consecuentemente la modificación automática de la cifra del capital social, esto lesiona este principio de fijeza que no es un principio dogmático sino que hace fundamentalmente a las relaciones intersocietarias, porque alguien es socio con relación a los otros socios y en la intensidad de los derechos y obligaciones emergentes de la sociedad con relación al todo y esta flexibilidad emergente de la ley de obligaciones convertibles creo yo, genera una posibilidad gravosa para los accionistas existentes y para los futuros accionistas que de alguna manera pueden violentar su participaciones sociales ser sorprendidos en el ejercicio de sus derechos políticos y patrimoniales en los actos propios de la sociedad. Nada más.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Quienes van a hacer uso de la palabra con relación de este tema ya que las otras dos nociones no se encuentran. Dr. Rojo, Matto y Trejo, Suárez Anzorena, Favier Dubois, Roitman. Perdón. Llegó el Dr. Rovira. Postergamos un minuto su intervención y lo invitamos a expresarse.

Dr. Rovira:

La ponencia que hemos presentado en nuestra comisión se refiere a la prescriptibilidad de socio. Ya en el congreso de sociedades de Mar del Plata una ponencia que plantearon los Dres. Jelonce y Vaché había generado una polémica respecto de si la calidad de socio podía perderse en los supuestos de canjes de acciones, que se había constituido en una situación actual por razón del cambio de la unidad monetaria. De nuevo ahora el cambio de la unidad monetaria

vuelve a plantear la actualidad de esta cuestión y al respecto a nosotros se nos ha ocurrido hacer una serie de precisiones entorno a esta temática.

En 1er. lugar partimos del principio que le corresponde a un accionista, es decir la calidad del estado de socio que resulta del contrato de suscripción o de la adquisición de las acciones, es un derecho que no puede ser perdido con el transcurso del tiempo, lo que sí podemos distinguir es la pérdida del derecho al ejercicio del estado del socio, y esto la jurisprudencia en varias oportunidades ha tenido la oportunidad de plantear que, para ejercer el derecho de socio se requiere tener el título de acción para poder, por ej. asistir a asambleas, percibir los dividendos, etc. Ciertamente en la legislación actual, con la reforma del año '83 ha habido una clara tendencia a separar el concepto de la calidad de socio con lo que significa la titularidad o la posesión del título acción, la acción en suma se constituye en un mero título impositivo en donde su tenencia o no, hará limitar o suspender eventualmente el ejercicio de derecho, por tanto nosotros concluimos que el no concurrir al canje de acciones para supuestos, por ej. de cambio de unidad monetaria, no puede hacer perder al accionista de su calidad de socio. Distinta es la situación del accionista que no concurre a retirar sus acciones como consecuencia del pago de acciones liberadas fruto de capitalizaciones de cualquier naturaleza o pago a dividendo en acciones, allá la situación es diferente porque el accionista que concurre a la sociedad o no concurre a la sociedad, esta simplemente no ejerciendo un derecho propio de su calidad de acreedor y la calidad de acreedor esta sí puede perderse por transcurso del tiempo.

El argumento que en su momento blandieron (Jelonche y Vaché), era que en las sociedades abiertas se planteaban serios inconvenientes prácticos como consecuencia de pequeños accionistas que con el correr del tiempo iban entorpeciendo la marcha societaria como consecuencia de la falta de su verdadero ejercicio de derechos de socios. En suma lo que estamos tratando de plantear es la naturaleza del socio como socio que esta munido de un pleno *afectio societatis* del accionista meramente inversor, se me ocurre que en esta tendencia estamos ya hace un par de años tendientes a legislar para dinamizar el mercado de capitales, no deberíamos ser insensibles a esas inquietudes que plantearan ya hace varios años los distinguidos profesores y como consecuencia de ello, se me ocurrió si entonces, tener la posibilidad de plantear que se considerara una reforma a la ley de sociedades incorporando en la normativa societaria que tratara específicamente el canje de acciones para las sociedades abiertas, en consecuencia mi ponencia termina con una propuesta concreta para incorporar en la ley de sociedades un artículo que establezca la posibilidad de la caducidad de los derechos de aquel accionista que no concurriera a canjear sus acciones y se cumplieran una serie de requisitos preliminares tendientes a garantizar que no se produzca una situación abusiva y en virtud de esa situación

abusiva hacerle perder inconscientemente a una persona su calidad de socio y esos requisitos serían una adecuada publicidad, un máximo plazo para que la prescripción se opere, pensamos que la adecuada prescripción sería la decenal, un requisito de publicidad planteado en términos de asambleas extraordinarias, punto específico incluido en el orden del día, adecuada publicidad para el llamado al canje utilizando la máxima publicidad que da la ley para la adquisición del derecho de preferencia y estableciendo todos esos requisitos como requisitos solemnes que deben ser cumplidos como condición para que la caducidad de los derechos operen y habiéndose ya manifestado el contrato de suscripción para no ser incoherentes con lo que habíamos manifestado antes, pensamos que la pérdida de la calidad de socio con motivo de la inacción, la da entonces el derecho a la sociedad poner en funcionamiento la mecánica del art. 221 esto es, el directorio de la sociedad deberá realizar las acciones cuya caducidad se hubiera operado por ese mecanismo y proceder de acuerdo con la mecánica que contempla el art. 221. Muchas gracias.

Presidente (Dr. ;allo Rivas):

Bueno, ahora sí, Dr. Rojo, por favor.

Dr. Rojo:

Veo ahora la comunidad de problemas que existen entre el derecho argentino y en este caso, el derecho español y otros derechos del ámbito de la comunidad. Solamente una puntualización a la última ponencia respecto de la posible pérdida de la condición de socio, en la última reforma del derecho de sociedades por acciones en España, se ha dedicado expresamente un artículo sobre el particular y se señala que después de cumplir con fuertes requisitos de publicidad los nuevos títulos quedan depositados por tres años a disposición de los accionistas, transcurrido ese periodo, la sociedad tiene el derecho, no la obligación, de venderlos a través de un mecanismo en el que interviene el Notario público, quedando el líquido resultante a disposición de quienes acrediten haber ostentado en ese día la condición de socio, aunque en el pasado inmediato este artículo se ha podido utilizar en algunos momentos para daño evidente de minorías poco cultas en el derecho societario, la verdad es que ha cumplido una función a la que aludía un ponente de limpiar sociedades de pequeños accionistas pasivos, a veces desconocidos, que han venido y dificultando en ocasiones la adopción de acuerdos, sobre todo a través de asambleas universales o juntas universales tan deseadas por sociedades no digo cerradas pero sí por lo menos de pocos socios.

Y mi intervención iba fundamentalmente dirigida al tema, a mi juicio apasionante de cuando se obtiene la condición de socio en un aumento de capital, yo debo confesar que en este momento ignoro respecto a mi derecho cuando se produce esa adquisición, porque antes de la reforma, yo me atrevería a defender una tesis semejante a la que ha defendido el ponente, es decir que la adquisición de socio iba acompañada del cumplimiento de un triple requisito, el acto de suscripción, el acto de desembolso y el acto de atribución de las acciones a través del correspondiente acuerdo del consejo administración o la decisión del directorio y de los administradores en su caso, pero en el momento presente, no como consecuencia de que ha influido sobre muchos de los derechos continentales europeos la solución germánica, en la que la adquisición de socio se conecta estrictamente a la inscripción de la ejecución del acuerdo en el registro mercantil, así lo dice expresamente el derecho alemán, la ley de sociedades por acciones de 1975. La ley española no lo dice pero ha complicado extraordinariamente la cuestión con un afán de tutelar al socio antes de la inscripción, por qué, por dos razones. Porque en 1er. lugar hasta que no se inscribe el aumento de capital en el registro mercantil el socio no puede ni obtener el título de las acciones, ni son validos los actos de enajenación de las mismas que realice a título intervivos.

La 2da. cuestión, hasta que no se realice la inscripción en el registro mercantil, en ciertas condiciones el socio tiene derecho a solicitar la restitución, mejor, la resolución de la obligación de desembolso. Dice textualmente uno de nuestros artículos, que los suscriptores están obligados a efectuar el desembolso pero pueden pedir la resolución de dicha obligación y exigir la restitución de las aportaciones registradas, si transcurrido seis meses desde que se abran el plazo de suscripción no se hubiera presentado la inscripción en el registro de los documentos acreditativos de la ejecución del aumento del capital social. La interpretación mas lógica es que, si puede pedir la devolución del desembolso hasta ese instante, no podemos decir que haya tenido la condición de socio, es decir, la interpretación mas lógica parece aludir a que la adquisición de la condición de socio se conecta pura y sencillamente con la inscripción al igual que en el derecho alemán. Esto esta planteando en la practica problemas sin fin, porque en muchas ocasiones se demora, por culpa o sin culpa de la sociedad, la inscripción registral; y nos encontramos sobre todo en nuestras asambleas que accionistas que han suscrito la última ampliación, que pretenden asistir y que se encuentran con que bien asesorada la sociedad o cuidadosamente asesorada, al menos, se les niega el acceso. Con problemas de alto calibre, hay algunas impugnaciones planteadas cuya resolución judicial todavía desconocemos, quiero decir con esto que la cuestión es tan delicada, que a mi juicio, sería tremendamente arriesgado mantener el tema al arbitrio interpretativo, por muy

fundado que este sea y que en las reformas continuadas de vuestro derecho societarios sería muy útil una solución expresa, cualquiera fuera el carácter de la misma. Muchas gracias.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias Dr. Rojo. Dr. Matta y Trejo.

Dr. Matta y Trejo:

La ponencia del Dr. García Cuerva creo que tiene un gran valor practico, es decir, no estamos acá operando sobre cadáveres sino que realmente estamos en el derecho vivo de la sociedad, ha habido muchos inconvenientes respecto a asambleas posteriores, a aumentos de capital no inscritos donde los accionistas al no tener los títulos, al verse alterado las participaciones iniciales podían verse seriamente perjudicados, voy a adherirme a la ponencia de Héctor en el sentido de que estimo de que suscrito e integrado en la medida legal el aumento de capital se adquiere la calidad de accionista y el derecho de exigir a la sociedad la entrega de certificados provisorios aún antes de la inscripción del aumento en el registro público de comercio.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Dr. Favier Dubois (h)..

Dr. Favier Dubois (h):

Sobre la ponencia del Dr. García Cuerva, la cual comparto pero me crea un interrogante al que no se refirió el que no se si excede el tema, que es en qué momento se adquiere la condición de socio cuando se trata de un aporte irrevocable o uno de los llamados aportes irrevocables. Me gustaría que el Dr. García Cuerva si puede darme su opinión respecto a ese tema. Con respecto a la del Dr. Rovira, en realidad él habló de que el derecho del accionista era un derecho como acreedor que tenía al recibir las acciones, yo creo que la causa de la obligación por la cual el accionista tiene derecho a recibir las acciones a la que se refiere en la ponencia no deviene del carácter de un acreedor común, devienen precisamente de su carácter de socio, por lo tanto yo tengo mis dudas de que se deba legislar el tema con un carácter general y creo que el derecho es un derecho imprescriptible que es un derecho de socio, el socio tiene derecho a recibir las acciones que le corresponden en calidad de tal por lo tanto pienso

que es bastante discutible u opinable la posición que sustenta el Dr. Rovira de esta extinción de los títulos a través del procedimiento que él propone.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Dr. Suárez Anzorena.

Dr. Suárez Anzorena:

En un primer momento, de la ponencia de Héctor García Cuerva dude, hoy la apoyo. Voy a poner un ejemplo practico muy simple, se llama suscripción, un socio suscribe el día 14 otro el día 30, pero entre tanto se celebra una asamblea el día 20, sino se sigue un procedimiento de la atribución de la condición de socio, a regir al cierre y con la adjudicación, se va a producir un tratamiento desigualitario en las situaciones de derecho para socios igualitarios en las situaciones de derecho para socios que han ejercitado en tiempo y modo la misma situación jurídica, es decir que no solamente es idónea técnicamente sino que por sobre todo es vitalmente justa y equilibrada. Y la segunda, una reflexión del maestro Rojo y la pensaba aportar muy modestamente en nuestra practica societaria, donde los libros de directorio se hacen simplemente cuando va a llegar el inspector o algo por el estilo, falta siempre o, la generalidad de las veces la indispensable acta de directorio, que practique la verificación del adecuado ejercicio del derecho a preferencia que es el atributivo y la designación de los títulos que corresponden a cada acreedor, es decir, que hasta ese momento no se ha producido el ciclo y no solo es necesario que cierre el ciclo sino que es necesario ese acto de atribución que lo complete y lo integre. Yo coincido en general con Rovira pero no me gusta la solución, este tema se trató en la comisión de la cámara de sociedad anónimas y coincidimos todos los integrantes en los mismos tipos de soluciones, pero en la solución final hubo una solución de Fargosi que compartimos y que nos pareció mucho mas practica de lege ferenda por supuesto, las acciones siguen existiendo, pero a partir de los seis meses de las publicaciones, no se computan ni a los efectos del quorum ni a los efectos de la asistencia a asamblea ni a los efectos de nada, porque el gran problema que plantean las acciones es el problema del funcionamiento de la sociedad, la sanción que le hacemos es que no las computamos para ninguno de los efectos, no la declaramos prescriptibles, no avanzamos sobre el derecho del socio sino que simplemente hacemos funcionar la sociedad sin ellas y creo que la solución es justa y es equitativa y sirve a las dos partes.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias Dr., continúa en el uso de la palabra el Dr. Roitman.

Dr. Roitman:

La posibilidad de adquirir la calidad de socio a mi juicio debemos distinguir, en el caso de la constitución de las sociedades o en caso de aumento de capital. En el caso de la constitución de las sociedades el solo hecho de ser constituyente e integrar en la medida legal, es decir el supuesto del 25% o el 50% lo transforma automáticamente en socio y hay una norma que es la que, a pesar de la no integración de los aportes suscritos integrados, si la sociedad ejerce la posibilidad de hacerle perder la calidad de socio ya sea por la no integración o el uso de los mecanismos legales contenidos en el contrato es una posibilidad. Pero por el contrario, si este derecho no ha sido ejercido por la sociedad, no veo forma de que por la aplicación analógica o supletorias de normas que no están destinadas a regir esta situación, se pueda hacer perder la calidad de socio.

En segundo lugar hay una norma sumamente importante que me parece que ratifica esta posición y es el caso de la quiebra de la sociedad, en este supuesto se le puede exigir a estos socios que habían comprometido una suscripción y que no la habían integrado, a la integración de los aportes no integrados, esto me ratifica que si en la situación in extremis de disolución por quiebra de la sociedad se le puede hacer cumplir con estos deberes de socio que este suscriptor o este socio no había cumplido, con mas razón debemos considerar que en la sociedad subsisten estos derechos permanentemente y por tanto esta adquisición se ha efectuado desde el mismo momento de la suscripción del acto originario. En el caso del aumento de capital la situación es mas compleja, porque dispuesto el aumento por la asamblea y ya sea que las condiciones de integración hayan sido dispuestas, o por la misma asamblea o delegadas en el directorio, y esta se hagan en época fraccionada, bastaría a mi juicio y basada en la misma tesitura anterior, aún cuando el acto no estuviese aprobado ni registrado, bastaría con la suscripción originaria, la integración de la 1ra. cuota o de la 1ra fracción que hubiere dispuesto, ya sea por la asamblea o por el directorio, y pendiente esas otras condiciones, la situación de este adherente o suscriptor es automáticamente la de adquirir la calidad de socio, porque producida la quiebra de la sociedad también a mi juicio rige la norma que le obligaría a la integración de los aportes no materiales.

Con respecto a la segunda ponencia, a la del Dr. Rovira, creo que debemos distinguir entre sociedades abiertas y cerradas, me parece plausible su posición con algunas reservas dentro de la estructura de nuestro derecho, si se

trata de sociedades cerradas, en las cuales si bien no existe una distinción dentro de nuestro derecho pero por lo menos para facilitar la realización de las asambleas unánimes, es decir que la presencia de estos socios que no ejercen o no cumplen con sus deberes, entorpezcan el desarrollo de una ágil y de una correcta administración de los negocios sociales especialmente en materia de asambleas generales, pero me preocupan esta situación en las sociedades, por lo menos que cotizan en bolsa, porque si es aceptable esta prescripción de los derechos del socio por inacción, por el transcurso del tiempo por su falta de colaboración, llamémosle así, en qué situación queda esa pequeña fracción de acciones en base a la cual este socio se hizo acreedor a los sucesivos aumentos y los aditamentos de los que es titular, parecería que si aceptamos esta tesis, así lisa y llanamente que me parece plausible, estaríamos derogando un principio superior que hay en nuestro derecho que es la protección del derecho de propiedad que es absoluto, porque admito esto para la fracción adicional, pero y la originaria, esa primera por la cual el accionista es socio, también prescribiría.

Creo que esto es imposible hacerlo prescribir; y los fines que se persiguen de facilitar el funcionamiento de las asambleas o las posibles realización de asambleas generales, me parece que de todos modos no se lograría, porque siempre quedaría por lo menos una acción que sería imprescriptible. Con lo cual no me parece saludable en el estado actual de nuestra legislación propiciar una solución de esta naturaleza y sí mucho más fácil que quedaran depositadas en la sociedad los títulos a disposición del accionista, que podrá retirar los títulos o alguna certificación que le permita a él ser titular de esos derechos y que la pudiera retirar en la oportunidad que le parezca más conveniente.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Sigue el Dr. Horacio Fargosi

Dr. Fargosi:

Me parece que la tesis que propugna García Cuerva que ha tenido aparentemente apoyo mayoritario de los que hablaron y alguna resistencia por parte de Favier Duvois, es evidentemente un resultado práctico, pero creo que muy generalizadora y me parece que una hilación íntegra dentro de ley nos puede llevar a una conclusión que no es tan clara, porque en primer lugar en nuestro para el aumento de capital puede preverse de que se deje sin efecto dicho aumento en el caso de suscripción insuficiente por el art. 191 en donde la solución no puede ser unívoca, habría que aclarar en 1er. lugar que ello solo se da cuando las condiciones de emisión no haya previsto la posibilidad de dejar

sin efecto el aumento, en 2do. lugar pareciera y de la mecánica de la ley el certificado provisional solo se da para el supuesto de integración insuficiente y que el certificado provisional que corrientemente usamos es un poco una corruptela que no se ajusta demasiado a los términos de la ley. Por otra parte, en la mecánica de la ley ocurre que hay dos tiempos: la suscripción y luego edición, puede haber socios antes de la emisión? eso es lo que yo no tengo claro. El hecho de que haya suscrito no significa que necesariamente se haya completado todo el ciclo que prevé la ley, es decir, suscripción total, inscripción y emisión, esa es la mecánica de la ley, yo creo que la conclusión de García Cuerva es inteligente, puede ser practica pero cuidado, porque estaríamos emitiendo un título que puede ser un título que no esté respondiendo a los extremos de la ley, por ej. si se trata de un aumento de capital con acciones con límites a la transferencia, cómo vamos a cumplir entonces estos dos, en que momento se es socio el día 30, el día 18, el día 5, porque ahí entran a jugar derechos y la conclusión de mi tocayo Roitman de la ley de quiebras yo no sé si avala mucho la tesis porque no si que socio es de una sociedad en quiebra. Si no es solamente una obligación que le impone la ley de cumplir con un aporte pero no para devenir socio. Yo ahí tengo una duda de que realmente cual es la finalidad y el objetivo de la ley. Son dudas. Muchas gracias.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, ¿alguien más? Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

Yo participo totalmente de la ponencia del Dr. García Cuerva, simplemente por algo que ya hablamos y agotamos o lo pretendimos cuando hablamos del art. 12 de la ley 19550, creo que la inscripción hace a la oponibilidad frente a terceros, la inscripción del aumento de capital hace simplemente a una cuestión interna, financiación interna que solo a los socios interesa por tanto creo que podemos conciliar la posición del Dr. García Cuerva con la de Favier Dubois quizás al no haber emisión no se pueden gozar de una serie de beneficios del título valor y la adquisición de la participación del socio se hará a través de la vía de la sesión de los derechos, pero creo que se es socio a partir del momento en que el directorio dice que fulano y mengano suscribieron la totalidad del aumento. Con relación a la ponencia del Dr. Rovira estoy de acuerdo en la 1ra. parte, con la cuestión de la no prescriptibilidad. Pero en la 2da., cuando la excepción de aquel supuesto del art. 189 creo que ahí estoy totalmente en desacuerdo, porque si es imprescriptible para aquellos casos de

aumento de capital, por ej. la adquisición de la calidad de socio por aumento de capital, con muchísimo mas razón tendría que ser cuando se produce por capitalización de cuentas del balance, si yo era socio y no podía prescribir mi carácter de tal con una tenencia producto de un aumento de capital, si luego se aumenta ese capital y tengo acciones producto de la revalorización del activo, es el mismo capital que solamente esta revalorizado, por lo tanto participar que no sea prescriptible para un caso y sea prescriptible para otro y con muchísimo mas fundamento todavía discrepo con relación a los dividendos en acciones, no creo en los dividendos en acciones, creo que el dividendo solo es en efectivo, que hay una capitalización de utilidades que abre el proceso de aumento de capital y es el último paso del proceso del aumento de capital por lo tanto quería manifestar estos comentarios.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muchas gracias Dr. Dr. Zamenfeld.

Dr. Zamenfeld:

Creo que hay un error de conceptos manejado por Rovira, porque sostiene que para fundar aparentemente la prescriptibilidad en la parte final del capitulo de la moción, que en estos supuestos el accionista no pierde su carácter de tal sino solamente la posibilidad de acrecer su participación, pero vaya si esto tiene relevancia, no es lo mismo tener un capital 1 que tener un capital 100 en un aumento por acciones liberadas por cualquier motivo, creo que también el fundamento empobrecella conclusión. El otro comentario, yo no voy a defender la moción de García Cuerva, pero quiero señalar que en la misma, se dice expresamente que ella no rige si existe cláusula especial de liberación para la sociedad si la suscripción no se cumple totalmente, por lo que creo Dr. ha cubierto satisfactoriamente la observación de Fargosi que era aguda pero que esta prevista.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, muchas gracias Dr. Vamos, ahora, a permitir que los ponentes tengan seis minutos cada uno para responder.

Dr. García Cuerva:

Con relación a la previsibilidad, en la ponencia, de la cláusula de liberación, si hay cláusula de liberación requiere un paso intermedio más. Pero hay algo muy importante que dijo Fargosi, que es saber qué es emisión de acciones, porque la ley utiliza emisión de acciones en distintos supuestos y con significados equívocos, habla de la emisión cuando habla de la posibilidad delegatoria en el directorio de la época de la emisión, habla de la emisión confundiendo la emisión material del título, presión yo creo que esto Anaya lo clarificó muy bien en un artículo y la emisión no debemos identificarla a la emisión material del título, sino a mi juicio, más a la decisión asamblearia que dispone la emisión de acciones tendientes a cubrir el aumento de capital resuelto en la misma decisión asamblearia, entiendo así, cuando digo emisión del título estoy hablando de emisión material pero no estoy hablando en la terminología de la ley societaria cuando habla de emisión de acciones como sinónimo a la decisión de emisión, esto también así interpreto el artículo que impide la decisión de emisión hasta que no estén cubiertas las anteriores decisiones de emisión, etc.

Pero creo que es una precisión que nos debemos si tocamos la ley, el término emisión de acciones es una cosa que hay que clarificar. Para mí se es socio de una sociedad por operatividad del contrato constitutivo, o como consecuencia del contrato de suscripción de acciones y se es acreedor a un título no por operatividad de la cláusula especial del contrato constitutivo en cuanto hace a la suscripción de las acciones o al contrato de suscripción de acciones en caso de aumento de capital, sino en virtud de la estructura orgánica societaria contenidas en las normas estatutarias. Esto es ya en el contrato de suscripción, tengo el derecho de ser reconocido como socio pero no surge de allá, el contrato de suscripción no es la causa fuente para el derecho de socio que yo adquirí como consecuencia del cumplimiento de la obligación de la sociedad emisora me entregue el título, sino que el título me lo debe la sociedad emisora en virtud del estatuto y de las cláusulas estatutarias propias que se han incorporado, vías decisión de emisión de acciones, a través de la decisión asamblearia; pero soy acreedor del título en virtud de la relación existente mía de ser suscriptor devenido en socio a través de la relación estructural orgánica emergente del contrato social reformado obviamente por la decisión asamblearia que dispuso el aumento de capital, por eso le contesto a Favier Dubois que la sociedad me puede no reconocer la calidad de socio obviamente, no me debe porque en virtud del contrato de suscripción de acciones la obligación primaria de la sociedad es reconocirme como socio y cómo me reconocen como socio, reconociendo que vencido el plazo de suscripción se ha alcanzado determinada suscripción para que mi derecho esté fijado con relación al parámetro, porque

sino, por ahí un socio suscribe el primer día del plazo de suscripción y es socio y el que suscribe el día quince no es socio, es decir, hay decisiones que se van adoptando que culminan cuando el parámetro capital esta reconocido por el ente societario y en virtud del cual cumplimenta la obligación de reconocerse como socio con relación a ese parámetro, posteriormente vendrá la entrega del título. Para la incorporación de ese derecho natural al título, creo que se requiere que ese derecho sea oponible, y de donde surge la oponibilidad de ese derecho, surge de las inscripciones registrales.

En nuestro sistema societario consecuentemente, la materialización en un título del derecho de socio y la incorporación a ese documento necesario, se produce o se debe producir una vez que las decisiones asamblearias sean oponibles, porque el título nace para circular y para circular debe ser oponible. No es lo mismo la calidad de socio preexistente, no incorporada a un título que se transfiere de acuerdo a cualquier sistema de transferencia de derechos, de que aquel que se incorpora a un título destinado a circular y que necesariamente debe ser oponible porque en su esencia esta la circulación del título como tal. Aporte irrevocable para mm no es un suscriptor porque hay otra cosa muy clara, se es suscriptor una vez que se firma un contrato de suscripción de acciones y cuando uno hace un aporte irrevocable la sociedad carece de legitimación, porque en determinadas circunstancias no esta legitimada para recibir ese aporte y debe transcurrir todos estos plazos hacia la consolidación de la calidad de socio de ese aportante irrevocable, eso es una oferta irrevocable de un contrato de suscripción de acciones y no un contrato preliminar, como sostiene Sanchiz Andres que realmente tiene una teoría muy especial y muy buena de esta situación particular. Todo el sistema del derecho continental europeo, cuando se habla de los efectos de las inscripciones sobre todo después la 2da. directiva de la comunidad económica ha cambiado el punto de vista, nos no tenemos esta imperatividad de ningún mercado común ni si quiera nosotros tenemos muy claro el efecto de las inscripciones registrales.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muchas gracias. Vamos a darle la palabra al Dr. Rovira.

Dr. Rovira:

En primer lugar, coincido con el Dr. García Cuerva en que hay que distinguir claramente el concepto de emisión substancial de la llamada emisión formal. La emisión sustancial, es el acto formal del órgano societario que dispone concretar todo el proceso completo de creación del capital y su

representación por las acciones; la emisión formal, es la emisión del título que corresponderá solamente una vez que se haya cumplido la inscripción registral del capital y su representación por las acciones. La emisión formal es la emisión del título que corresponderá solamente una vez que se haya cumplido la inscripción registral.

En segundo lugar, no estoy en favor del reconocimiento de la prescriptividad del carácter de socio, creo que la ponencia dice exactamente lo contrario a lo acordado por la ley vigente, en mi opinión es forzar la ley, el pretender por la vía de la inacción del accionista que no concurre al canje que pueda este ser privado de su calidad de socio. Será accionista hasta el final, salvo que acordemos modificar la ley. La distinción de las sociedades abiertas y cerradas, creo que esa distinción es válida, que corresponde formularla quizá en un paso previo a la eventual no distinción, porque como yo les decía hace un rato, la razón de esta cuestión se plantea por las sociedades abiertas, pero como muy bien ostentó Horacio Roitman es en las sociedades cerradas quizás donde sería mucho más práctico eliminar a los accionistas que tienen inacción, porque permitiría las asambleas unánimes y desproveer de un serie de cumplimientos de requisitos formales que entorpecen el funcionamiento dinámico de la sociedad.

En tercer lugar, respetuosamente le diría al Dr. que discrepo profundamente del concepto que él me pareció haber transmitido, así como considero que es imprescriptible la calidad de socio, es absolutamente prescriptible el carácter de titular de un derecho de crédito. El derecho al dividendo es un derecho que cuando se concreta, convierte al accionista en un acreedor material, el derecho al reparto anual que surge del art. 1ro. de la ley de sociedad genera un derecho en expectativa, en abstracto que cuando la asamblea resuelve distribuir las utilidades sea en efectivo, sea en acciones, materializa ese derecho que deja de ser un derecho abstracto para constituirse en un derecho material y concreto. Contablemente tiene su reflejo a partir de ese momento, a partir de ese acto social, deja de ser la utilidad un pasivo nominal no exigible y pasa a constituirse en un derecho exigible, un derecho de tercero, en consecuencia, en mi opinión, el derecho a percibir acreencias por la vía del reparto de acciones liberadas es un derecho prescriptible, y consecuentemente, a pesar que la acción original que dio derecho a ese descrédito no prescribe, sí prescribe el derivado.

Volviendo a la pregunta del Dr. Favier Dubois, yo creo que este no puede ser el caso de una prescripción adquisitiva, me parece que estamos perdiendo derechos por la inacción. Nosotros cuando con el Dr. Ceratti preparamos esta ponencia, tratamos de ver si podíamos encontrar una salida por la figura de la apropiación del Código Civil y llegamos a la conclusión que por esa vía no íbamos a ningún lado y la conclusión final fue, que si queremos llegar a

eliminar a los accionistas por la vía del canje la única figura es introducir una reforma a la ley, y confieso haber omitido leer la que se llamaba comisión permanente de la Cámara de Sociedades Anónimas, que sí había leído y que omití recordar en la cual uds. con el Dr. Fargosi y otros proponían la caducidad de los derechos. Ciertamente, la caducidad de los derechos debería ser declarada inmediatamente después de haberse cumplido con las formalidades legales, y me complace y agradezco mucho al Prof. Rojo que me haya ilustrado con la innovación de la legislación española, me parece que la solución de la legislación española es tanto aplicables para sociedades cerradas como abiertas con lo cual deberíamos dejar de ser timoratos ya tenemos el apoyo de nuestra ley madre y quizá ir en ese camino y además también me complace ver que no hace falta esperar la decena de años y que con tres años la legislación española ya consideró suficiente respeto a los derechos del socio. Muchas gracias.

Sobre el valor del reembolso en el Derecho de Receso

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Debemos cerrar este tema a las ocho de la noche, así que pedimos que los ponentes sean breves al igual que los que debatan. Dr. Dasso (p).

Dr. Dasso (p):

Voy a ser breve, pero no quiere decir bueno.

El valor del reembolso en el receso, materia que por su sola enunciación plantea expectativas que por el título de la obra yo no voy en este caso a afrontar, porque no voy a tratar el tema puntual a cerca de cual es el mejor sistema para valorar el reembolso, no lo voy a especificar haciendo referencia puntual a aquellas hipótesis por ej. del derecho escandinavo o del derecho japonés, en las cuales se establece las posibilidad del valor de reembolso sobre la base de un balance especial, tampoco voy a adherir expresamente en esta circunstancia a él aunque soslayadamente anticipo que ese sería el ideal en vista de un regulación posible respecto de este tema.

La inquietud que nos llevó ha plantear esta ponencia, nace a raíz de una reiterada posición jurisprudencial que me parece no es susceptible de ser compartida y, creo entender que cada vez que nuestra jurisprudencia se manifiesta en forma reiterada en una determinada posición, se corre el peligro que el instituto termine en una última instancia siendo mal regulado y esto es singularmente grave, cuando se trata de un instituto que como el derecho de receso solo es válido cuando su regulación y la aplicación de su regulación se

realizan sin ningún tipo de deficiencias, de lo contrario, el fin útil del instituto quedara totalmente postergado y será absolutamente negativo llevando incluso a desnaturalizarlo.

A partir de la redacción del artículo 245 en nuestra ley de sociedades, que establece que el reembolso deberá ser realizado de acuerdo a las normas del último balance aprobado o del que debiera aprobarse en ejercicio de las normas legales o reglamentarias, nuestros tribunales desde hace ya aproximadamente siete u ocho años en el fallo *Perlas de Mir*, iniciaron una, a mi criterio, desgraciada interpretación de la fórmula. Esta interpretación, fue reiterada luego en el caso *Golpes de Soani* y ahora nuevamente en estos días he visto publicado un fallo análogo en el caso *Nuves*, nuestra jurisprudencia entiende que el valor del reembolso, en caso de receso, debe ser el que resulte del balance del ejercicio en el cual se ejerció el receso, esta tesis es errónea por lo menos en la inteligencia de una interpretación, creo, textual de la ley. Nace precisamente, de una interpretación fundada, en que la ley da pábulo a algún tipo de equívoco, pero el manejo funcional del instituto debiera aventar todo tipo de dudas y alejarnos de esa interpretación. En efecto, si nosotros tomamos como valor del reembolso el que resulta del balance del ejercicio, estaremos diciendo que el accionista que recedió en el ejercicio y que ya al momento de notificación del receso dejó de ser accionista para convertirse en acreedor de la sociedad, no tendrá ningún tipo de derecho para poder intervenir en la discusión del balance que el mismo atacó, es decir, del balance que por disposición de la ley va ser el que va a determinar su cuota de reembolso; esto y decir que su suerte va a estar prácticamente en manos de aquella mayoría que no recedió, a veces receden las mayorías, Matta Trejo lo sabe, pero de aquella minoría que no recedió puede darse el desgraciado o la desgraciada circunstancia de que todo su interés, todo su valor, todo la representación patrimonial de su crédito quede diluido en una maniobra que es relativamente simple y para cuyo ataque se encuentra completamente invalidada. Si, por el contrario, nosotros entendemos que el valor del reembolso debe ser el del ejercicio anterior al de aquel en el cual se ejerció el receso, estaremos interpretando adecuadamente la ley y también dándole al instituto una interpretación que esta realmente cotejada, afortunadamente, con su finalidad. Si el accionista recede en el ejercicio, supongamos que sea cronológico del año 1992, se deberá tomar como base para el valor del reembolso el resultado del balance cerrado a diciembre de 1991, en cuyo balance el pudo participar, pudo discutir, pudo opinar, pudo tener información y pudo atacar. Si nosotros, le impusiéramos la condición de que recediera conforme al valor del reembolso del año 1992, este accionista que el año 1992 ya no es mas accionista porque recedió cuando se produjo la decisión causal del receso, no podrá ni pedir información oficial sobre el balance, ni atacar el balance, (esto es así conforme a una doctrina mayoritaria).

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

Como Favier Dubois, yo también me encuentro solo en la opinión contraria, pero no me considero autorizado para considerar que el remedio está dado por mi opinión contraria, tengo que atenerme a una doctrina que es casi unánime en los más prestigiosos autores italianos y nacionales, una vez ejercitado el derecho de receso el recedente dejó de tener potencialidad para intervenir en todo tipo de decisiones, incluso en aquellas en el propio balance en el cual se pretende fijarle el valor del reembolso si es el balance del mismo ejercicio en el que recedió. Vayamos a un ejemplo y este es realmente a mi entender paradigmático, Ustedes saben que el valor de las acciones están representados a través de una afortunada frase de Josi Domingo Ray, por un quebrado en el cual el numerador es el número de acciones del accionista y el denominador el número de acciones que tiene la sociedad, cada vez que aumenta el denominador disminuye el valor del quebrado si hacemos un aumento de capital.

Cada vez que nos encontremos frente a un aumento de capital, el accionista que no incrementa proporcionalmente sus tenencias, ve su proporción en la sociedad proporcionalmente reducido. Si la causal del receso es el aumento de capital, nos encontraremos con que paradójicamente, este señor aplicando las tesis de las cámaras comerciales tendrá el valor del reembolso que le correspondía a las acciones o tenencia accionaria que tenía antes de receder y no podrá de ninguna manera pretender valor de reembolso por aquellas acciones que no suscribió porque no pudo o no quiso. En consecuencia, mi moción establecida en la ponencia es la siguiente: debe entenderse que el valor del reembolso es el determinado por el último ejercicio aprobado inmediatamente anterior al reembolso en el caso de sociedad que lleven sus ejercicios contables al día. La segunda hipótesis legal, tendrá vigencia para aquel tipo de sociedad que no lleven su contabilidad al día, en cuyo caso deberán actualizarla y deberán tomar como valor de reembolso también el del último ejercicio anterior al del derecho a receso. El art. 2437 del código civil italiano consagra una posición análoga en este mismo sentido, aunque no es contextual y la doctrina italiana es unánime también en esta posición, no conozco posiciones doctrinarias contrarias a la que yo he realizado. La posición de la cámara comercial en sentido de la solución que auspicia curiosamente cita mi opinión como en apoyo de la tesis que no comparto. Nada más.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muchas gracias. Abrimos la lista de quienes quieren hacer uso de la palabra. Dr. González.

El Dr. González dijo:

No pretendo cuestionar en profundidad la posición sustentada por el Dr. Dasso, pero interpreto que si en el fondo lo que se busca es encontrar un justo valor de reembolso de las acciones de quienes ejerció un derecho de receso, veo que ni una solución, ni la que actualmente es mayoritaria en la jurisprudencia, ni la sustentada por el Dr. Dasso, pueden implicar o significar una justa compensación. El Dr. Dasso, dice que debe considerarse el último balance aprobado en el ejercicio inmediato anterior al ejercicio del derecho a receso, yo simplemente me pregunto, que posibilidad tiene el accionista en el supuesto de ejercer el derecho de receso, digamos treinta días antes del cierre de un nuevo ejercicio, frente a la perspectiva de que la sociedad tenga la posibilidad o la expectativa de devengar un importante dividendo con lo cual el accionista recedente lo pierde, o eventualmente, por razones equis, haya visto incrementado notoriamente su patrimonio en el ejercicio, que como el Dr. Dasso sostiene, no entraría a considerarse a los efectos de la determinación del valor de las acciones que deben ser objeto de reembolso.

El Dr. Matta y Trejo dijo:

Conviene hacer un poco de historia simplemente del origen de la reforma que antes era el último balance aprobado y pasó a ser después el último balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias. Los primeros problemas vinieron con un caso *Bietquer* allá por el año '74 o '75, donde se había hábilmente maquinado la asamblea que provocaba el derecho a receso en una fecha muy posterior al último balance aprobado, es decir, prácticamente en aquel período en que la sociedad debe, tiene cuatro meses de cerrado el ejercicio para ser aprobado por la asamblea, esto generó una serie de inconvenientes, inclusive la primera que reaccionó fue la bolsa de comercio que incluyó en su reglamento de cotización de que debería ser el balance trimestral el que debía tener en cuenta la sociedad cotizante a los fines del reembolso, yo creo que acá el problema es lo que la ley quiso decir, es realizado o que debió haberse realizado, es decir, que si la sociedad no cumplió en el término de cuatro meses en aprobar su balance por cuestiones propias, creo que eso es lo que quiso decir la ley y no la interpretación que se hace ahora, porque llegamos a la solución poco feliz que ha explicado el Dr. Dasso en su ponencia, por lo cual me adhiero, porque hemos llegado al extremo que en el caso *Nubes* no fue ni el último balance realizado, la parte actora pedía el balance anterior aprobado, la sociedad dijo, no es el último balance aprobado sino el que debió realizarse, es decir, yo estaba en el plazo de tres meses perfecto le liquido con balance cerrado en vez de al 31 de diciembre del 90 como pedía el

actor, le líquido el valor del 31 de diciembre del 91, porque estamos en el plazo de los cuatro meses, la Cámara dijo que no, que era el otro balance el que se había iniciado de tres meses, habían transcurrido tres meses, el que se había iniciado por ej. el 1 de enero del 91, es decir que llegó una tercera posición aplicando, bastante ridícula al fin, lo que el Dr. Dasso sostiene que no debe aplicarse, es decir, yo creo que aquí esto viene por un problema quizá de redacción de la ley, por eso me voy a adherir a la ponencia del Dr. Dasso.

El Dr. Rovira dijo:

En gran medida los fundamentos que utilizó el Dr. Matta y Trejo, eran los fundamentos que yo iba a expresar, lo que me confundió un poco fue la solución final y que de alguna manera yo quería hacer reflexionar al Dr. Dasso. Me da la sensación, de que tanto la jurisprudencia como los organismos de contralor, están tratando de encontrar soluciones que lleven a reconocerle al recedente valores actuales, los mas actuales que tuviera disponible la sociedad, para reconocer el valor patrimonial del recedente y esto es un poco fruto de lo que es el derecho de socio, el accionista o el que se retira de la sociedad, se retira con el valor de su parte al momento en que se retira y la determinación en función del balance constituye un aspecto práctico, porque constituye el único instrumento jurídicamente idóneo como para poder determinar el valor de su parte al momento de receder, por eso es que yo me animaba a decir que la conclusión del Dr. Dasso me parece un tanto absoluta, pues si con posterioridad al último balance hubiera habido balances trimestrales por ejemplo, que mostraran el valor de la sociedad al momento del que recede, no parece razonable que se utilizara un balance anterior, lo mismo si hubiera balances especiales de transformación o de fusión, no parece tampoco razonable utilizar ese balance anterior cuando hubo un balance inmediatamente disponible que fue el que además provocó la situación de receso, en consecuencia discreparía con la conclusión que el Dr. Dasso esta proponiendo.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, Dr. Dasso, Ud. ¿quiere contestar? Bueno, Dr. Dasso (p), entonces.

Dr. Dasso:

Respecto a la apreciación del Dr. Gonzalez no llegue a entender bien que quiso decir con una presunta maniobra que pueden haber ejecutado la sociedad con la distribución de dividendos, pero en todo caso, si hubo distribución de di-

videndos en el ejercicio en el cual el socio recedente era socio, el también recibirá los dividendos, de manera tal que debe tomar o focalizar el estado patrimonial de la sociedad exactamente en el momento mismo en el cual el recedió.

En segundo término respecto a la apreciación de Mata y Trejo, me parece que nada puedo acotar porque hemos compartido recientemente una situación profesional, en la cual curiosamente en forma contraria a lo que dice el Dr. Rovira, el balance del ejercicio podía de hecho ser manipulado de una manera realmente fácil, y nosotros sabemos que el balance del ejercicio, cuando el socio recedente nada puede decir, queda en manos de los presentes y no de los ausentes. Siempre siguiendo la orientación de las observaciones del Dr. Rovira, comparto y quizá sea un déficit de mi exposición, no creo del texto el hecho que cuando me he referido al último balance del ejercicio, quiero referirme de todo ejercicio anterior al ejercicio en el cual precisamente se recede, por que este es el espíritu de la ponencia, el espíritu de la ponencia es evitar el que la parte que maneja el balance pueda manipularlo de una manera que perjudique al recedente, voy a ampliar un poquito mas todavía este concepto cuando las Cámaras dicen, en el caso *Perlas de Emir* que es el verdadero paradigma, porque ahora se dictan estos nuevos fallos se dicen *Perla de Emir* pasó a ser ley, como en materia de derecho de receso pasó a ser ley el caso *Laise* del año 1900, que decía que en caso de receso no había aumento de capital, porque no había aumento de capital por una cantidad de consideraciones que eran un verdadero disparate y que cuando alguien lo pudo leer en profundidad se dio cuenta que podía fundar todo menos una jurisprudencia coherente, sin embargo, la coherencia existe sobre la base de mi error, mi temor es que el error esa reiterado, que esto sea repetido y vamos a llegar por esta vía al abuso de que, en un determinado momento cuando un recedente diga recedo en el año 1991 le digamos bueno señor vamos a ver que hacemos con el balance de 1992 y de acuerdo con ese balance de 1992 cuando el quiera intervenir la voy a decir no de ninguna manera señor ud. recedió es un acreedor no tiene ni si quiera derecho a la impugnación del balance, vuelvo a repetir doctrina ampliamente mayoritaria y no digo unánime porque no he leído a todos los autores, consecuentemente entonces me afirmo en esta tesis según la cual el valor del reembolso debe ser el que mas se acerque al valor real de la acción, porque de lo contrario, estaremos desnaturalizando el derecho y convirtiendo nada mas que en un expediente, para que las mayorías expolien a las minorías.

El derecho de receso, no es de ninguna manera un útil remedio para las minorías, es un derecho de equilibrio, tanto le interesa a la sociedad como le interesa al socio, a la sociedad le interesa porque de esa manera va a poder modificar su estatuto en aras de la mejor consecución de su objeto social y de su finalidad que en última instancia es el lucro, y al socio le interesa porque va

perseverar en aquellas condiciones de riesgo y de responsabilidad que contrajo cuando adhirió a la sociedad.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, con esto vamos a cerrar este tópico e invitamos al Dr. Vanasco para que exponga su ponencia.

Sobre el control administrativo y sobre balances

Dr. Vanasco:

Mi ponencia en sí, es una propuesta de modificación a la ley de sociedades, en algunos aspectos que se refieren al voto de los directores y al régimen de responsabilidad de los directores. Cuadra esta ponencia, porque permite sustentarla en algo que ya fue debatido acá ampliamente a partir de lo expuesto por el Dr. Suarez Ansorena, es decir la función que cumple una ley de sociedades. Estaba implícito entiendo yo, en lo que dijo Suarez Ansorena, que una ley de sociedad es una herramienta del derecho general que tiene por finalidad evitar los conflictos, es decir esa es la gran creación humana dentro del derecho, de haber pensado que un grupo que se reúne para una actividad económica necesita dos tipos de regulaciones, una interna dirigida hacia los propios integrantes de esa comunidad específica para que trabajen en paz, en orden, y otra hacia afuera para que se tutelen los derechos que se ponen en contacto con esa comunidad que ha de actuar en el mundo económico. Estos artículos que yo propongo modificar en la ley de sociedades, son precisamente disposiciones dirigidas a regular o a evitar conflictos societarios internos, es decir que se da el caldo necesario para situaciones en donde se aplican sistemas o herramientas jurídicas, que junto con la sociedad como concepto, están dirigidas a regular el régimen interno de una agrupación humana. Este régimen interno se maneja además con otras herramientas, no solamente la sociedad que es la herramienta superior, sino con otras que ya he señalado en otras oportunidades, que es el principio mayoritario, que es la tipicidad, el sistema organicista, y que es la personalidad, en este caso, en donde propongo la mue? el principio mayoritario crea una crisis.

El principio mayoritario, es el sistema utilizado por la ley para dar coherencia a la voluntad interna de los socios, elige un sistema mediante el cual la expresión de la voluntad de la mayoría se considera como un medio técnico para expresar la voluntad de la sociedad. Este medio técnico que es el principio

mayoritario, se conforma con la suma de las voluntades a través de la expresión de los votos, la expresión de estos votos cuando llega determinado proporción significa la imposición de una decisión única respecto a todos los socios, como bien lo dice la sociedad. Pero en la expresión del principio mayoritario, aparecen algunos conflictos no de tipo traumático, sino conflictos reales o habituales u ordinarios, cuales cuando se ponen en discusión situaciones que implican la actuación de los propios órganos o de algunos accionistas, actuando dentro de esos órganos. Una de estas normas es el artículo 241 modificado en el año '83, que antes prohibía el voto de los directores en al aprobación de balances y que ha sido suprimido, pero se dejó la prohibición de votar a los directores cuando estos son accionistas en los casos en que se trate su propia responsabilidad o su remoción con causa. Veamos entonces por que esta prohibición, parecería que la norma tiende a evitar un conflicto, pero advertimos o al menos yo he advertido en la realidad, que esta norma en lugar de evitar conflictos los crea. Los crea, porque el accionista cuando ejerce el poder mayoritario a través de este principio, lo ejerce como conducción necesaria de unificación de la sociedad, y cuando se suma a ese poder que en la equivalencia del riesgo que asume por la inversión que hizo se le suma su actuación como director, acá se crea este conflicto, como accionista no puede votar lo que decidió como director en cuanto se hace a la gestión. Esto lleva por lo tanto en primer lugar a un contrasentido de los propios empresarios (...).

Así su responsabilidad de su gestión y de su mantenimiento como director en virtud del art. 276 queda en manos de la minoría lo cual rompe de alguna manera el sistema del principio mayoritario. Por lo tanto como uds. podrán ver en la proposición, se recomienda que la ley se modifique en el sentido que se permita el voto de los directores modificando el régimen de responsabilidad, para lo cual vemos, que el art. 275 establece un régimen de quitus, que precisamente es necesario aplicar para este caso del voto de los directores, permite el quitus en cuanto a la gestión de los directores, es decir, que permite que se apruebe su gestión siempre y cuando no haya accionista que se opongan a ello y representen por lo menos al 5% del capital social. Pero lo que la ley no dice, es que ocurre después de que se ha mocionado para la aprobación de la gestión y se ha impedido mediante el voto negativo por rechazo del porcentaje de accionistas que establece la ley, la ley olvidando esta situación pasa al art. siguiente al hablar, de que cuando se declare la acción de responsabilidad existe una acción social de responsabilidad.

Yo lo que propongo es lo siguiente: que la asamblea que funciona sobre el principio mayoritario no debe ser después de las acciones de responsabilidad, lo que tiene que ser después de las acciones de responsabilidad son los jueces. Pero atención, cuando los jueces son llamados a resolver sobre actos de responsabi-

lidad producidos, esto de alguna manera lo he explicitado en un trabajo que tengo sobre la impugnación de los actos de directorio, en donde firmemente sostengo que no son judiciales los actos del directorio en cuanto se trate de actos de gestión. Es decir que siempre puede, aunque la ley no reconozca la acción como en el caso del art. 251, un juez intervenir en una sociedad para determinar *ex post facto*, si los actos de gestión del directorio cuando ya se han producido sus efectos han sido o no producto de una mala conducción, de una negligencia o de un dolo. Los jueces, entiendo yo, siempre están llamados por la ley a emitir este tipo de declaraciones, ya se trate de responsabilidad familiares, de parientes, de administradores, de cualquier persona, pero nunca antes porque los jueces solamente pueden fallar sobre los hechos producidos y no saber si un acto de gestión que se va a realizar va a ser o no exitoso, porque los jueces no pueden convertirse en empresarios, por lo tanto el juez tiene que ser llamado acá a determinar si hay un acto de responsabilidad que merece una acción de responsabilidad para condenar a ese director o a esos directores, a los daños y perjuicios que esa conducta le pueda haber ocasionado, siempre y cuando hubiese dado un daño patrimonial efectivo para que se de esa consecuencia de culpa y daño, como necesidad de reparación. Por lo tanto, en la proposición que hago es dar libertad a los directores que voten, pero si existe un ciento por ciento del capital que vota en contra de la responsabilidad, o vota en contra de la remoción, o vota a favor de la remoción, o vota a favor de la declaración de responsabilidad y pierde en todos estos casos, tenga expedita la acción judicial. En ese supuesto, por lo tanto, la acción judicial siempre se va a tratar de dirimir en los estrados donde debe hacerse y no en el seno de la sociedad, que lleva como sabemos hasta ahora, a las prácticas desleales que cuando se producen éste tipo de enfrentamientos generalmente son utilizadas estas tutelas de la ley, que tienden a dar una moralidad al grupo societario con la prohibición de los directores de votar y que son utilizadas por sectores minoritarios, a veces a través de prácticas extorsivas y que obligan a los verdaderos empresarios, que han actuado correctamente, a hacer transferencia fiduciaria de sus acciones para evitar la sanción de la ley.

Por lo tanto hay que clarificar, hay que dar transparencia a la ley, permitiendo que realmente dentro de la sociedad los resortes de estructura y de herramienta jurídica funcionen adecuadamente para que aquellos que actúan con dolo o con culpa sean sancionados con la responsabilidad consecuente. Lo mismo pasa con la remoción contable, es decir, si hay causas para remover a un director que sea la justicia quien lo haga, excepto que se de genuinamente el sistema, es decir, que la mayoría como expresión técnica de la voluntad social encuentre que un director ha hecho mal la gestión o tenga causa para la remoción y que esa expresión de voluntad se dé en la asamblea, en cuyo caso se

aplica el 276 la remoción del director y la acción de responsabilidad consecuente. Nada más.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muchas gracias. Se abre la lista, entonces, de participantes.

(no se identificó):

Un tema muy complejo que oscila entre lo que es la opresión de la mayoría y la extorsión de la minoría. Digo esto, porque todas las interpretaciones están condicionadas por estos dos sentimientos, estamos en el ámbito de la impugnación de asamblea y estamos en el ámbito de las nulidades, tema absolutamente arduo y complejo, uno de los más espinosos del derecho y esto sin dudas tiene una serie de dificultades adicionales, pero creo que hay que ir señalando jalones para ir llegando a una adecuada interpretación. Por de pronto pese a la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa que nuestro legislador civil consagra expresamente y que el legislador societario también admite, sobre todo después de la reforma del '83, creo que hay que tener en claro que aquí hay que ser restrictivos en la interpretación y además que hay determinados principios que apuntan a la irretroactividad de efectos de la declaración de nulidad. Ya entrando concretamente al ámbito de la ponencia, señalo que existe una gran preocupación por lo que es la nulidad o vicios de los balances. Hasta épocas más o menos recientes, en Italia se decía que todas las normas que apuntaban a la contabilidad de los estados contables eran de orden público, consecuentemente, cualquier violación por el orden de esa vía generaba una situación de imprescriptibilidad y llevaba a la posibilidad de impugnar balances sobre todo en las sociedades abiertas con fines netamente extorsivos incluso después de haber pasado mucho tiempo. Felizmente hubo una saludable reacción, a mi juicio encabezada por Ferri, que empieza a jalonar el tema y empieza con su enorme autoridad a crear ambiente para llegar a fallos como el del tribunal de Milano que es comentado por el propio Ferri, donde establece una serie de limitaciones para estas hipótesis y las limitaciones surgen por la vía del análisis de lo que es la legitimación para impugnar, por la vía de la introducción del interés legítimo necesario, para que sea viable la acción judicial que cuestiona un balance. Es decir, que se la saca del mero asunto de la legalidad social y se exige un interés concreto, cuestión que nosotros propiciamos para nuestro derecho, porque entendemos que la nulidad absoluta que puede generar la violación de un balance, es absolutamente excepcional, creemos que no está en juego normalmente el orden público

económico para las cuestiones que hacen a los balances y a los estados contables, y además señalamos, que hay respuesta posible dentro de nuestro derecho positivo, prescindiendo de lo que es la declaración de nulidad, de la decisión asamblearia que aprobó un balance, y la respuesta posible va por la vía de los artículos 68, 225, 72 y 275 y 276.

En definitiva, si hay una cuestión que genera perjuicio, debe ser resuelta por la vía de las sanciones de responsabilidad. Por que he traído a colación los art. 68 y 225, porque aquellos hablan de lo que es la inexistencia de responsabilidad por parte de los accionistas cuando han percibido de buena fe dividendos distribuidos aún en violación a las normas contables. Creo que de aquí surge con claridad, que estamos ante una situación, que en modo alguno puede llevar a la nulidad de la declaración de una asamblea aprobándole un balance. En síntesis, creo que para declarar la nulidad de una asamblea que aprobó un balance, nos tenemos que encontrar ante una situación absolutamente extrema de balance falso y en donde el impugnante tenga un interés legítimo y además la cuestión debe resolverse en daños y perjuicios.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Dr. Roitman.

Dr. Roitman:

En la lectura de la ponencia, interpreto el sentido de balance falso en una no concordancia absoluta con los datos de la realidad, con los comprobantes que lo respaldan como dice el Código de Comercio. Pero que ocurre si a través de la impugnación, se detectara diferencias de grado, porque a los fines de la categoría del código penal es falso todo aquello que no concuerda con los comprobantes que lo respaldan, pero yo interpreto que el sentido de la ponencia es establecer una cuantificación, toda diferencia que no sea extremadamente grave y que pueda ser subsanable por otro modo, lo interpreto así o estoy yendo demasiado lejos?

Dr. Escuti:

El problema de un balance poco claro entra en el régimen de impugnación del 251, y consecuentemente, dentro del plazo de caducidad. En definitiva, casi todas las cuestiones que hacen a los balances y a su aprobación, entran dentro del plazo de caducidad del 251, consecuentemente hay caducidad y no se puede

impugnar con posterioridad. Ese es el sentido de la ponencia por un lado, y por otro lado tenemos la hipótesis de exigir el interés legítimo del impugnante.

Dr. Roitman:

Sobre el interés legítimo tengo alguna duda, la segunda parte de mi pregunta, y si se tratara de criterios interpretativos en cuanto a la forma de confeccionar el balance que es normalmente la discrepancia?

Dr. Escuti:

Entra solamente como causal de impugnación de la asamblea y no de nulidad absoluta.

Dr. Fargosi:

La exposición del Dr. Escuti y creo que ya en alguna medida esta admitida por algún fallo reciente de la cámara de apelación en lo comercial, lo que pasa que hablar de Balance falso, es un tema absolutamente patinoso porque qué es balance falso. Yo recuerdo que algún autor que es de Italia, se planteaba el tema de si es falso el balance hecho en violación de las normas que fija la ley para confeccionarlo, pero que es real en el contenido, y a la inversa, que pasa con el balance que es acorde con las pautas que fija la ley pero que a su vez no refleja la verdad porque tenemos veracidad, claridad, exactitud y todo lo demás. Creo que nos encontramos en un terreno en el cual, para que prospere una acción de nulidad, tiene que haber algo mas que una declaración abstracta de que el balance esta desajustado a alguna pauta mas o menos general, sino que tiene que haber algún interés real del socio en plantearlo. Lo que no creo de ninguna manera es que esté afectada ninguna norma de orden público, yo creo que traer al terreno societario la imprescriptibilidad por vía del orden público, es olvidarse de lo que es orden público porque con esa cuestión, sería viable por vía de violación del orden público impugnar un balance o una asamblea del año 1920 ? porque si es imprescriptible, es imprescriptible del todo, no es una imprescriptibilidad mas o menos. Yo voy hacer referencia a un, creo que magistral voto, como todo los votos de Anaya. Creo que es en el caso Sánchez con el Banco de Avellaneda, donde señaló algo muy importante, en materia de sociedades estamos en el terreno de los derechos patrimoniales, no olvidemos la patrimonialidad y qué es lo que esta en juego en toda la regulación y en toda la fenomenología de las sociedades, por eso hoy a nadie se le ocurriría decir que

los contratos parasociales violan el principio deliberativo de la asamblea, porque caeríamos en una especie de limbo del funcionamiento societario que realmente no tiene andamio. La posición de Escuti, creo que no ha quedado lo suficientemente clara en un punto, es impugnabile o no es impugnabile la decisión asamblearia que aprueba un balance. Me pareciera deducir, que no es objeto de impugnación judicial por el art. 251, sino que el accionista que sufrió un perjuicio como consecuencia de ese balance y lo puede probar, iría por la vía de la acción de responsabilidad y de daños y perjuicios, ese decir no habría impugnabilidad, no sería un tema justiciable o judicialable.

Dr. Escuti:

En definitiva hay que rechazar la acción, mas allá del planteo, los jueces lo rechazarán.

Dr. Fargosi:

Bien, muchas gracias.

Dr. Suárez Anzorena:

Un balance no es un poquito falso, o es falso o no es falso. Y establecer la diferenciación entre lo que es un balance falso, lo que es un poquitito falso o no es demasiado falso, es prácticamente entrar un terreno imposible de determinar, pero un balance es la resultante de una vida patrimonial del orden societario y solamente están los plazos de los tres meses. Además quien se sujeta al orden dinámico de la sociedad, debe velar por sus derechos en un plazo razonable, porque esta en el interés de todos en que la sociedad siga marchando y siga adelante, si no impugnó en tres meses adiós, además creo que, adiós en este y en cualquier otro caso, la teoría de diferenciación del orden público, las nulidades absolutas y las nulidades relativas como dicen los brasileros acredito mas desconfío, no la comparto. Y la última acotación es muy simple, el juez va a acoger la acción de impugnación si por ej. hay una detracción notoria al derecho de dividendo o la privación de un derecho de receso a través de la facturación de un balance relevante y sino no la acogerá. Pero lo que no debe ser imprescriptible, es la acción de responsabilidad, porque no solamente hay que velar por la fidelidad del balance sino hay que velar por la seriedad de actuación de los directores, de los síndicos, de los auditores que están firmando el balance. Que tampoco hay que salir diciendo que eso no es justiciable o que están al margen de situaciones de responsabilidad. Así que en mi modesta

opinión, la cuestión tiene que estar dentro del plazo de los tres meses, la prudencia judicial en el acogimiento o no de la acción cuando sea realmente fundada y no una cuestión de interpretación o de motivación o de una posibilidad de error razonable y por último el mantenimiento de la acción de responsabilidad.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muchas gracias Dr. ¿Alguien va a hacer uso de la palabra?

Dr. García Cuerva:

Lo que debe quedar claro, es que la decisión de aprobar un balance, es impugnable en los términos del 251 en el término de los tres meses. No es una cuestión no justiciable o no juzgable la aprobación de un balance, el balance debe confeccionarse de acuerdo a la ley, es decir no hay una decisión de mérito o ajeno al control judicial, así que lo único es concretamente el plazo de los tres meses de caducidad, pero la decisión asamblearia de aprobar un balance esta expuesta a cualquier acción de nulidad dentro de los plazos previstos.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

¿Quién más va a hacer uso de la palabra? Muy bien, los otros ponentes no han venido, así que...

Dr. Suárez Anzorena:

Yo quisiera decir dos o tres palabra del tema de los de mi cátedra, sin que ello implique en medida alguna comprometerlos.

Los que menos saben y los jóvenes ponentes de la cátedra dicen, señores permítanos disponer del procedimiento ordinario o del procedimiento sumario a quien plantea la acción de impugnación, porque no hay realmente en los tiempos, diferencias entre el proceso sumario y el proceso ordinario y evidentemente el planteo sobre el ofrecimiento de prueba con limitaciones de testigos y además puede facilitar la mejor acción de defensa de la contraparte, entonces aceptemos que quien inicia la acción pueda resolver si el procedimiento es ordinario o sumario, y no nos pleguemos a la disposición de la jurisprudencia de que solamente puede ser sumario y de que no hay otra posibilidad, decisión esta última que ha variado los criterios mas o menos educativos anteriores, esa es la tesisura, la expongo y la dejo a consideración de uds.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

¿Alguien quiere hacer uso de la palabra? Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

El proyecto que ha sido remitido al congreso por el poder ejecutivo es sumarísimo, antes era incidente que se corrigió por sumarísimo o sea ordinario, sumario, sumarísimo. Creo que no haría demasiadas consideraciones sobre el tema, creo que en la medida que se respeten los plazos correspondientes, me da lo mismo a mí particularmente, cualquier proceso de conocimiento. Pero ese respeto tiene que ser por todos cumplidos, es decir, tanto por los litigantes que tenemos plazos tan exigüos que nos vence el plazo y perdemos derechos, como por los jueces que deben resolver en término, creo que si se resuelve en término, si aparte se aplican las facultades de los códigos procesales del juez de poner fin a determinados incidentes, cuando prolongan excesivamente el expediente o reducir las pruebas, es decir, si los plazos se cumplen adecuadamente, poco me importa cual es el procedimiento de conocimiento correspondiente. Por mi lado, siempre prefiero el ordinario, por las ventajas que al oponente se dan, es decir, la posibilidad de ofrecer pruebas una vez conocida la contestación de demanda y hay otras ventajas en cuanto a los límites de las pruebas, pero en realidad no puedo dar mas definiciones sobre el tema.

(voces inaudibles)

Dr. Araya:

Creo que frente al texto de la ley, la ley es clara en el sentido de que todas las cuestiones resultantes de la aplicación de la ley de sociedades se tramitan por el juicio sumario. De hecho en la practica capitalina por lo menos esto no tiene demasiada importancia, pero de todas maneras es interesante creo yo, reflexionar un poco sobre la inadecuación de los procedimientos judiciales para resolver las cuestiones comerciales en gral. y societarias en particular. No hace mucho tiempo escribí una nota comentando un fallo de una sala de la capital en la que el juez de primer término, con una prolijidad que le es habitual, dice este juicio comenzó en tal fecha, etc, etc., llegó a la cámara aquí y se sorteó, etc. y ahora finalmente vamos a resolver... , habían pasado cinco años, era algo tan sencillo, como si se había pagado el precio de una compraventa o no. Entonces yo me pregunto con toda dureza, a pesar del amor entrañable que siento por la justicia comercial, se justifica que exista una justicia comercial? porque realmente para llegar a estos resultados parece mas bien frustrado. Yo recuerdo

a propósito de un tema que se acaba de tratar, las impugnaciones de asamblea y las impugnaciones de balance, estando todavía en actividad radicó en sala una impugnación de balance contra una actividad financiera, pasó el tiempo, volvió el expediente ya tenía una segunda impugnación de asamblea de arrastre de la primera, pasó un tiempo mas y vino con la tercera, cuando me fui creo que ya iba por la cuarta impugnación de asamblea, yo digo es serio que una sociedad pueda estar encarando sus negocios con cuatro impugnaciones de asamblea de cuatro ejercicios sucesivos, no esta fallando alguna pieza fundamental, yo creo que el vicio viene de un tema de unificación procesal, tenemos un código procesal civil y comercial y creo que lo que puede ser razonable, no afirmo que lo sea, lo que puede ser razonable en un proceso civil no siempre lo es en un proceso comercial, a veces cuando leo las ordenanzas de Bilbao y veo el procedimiento digo qué modernos eran en los consulados aquellos, porque tiene toda la simplicidad de un proceso adecuado para las exigencias del trafico, nosotros estamos realmente atravesando una situación muy negativa en orden a la sustanciación y a la resolución de los conflictos comerciales y creo que es bueno ir encarándolo, algún colega me dijo que en los estatutos de sociedades anónimas que ha estado preparando últimamente, ha puesto la cláusula compromisoria para ir a la justicia arbitral, puede ser que esto sea razonable para algunos supuestos no necesariamente para todos, pero si la justicia judicial emplazada a reformarse no toma este desafío, creo que en definitiva las cosas tendrán que transitar por la justicia privada.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bueno, muchas gracias Dr. Araya. Creo que así finalizamos el trabajo de hoy. Mañana, a las 9 horas, nos volvemos a encontrar.

Sobre la justiciabilidad en el ámbito societario

Se abre la sesión

Presidente (Dr. Suárez Anzorena):

Buenos días, vamos a intentar organizarnos. El tema *justiciabilidad* (con 5 ponencias) no puede llevarnos más de una hora y media. Así que me parece razonable dar un mayor tiempo de exposición al Dr. García Cuerva y perderles a los demás que regulen su tiempo. Luego, comenzaremos a tratar los trabajos de Manóvil y Matta y Trejo. El último trabajo que vamos a considerar es el otro

trabajo de Manóvil, intentando finalizar a las 12.20 horas, cuando comenzarán los relatos de los miembros de la siguiente comisión.

Bien, si estamos todos de acuerdo, le damos la palabra al Dr. García Cuerva. Una vez más le vamos a pedir el Dr. Mallo Rivas que tome la presidencia ya que yo soy socio de la primera ponencia con el Dr. Nissen.

Dr. García Cuerva:

Yo voy a ejercer la defensa de la ponencia de Rubín que trata sobre las Cuestiones no Judiciables en el ámbito Societario, que como bien dijo el Dr. Suárez Anzorena, se contrapone a las ponencias que presentaron los miembros de la mesa y aquí va una primera pregunta: se contrapone porque yo creo que el tema de la razonabilidad de la decisión asamblearia del aumento de capital esta inmerso y estuvo inmerso en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en nuestra doctrina, en la escasísima protección que tienen los accionistas minoritarios en una decisión que les afecta en cuanto el aumento de capital. Si nosotros revisamos los antecedentes jurisprudenciales, surgió una corriente doctrinaria que posibilitaba el cuestionamiento de la decisión de aumento de capital basándose en la razonabilidad de la decisión asamblearia, pero yo me pregunto: es este el tema que motiva que se ocupe la jurisprudencia y la doctrina o es realmente otro, o es la desprotección de los accionistas minoritarios en el sistema de nuestra ley. Ayer en la comisión de financiamiento, tratamos también este tema y yo diría que si bien no hubo consenso respecto de la segunda de las cuestiones, sí hubo consenso respecto de la primera de las cuestiones, que es la desprotección esencial del accionista minoritario ante una decisión de aumento de capital, desprotección que pasa básicamente por la no actualización de la cifra del capital social, con lo cual la licuación de las participaciones societarias, se efectúan con relación al parámetro nominal del capital y con muy poco dinero de suscripción se produce una licuación muy importante en la participación societaria, lesionando ese principio general en materia societaria señalado por Manóvil en la ponencia de un congreso hace mucho tiempo, a la integridad de la participación societaria.

Entonces, el problema de la judiciabilidad o no de la decisión asamblearia del aumento de capital, creo yo, que tenemos que despejarla, separarla de la problemática gral. de la protección del accionista minoritario, para llegar vírgenes a analizar el problema en profundidad respecto de la judiciabilidad o no de la decisión de aumento de capital. Cuando el ponente Rubín y Musacho de Rey sostienen la no judiciabilidad del aumento de capital, se fundamentan en una doctrina, en una tendencia que limita cada vez mas las causales de impugnación de las decisiones asamblearias y se fundamentan en la jurisprudencia de

nuestros tribunales en el caso "Pereda", en el que con un voto del Dr. Cuartero, se fundamentó la doctrina respecto de la no judiciabilidad. Que significa la no judiciabilidad en última instancia? que es una cuestión que esta ajena al conocimiento de los jueces? obviamente no, lo dice el Dr. Cuartero en el voto, lo digo yo en la ponencia del congreso de 1990, en primer lugar hay un juicio para determinar si la cuestión es judicial o no, entonces hay una intervención judicial, el juez no renuncia a nada. Aún en la doctrina de la Corte, las cuestiones no judiciales en materia política pasan por este primer filtro para determinar si es o no judicial la decisión de mérito del poder político y transpolado al ámbito empresario la decisión de mérito empresaria para determinar cuándo y cómo invertir en determinadas circunstancias.

Este derecho de cuándo y cómo invertir en determinadas circunstancias, es a mi juicio, un derecho de rango constitucional que esta implícito en el derecho de comerciar y de ejercer toda industria lícita y en el derecho de la libertad de mercado con las regulaciones que reglamenta su ejercicio, y fundamentalmente, que se concreta en el principio de la decisión empresarial de invertir en determinados campos y determinar la oportunidad a su cuenta y riesgo de la inversión.

También debo remarcar, que la decisión societaria de aumento de capital es una decisión previa a la inversión en sí mismo, es decir que si nosotros juzgáramos la decisión empresaria la estaríamos juzgando a priori, como decía ayer en la ponencia el Dr. Vanasco, no en punto a las responsabilidades que se incurren, sino en punto a un resultado incierto, que ni el propio empresario que es quien determina a su cuenta y riesgo la inversión, esta seguro o no de obtener.

En consecuencia, la posición de sostener la no judiciabilidad de la decisión del aumento de capital, presupone por un lado, que la decisión como toda decisión orgánica societaria, esta sometida a los controles de legalidad en cuanto al funcionamiento de la estructura orgánica necesaria para disponer validamente una decisión de aumento de capital, y que la decisión en sí misma del mérito de aumento de capital y consecuentemente del destino a darle a los fondos esta exenta del control judicial, salvo el caso como bien dice el voto del Dr. Cuartero, de arbitrariedad dañosa, injusticia írrita, en los términos de la Corte Suprema de Justicia, que eso dependerá concretamente de los casos particulares. Que significa en última instancia la no judiciabilidad? que los jueces deben respetar la libertad individual de las decisiones mayoritarias, en virtud del cual o las cuales, se expresa el interés social en cuanto a la inversión a realizarse en una sociedad determinada. Aquí tenemos que tocar, aunque sea tangencialmente el tema del interés social, un tema que realmente, como dice Anaya en el voto de "Sánchez contra Banco de Avellaneda", por lo menos es bastante difícil de definir y muy difícil de asir, yo diría que si nosotros supedi-

tamos las decisiones mayoritarias en cuanto al mérito de la conducción empresaria al juzgamiento de un concepto abstracto de interés social, estamos intervinendo en el proceso productivo en base a un concepto, reitero, que puede ser interpretado desde la concepción nacional socialista de la empresa y del interés de la empresa hasta la concepción contractualista del interés de la mayoría como asimilando al interés social. En síntesis, creo que en el funcionamiento orgánico societario y reitero, previo a los controles de legalidad del funcionamiento de la estructura societaria, las decisiones de mérito en cuanto a la oportunidad y mérito de la conducción empresaria están exentas del control jurisdiccional, con el alcance que vimos de lo que interpreta la Corte Suprema de lo que son las cuestiones no judiciales.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Vamos a escuchar, entonces, al Dr. Zamenfeld.

Dr. Zamenfeld:

Curiosamente, a pesar de que la ponencia que acaba de desarrollar generosamente García Cuerva asumiendo la defensa del ausente, ha motivado mas trabajos de los que yo imaginé que se iban a presentar, y digo imaginé, porque tengo para mí que el tema no es tan importante como parece y se ha vuelto importante precisamente a partir del caso "Pereda".

El caso Pereda, marca una suerte de punto de ruptura de criterios interpretativos, inclusive a la luz de otros fallos ulteriores de la misma sala del mismo tribunal. Pareciera que comenzara a girar sobre su mismo eje al punto de sino cambiarlo, atenuarlo, pero es importante tratarlo tal vez no por las connotaciones puramente jurídicas del tema, sino por el momento mismo en que en el país esta transitando en pos de la búsqueda cierta e intensa de capitales de inversión, que han hecho de la necesidad de la seguridad jurídica, uno de los elementos que seguramente, el país si definitivamente se estabiliza, va a requerir con mayor frecuencia de la que se supone y la seguridad jurídica pasa por tutelar a la sociedad y a los grupos mas allá de su densidad mayoritaria. Me parece sumamente peligroso entonces, en ese sentido, tomar una institución del derecho público, la no judiciabilidad de las cuestiones políticas que quedan en cabeza de los administradores del Estado y haciendo una suerte de giro técnico, hablar de las decisiones no judiciales como si fueran políticas del empresario, con lo que con el tiempo invadiríamos seguramente otras esferas, como por ej. la decisiones políticas del matrimonio, o tal vez otras mucho menos audaces como las decisiones políticas de los

consorcios de propietarios, etc.. Yo creo que de lo que se trata, es de dejar de lado esta tesis, que es lo que me parece el criterio de fondo, y tener en cuenta que se trata en definitiva, de un caso muy concreto de juzgamiento de común planteo en el mundo, en el desarrollado y en el que pretende desarrollarse y analizarlo a la luz de sus reglas propias, teniendo en cuenta que en el caso particular de la Argentina que todavía vive aunque mas no sea de un recuerdo muy reciente una inflación muy intensa, una serie de fenómenos que convierten a la Argentina en un país muy especial, con soluciones muy especiales, que no por ello debemos convertirlos en doctrina universal.

Las soluciones argentinas se han dado precisamente por problemas que señaló recién García Cuerva, la furiosa licuación que se produce en los casos de aumento de capital patológicos porque, no nos engañemos, los temas que se llaman a resolver usualmente vienen o tienen un origen de tipo patológico y son generalmente fácilmente detectables no es necesario un esfuerzo muy intenso para advertirlos. Lo que la ponencia plantea, no es la instalación de una doctrina sobre los aumentos de capital, que me parece presuntuoso sino el conocimiento pleno de la problemática que se oculta tras los aumentos de capital en un país donde no se imponen la emisión con prima y donde los capitales, el valor nominal expresado en los capitales, no refleja la realidad patrimonial de la sociedad. Si agregamos a ello, las anomalías que se presentan también patológicamente en la Argentina en materia de presentación de balances, las demoras casi crónicas, que salvo las sociedades que cotizan, se dan en la Argentina, todavía esto presenta un panorama de agravación aún mayor, yo no me animaría a presentar esto con orgullo como una doctrina argentina sino como una patología argentina. De modo que me parece importante que esto quede en claro para entrar en tema y saber de que se trata, y esto es así porque los cuatro o cinco trabajos que se han presentados están centrados o se han tomado sobre la base de fallos muy concretos, lo que revela que lo que nos ha preocupado a los abogados es como se vienen resolviendo determinados problemas particularmente graves.

En lo personal siquiera que se intente hablar de cuestiones no judiciales en materia mercantil, no ya en materia societaria aunque lo señalamos a lo societario, yo creo que hablar ya de cuestiones no justiciables o no judiciales es un error, un desacierto, todo es justiciable. Aún lo que se dice no justiciable, pero es que no se debe hablar de lo no justiciable porque cualquier decisión societaria, cualquier problema frente a un conflicto societario merece la atención de los jueces mas allá de su intensidad. Si la idea de hablar de cuestiones no justiciables lo que pretendemos es hacer una simplificación de la problemática y seguirla al análisis muy puntual de casos de irracionalidad dañosa o lo que me preocupa: extrema arbitrariedad, adjetivo extrema que

distorsiona un sustantivo que no necesita de acompañamiento porque esta apuntado por una larga doctrina de nuestra Corte Suprema, por allá ya empezamos a ver los principios que creo que empiezan a distorsionar las ideas que estamos postulando. Yo creo que, enfrentados a un aumento concreto de capital planteado en sede judicial, diremos que el tema esencialmente justiciable que tenemos que hacer, es un análisis de la casuística sometida a la decisión jurisdiccional que es en sí un universo con reglas propias y analizar lo que ha pasado en ese universo sin preconceptos sin juicios previos de valor. Sabemos los abogados, que esto suele ser particularmente importante en la primera etapa del juicio, en la etapa de la medida cautelar, y el tema de las medidas no judiciales es la que pone la primera valla a cualquier intento de medida cautelar por justa que fuere, aún cuando existen casos en que la jurisprudencia empieza a variar esta misma cuestión. Pero lo que me interesa destacar en el tema, es esto: cada caso debe de ser analizado como un universo en sí, debe de analizarse las reglas que plantea el caso en sí, debe de analizarse la racionalidad, la razón de ser del aumento, debe de verificarse como se ha cumplido el derecho a la información acabadamente y sobre esa base entonces atacar el tema, establecer reglas previas, establecer principios de la solemnidad de la no judiciabilidad, me parece que es equivocar la cuestión desde el inicio y como cierre de esta primera parte de la exposición, luego me reservaré para ampliarlo en la segunda vuelta, quería apuntar un fallo que me ha sido adjuntado hace no más que unos minutos de la propia sala D. Donde precisamente por la vía cautelar, un caso inédito Alvaro con Instituto Escatina (?) luego del Pereda, la sala D suspendió cautelarmente un aumento de capital por violación del derecho de la información. Aparentemente en la asamblea, no se había dado la información que se dio al contestar la demanda, y parece evidente, que hay lugares en donde deben cumplirse ciertos actos y otros en donde tardamente los actos ya no se deben entender por cumplidos, pero insisto, hasta aquí es al que quiero seguir el marco de esta primera parte de mi exposición.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias Dr. Dr. Nissen.

Sobre los derechos de los accionistas: Información

Dr. Nissen:

Zamenfeld, acierta realmente y es en el tema del derecho de la información, es decir, este fallo que él cita y lo que él dice en su ponencia creo que tiene que ser muy claro, una decisión asamblearia puede ser suspendida porque

no se ha otorgado ese derecho a información básico para los accionistas, pero esto no significa a mm juicio que se esté tratando lo judiciabilidad o no de la decisión asamblearia, lo que se esta diciendo y que me parece excelente en la posición de Zamenfeld es: Señores para adoptar una decisión de esta importancia, todos los accionistas tienen que estar informados absolutamente, sino lo están, esa decisión puede suspenderse. Y si no lo están, es porque no funciona consecuentemente la debida buena fe y lealtad. El conocimiento es necesario de todos los accionistas para formar la decisión asamblearia posterior, pero esto no es lo mismo que decir: ya pasaron a la segunda cuestión. Por eso yo remarco esta cuestión de Zamenfeld que sostiene, que el derecho a la información pero la distingo de la cuestión de fondo que estamos tratando.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Valga como nota al pie.

(no se identificó)

Ante la ausencia del Dr. Daniel Vitolo, voy a hacer una breve referencia de su ponencia. La misma esta apuntando a que, la no justiciabilidad de la decisión asamblearia que dispone el aumento de capital, no debe ser tomada como una regla rígida y en segundo lugar, al derecho de receso, que es una solución extrema no siempre aplicable y justa ante el caso de la disidencia del accionista que se opone a esa decisión.

En su ponencia relata, un poco la evolución jurisprudencial patológica que ha sido mostrada, partiendo de aquellos fallos en los que se analizaba la razonabilidad o no de los aumentos de capital para convalidarlo o declararlo inválido, para pasar luego a la patología de "Pereda contra Pampagro", donde la extrema arbitrariedad o irracionalidad dañosa, como juicio de valor previo a analizar la revocabilidad o no de esa decisión, aparece como doctrina que por ahí puede haber sido justificada en un caso concreto, pero peligrosa en su generalización. Y la generalización la tuvo, porque inmediatamente después, tuvimos el congreso del año '90 y después fue adoptada en un par de casos de la sala B y C como principio previo o valla que debe superar el actor. Acá Vitolo, hace todo un razonamiento constitucional, ante la similitud que se quiere dar con respecto a la doctrina de la Corte Suprema de los actos políticos y llega a concluir que absolutamente todo es revisable judicialmente porque en nuestro orden orgánico constitucional cada acto administrativo, cada ley, cada decreto, debe seguir la base fundamental de la pirámide y el respeto de los derechos individuales, entonces, toda ley justa debe cumplirse y, en resumen, que el principio de legalidad esta en calificar si fue justa o no la ley o el acto

político o el acto administrativo. Entonces ya que se traspola hacia esa doctrina el fundamento de "Pereda contra Pampagro", el vuelve a traspolar la doctrina de la corte para llegar a la conclusión de que debe analizarse si fue justa o no la decisión y entonces ahí estamos realmente realizando un análisis de la razonabilidad de la decisión empresarial. Por otra parte, el Dr. Vitolo pone en énfasis, de que al tratarse de un órgano societario donde la voluntad de la mayoría forma la voluntad del ente, aún cuando hubiera disidencias, con mas razón es un caso extremo donde debe estar sujeto a un control de razonabilidad. En lo personal yo quisiera agregar, que llama patológica creo que con mucho criterio lo que en realidad esta haciendo es una inversión de la carga de la prueba en el caso concreto. Porque si partimos de la valla que implica extrema arbitrariedad o irracionalidad dañosa, nos encontramos que el disidente tiene que empezar ligeramente, sin el suficiente derecho a información o sin la suficiente información, por voltear esta presunción de razonabilidad.

Creo que es un tema que llega a una cuestión procesal, porque si la sociedad o la mayoría ha estudiado debidamente el caso y esta tomando una decisión política para el ente, tiene que tener esa mayoría, o la sociedad o el órgano de administración, la suficiente fundamentación como para poder respaldar en sede judicial la razonabilidad política y empresarial de esa decisión. Entonces, lo peligroso de esta doctrina, es que esta como creando una prueba diabólica a priori para el accionista disidente que tiene sino la única opción del derecho de receso, y el derecho de receso es una solución extrema. Y creo que aquí también podríamos analizar si es de interés, la naturaleza contractual de la organización plurilateral, que significa el convenio de sociedad, donde precisamente por ser una sociedad con un capital determinado para un objeto determinado, sobre todo en el tema del aumento de capital, se esta requiriendo una nueva formulación de esa voluntad, entonces, creo que es perfectamente razonable que el exigir un nuevo compromiso que no fue acordado por todos los socios en el momento de la constitución y en la afectación de un capital específico o que no surge de la utilidad propia del giro. Creo que al requerirse una nueva formulación de la voluntad, al margen del derecho a la información, tiene que haber una razonabilidad y un respeto por las minorías. Lo que hablaba ayer Nissen en el caso de la reconstrucción de la sociedad o de la ampliación del plazo, esta requiriendo una nueva formulación de la voluntad, entonces no podemos obligar al que prestó su consentimiento por un plazo determinado, y yo lo extrapolo-hoy por un monto determinado de afectación de capital, a que en forma impuesta por una mayoría orgánica que es necesaria para la actividad corriente del ente colegiado, lo obligue a tener que tomar la decisión de Damocles de o continuar aportando aún cuando estuviera en condiciones económicas dificultosas o no coincidiera con la política que se

quiere llevar o tener que realmente que ejercer el derecho a receso y separarse de la sociedad y dejar de recibir lo que él sí había formulado a su voluntad.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias. Vamos a oír al Dr. Nissen.

Sobre las pautas para determinar el interés social

El Dr. Nissen expresa:

La ponencia que elaboramos con el Dr. Suarez Anzorena, si bien estuvo motivada en cierta medida por el dictado por la doctrina de los fallos "Pereda contra Pampagro" varios posteriores que surgieron o ratificando esa doctrina, fue un poco la excusa para trabajar juntos, sin embargo teníamos presente que esto de formular doctrinas genéricas, peligrosamente aplicables por el tribunal a casos en donde se plantea la misma hipótesis o una hipótesis de conflicto parecido, nos resultaba peligroso y eso es lo que queríamos enfatizar. Yo siempre recuerdo, acá está Horacio Roitman presente creo que fue en el año 79 en Mar del Plata que presentó una ponencia de que él no estaba para nada de acuerdo, que la ley de sociedad establezca el criterio restrictivo en adopción de medidas cautelares. Para él, partía de los mismos preceptos, dar estos principios genéricos, se traduce muchas veces en que el rechazo de las medidas cautelares se funde exclusivamente en una criterio restrictivo, cuando este criterio restrictivo, es la última razón para fundar la decisión de un juez frente a un caso de duda. Y estos principios generales, no solamente los observamos en el derecho societario, sino que lo observamos en muchos fallos y sobre muchas materias de derecho comercial y es el tema de preocupación, por la peligrosidad de sentar un criterio unívoco sobre la materia. El interés social debe inspirar toda las decisiones orgánicas, ya sea asambleas, directorios o consejos de vigilancia y el concepto de interés social, es un concepto muy difícil de definir, íntimamente vinculado también con el art. 54 último párrafo cuando habla de fin extrasocietario o fin societario que sería contrario, que esta vinculado fin societario e interés social, pero el interés social es difícil de definir pero también es comprensivo del pleno respeto del funcionamiento de los órganos sociales, no solamente mira hacia un interés económico de la sociedad sino al pleno respeto del funcionamiento de los órganos sociales que suponen también el pleno respeto al ejercicio de los derechos. Por lo tanto, el interés social, debe estar presente en cada decisión orgánica y el juez debe valorar en cada caso, cuándo ese interés social esta presente, para adoptar la medida correspondiente, sin atarse a un criterio rígido, como sería este de

excluir a los casos de aumento de capital de la justiciabilidad de determinada decisión, para el dictado de medida cautelar incluso. Como ayer decía Suarez Anzorena, el punto medular de los juicios del conflicto, porque allá cambia la situación como en el dictado de la sentencia definitiva el juez no debe estar atado a principios fundamentales sino atenerse a lo que es una verdad en el proceso, las pruebas producidas en cada caso. Y también nos preocupa muchísimo en el caso "Pereda contra Pampagro", algo que el Dr. Olivera en cierta medida ha dicho, que es carga del accionista que pretende impugnar esa asamblea, demostrar la irrazonabilidad o la arbitrariedad manifiesta, lo cual es muy difícil para una persona que esta fuera de la sociedad y no conoce la administración a fondo para poder acreditar que un aumento de capital no responde al verdadero interés social sino a un criterio de desvío del interés social en beneficio de quienes formaron la decisión mayoritaria.

Ese es el sentido de nuestra ponencia, evitar principios establecidos a través de la jurisprudencia utilizados muchas veces como latiguillo, sino que el juez debe valorar en cada caso y conforme a la prueba producida la circunstancia del caso para tomar una decisión, sin excluir absolutamente nada, ninguna decisión asamblearia, del órgano de administración, que por principio deben ser revisadas judicialmente cuando se dan los supuestos para eso. Dr. Suárez, si Ud. quiere agregar algo más, con mucho gusto.

El Dr. Suárez Anzorena expresa:

Yo voy a tratar dar un parámetro mas general de la preocupación que para mí no se da solamente en el caso concreto. Cuando era joven, saludé con alegría la jurisprudencia de la Corte que determinó la posibilidad de impugnación jurisdiccional de los actos administrativos por vicio de irracionalidad, una conquista de la libertad y del derecho frente al poder absoluto y no controlable del Estado. Hoy desde el campo del derecho privado, estoy viendo una tendencia que me azora, de consagrar la libertad como el derecho absoluto de la mayoría y al mismo tiempo que se habla de un derecho económico sujeto a las realidades. Se quiere que los actos jurídicos carezcan de causa de intencionalidad, de motivos, de razonabilidad, porque la mayoría lo precisa para llevar adelante la empresa, la misma voluntad privada que lucha contra el Estado y contra los poderes absolutos del Estado quiere consagrar el mismo tipo de poderes absolutos dentro del marco societario de un derecho privado al cual esta vinculado contractualmente con quienes son pares, los demás socios. La mayoría es la minoría, y algo mas, no hay un derecho de las minorías, hay un derecho de la sociedad.

El interés social es el ingrediente necesario de cualquier acto societario, porque es el fin común de desarrollo de un objeto con participaciones en los beneficios, que a todos vincula y a todos relaciona; por supuesto, existe una presunción genérica de que la decisión de la mayoría tiene una razonabilidad de interés social pero es la propia mayoría también la que debe fundamentar el acto y decir y explicar esa razonabilidad en los casos mas notorios, aún cuando no la hiciere, es imposible admitir que se cercene desde el vamos la posibilidad de demostrar que ese acto no fue irrazonable, que ese acto no fue contrario a sus fines, que no fue desviado. Que realismo jurídico es el que se quiere imponer, en base a la economía y el poder de las mayorías, cuando se permite que los actos sean formalmente utilizados para desviarlos de sus contenidos y del contrato que a todos vincula.

A dónde estamos llegando con jueces de una significación como son Cuartero, como son Alberti que se están automaniando para no ver lo que pasa en el expediente y en la realidad a través de las pruebas, exigiendo la arbitrariedad extrema como si la arbitrariedad pudiera ser extrema o no extrema, como si la irracionalidad tuviera que ser necesariamente dañosa, el acto jurídico societario irrazonable y máxime en una decisión económica de aumento de capital, siempre es dañoso porque esta en la propia naturaleza de la cosa. Nuestros jueces que son el equilibrio entre los poderes y entre las razones y los derechos, están entregando el poder a un sector y en este congreso hay demasiadas tendencias que tienden a instituir ese poder absoluto, como si fuera el poder de la libertad, ese no es el poder de la libertad ese es el poder de un capitalismo que no quiere controles y que va a volver a arrancar el país a otra situación pendular, a otra situación donde volveremos al eterno corsi y recorsi, hemos recorrido el camino de la libertad en la lucha contra el Estado y nosotros, los privatistas estamos queriendo recorrer el camino del absolutismo en la estructura de la sociedad, la prudencia de los jueces va a ser la determinante, por supuesto, la extorsión todos la sabemos, que existen las tendencias de las minorías pero una mayoría tiene la razón de fundamentar el acto y tiene la justicia también para defenderse de eso. Si no le gusta litigar y no quiere comprar las acciones, que no nos venga a pedir a los hombres de derecho que le hagamos un derecho a medida para no tener ninguna de esas cosas e imponer su voluntad. Esa tendencia jurisprudencial, la que cuestionamos, esos criterios son los que nos duelen y esto es mucho mas que Pampagro contra todo, esto es un momento decisivo que estamos viviendo nosotros para el futuro de nuestro derecho societario y en la actualidad, Nissen, yo, García Cuerva y muchos otros no estamos dispuestos a aceptar. La ponencia de Rubín dice que ni si quiera en extremo manifiesto, llega a decir que no se burla a los accionistas, no se puede cuestionar el acto; yo quisiera saber si uds., aceptarían que esta mesa directiva

tuviera un control absoluto de discrecionabilidad y que uds. carecieran del mérito de juzgar la razonabilidad de nuestra actuación o la medida de que ejercitamos nuestras facultades, si así fuera nos. seríamos un tirano y uds. serían unos dominados.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, está abierta la lista de oradores. Dr. Manóvil.

Sobre impugnación de decisiones asamblearias

El Dr. Manóvil expresa:

Me voy a remitir a la ley de sociedades, que hace que no entienda como puede si quiera dudarse, de que un aumento de capital pueda ser sometido al juicio del tribunal cuando una parte lo presenta como irrazonable. El art.70 de la ley de sociedad establece el criterio de *razonabilidad* y de *prudente administración* para la constitución de reservas. El directorio de la S.A. esta obligado a explicar en la memoria, los motivos por los cuales propone la constitución de reservas que no sean las legales. A quien se le ocurre que si estos recaudos están establecidos legalmente para limitarle al accionista la percepción de dividendos, que estos mismos principios con mucha mayor razón, no sean aplicables a la hora de pedirle que saque dinero del bolsillo y haga un nuevo aporte. Y si a mi juicio, los fallos que no admiten o que hablen de una no judiciabilidad o que exigen recaudos que son pura creación jurisprudencial o eventualmente doctrinaria, se apartan de una exposición expresa de la ley, por lo tanto van a morir en una tendencia que paulatinamente creo que se va a tener que revertir, por otra parte y como dato adicional para la discusión, señalo que el criterio de razonabilidad del art. 70 dependerá del objeto social y aquí quizá sí la diferenciación entre objeto social y actividad social sea la que provoque determinados problemas.

La mala costumbre argentina, de estatutos con objetos sociales que hacen creer a los empresarios que cuanto mayor sea la paciencia de la pluma del abogado que redacta la cláusula del objeto mejor es el abogado, genera conflictos en este tipo de situaciones porque la razonabilidad difícilmente pueda sostenerse que solo se deba medir con relación a la actividad concretamente realizada y puede haber argumentos razonables que si se pide un aumento de capital para emprender una nueva actividad comprendida ya en el objeto social la cuestión se haga de difícil dilucidación.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, Dr. Matta y Trejo.

Dr. Matta y Trejo:

Voy a dejar sentada mi oposición total a la ponencia del doctor Rubén y mi adhesión a las ponencias de los Dres. Zamenfeld, Vítolo, Nissen, Suárez Anzorena y adherirme también a lo dicho por el Dr. Manóvil. Yo también he advertido una suerte de descompensación de hace varios años, una suerte de marea que viene en contra de los accionistas minoritarios fundando en el abuso de las minorías etc.

Veo muchos discípulos de Ratenau en este congreso, Ratenau era aquel empresario alemán que sostenía que los accionistas no deberían tener utilidades porque estas deberían reinvertirse permanentemente para un crecimiento sin límite de la sociedad, creo que esto es sumamente peligroso, porque atenta contra la estructura básica de la sociedad anónima que es el accionista, no nos olvidemos que el accionista invierte porque quiere sacar una rentabilidad de esa sociedad, no invierte para sacar un monstruo, donde le expropian su inversión, una expropiación sin indemnización.

Creo que esto es un tema muy importante y nosotros debemos poner fin a esa marea y creo que la realización de este congreso es muy importante para eso, creo que la doctrina judicial de "Pereda con Pampagro" y otros fallos, es contraria a la ley, el juez está llamado a hacer un control de mérito en el art. 70 de la ley cuando debe analizar la razonabilidad o irrazonabilidad de las reservas porque deben responder a una prudente administración, entonces cuando la sociedad quiere imponernos nuevas reservas para hacer nuevas inversiones o expandir la sociedad el juez está llamado a ver si eso es realmente conveniente o no es conveniente y eso es un control de mérito. Señores el que debe hacer el juez han existido casos de sociedad, que durante quince años no distribuyeron dividendos y de repente cuando un accionista cansado de esto y que la mayoría se retirara los dividendos como "honorario de los directores", le respondieron con el aumento de capital de tres millones de dólares con el fundamento de una "nueva inversión". Donde está el límite, debemos proteger al accionista porque con eso estamos protegiendo el pilar basilar de la sociedad anónima. Esto creo que es importante que lo veamos, también adhiero a que no hay cuestiones no judiciales, todo es justiciable, no podemos alejar del control de la justicia ni los jueces pueden renunciar a esto con los pretextos de una irracionalidad dañosa o una arbitrariedad extrema, es decir, busquemos lo formal, porque en la práctica cuando el Dr. García Cuerva sostenía los puntos que sí podían debatirse en un aumento de capital, se refería a puntos de forma, información,

etc., pero no analicemos el mérito de la decisión empresaria.

Creo que esto es sumamente peligroso y contrario a disposiciones expresas de la ley. Hoy el accionista se encuentra en un cepo, tenemos fallos que sostienen que no hay derecho a la prima de emisión, que debe tutelarse su participación por vía del derecho de suscripción preferente, por un lado tenemos esa reacción, por otro aumento de capitales no justiciables. A dónde vamos señores, creo que esto es sumamente peligroso y bueno después vienen las reacciones. Ayer escuchamos una ponencia, la cual el autor sostenía que debían en las sociedades cerradas, obligarse a la sociedad antes del aumento a capitalizar los revalúos, se discutió el tema, creo que el tema tiene sus reservas no quisiera hablar de revalúos, pero sí por ej. la cuenta de ajuste del capital, porque la cuenta de ajuste del capital es capital y así lo ha reconocido una doctrina administrativa, la Comisión Nacional de Valores, entiende que cuando queremos cubrir pérdidas contra la cuenta ajuste del capital es una reducción de capital y es así técnicamente, contablemente es así.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias. Dr. Morello.

Dr. Morello:

Quiero comenzar señalando que debemos tener en cuenta las palabras magníficas del Dr. Frías, donde resaltó que en última instancia la empresa es una esquina del mapa general de la democracia, debe tener alma, subrayó con énfasis y debe también determinar la recreación del piso ético de la sociedad argentina en general que tiene unas quiebras que están lamentablemente en un bajón de la moral colectiva, Argentina es una sociedad moralmente débil en este momento.

En la comisión de ayer se trabajó también parcialmente sobre estas cuestiones e irrumpe con una denominación que es cara al derecho de EE. UU., que es cara al derecho público, al derecho político argentino, pero que yo no tenía conocimiento que hiciera campamento en particular en el derecho privado o en un cuadrante del derecho privado, el derecho societario la cuestión justiciable o no justiciable. Saben uds. también que este tema en el derecho político generó y está abierto, en ese formidable tema que es el control de constitucionalidad, un péndulo. Oyanarte en un extremo, mantuvo la doctrina clásica del derecho en EE. UU., los jueces de la Corte no tienen que zambullirse en cuestiones políticas que son unas, institucionales otras y otras de criterios privativos de los otros poderes, que son insusceptibles de ser controlados por el

poder judicial. En el razonamiento cesudo de Oyanarte destacó, que si la Corte entraba a navegar en todas estas aguas, terminaría siendo un sindicato y perdería ese rol de equilibrio, de tercero que debe tener para los problemas de la sociedad argentina como en EE.UU.

Desde el otro punto de vista, batalló constantemente por el ensanchamiento del control de todas las cuestiones, saben uds. Bidart Campos en el sentido de que el poder judicial tiene la necesidad de manejarse con los tres parámetros que nos manejamos los hombres de derecho que son el principio de la legalidad, el principio de la legalidad jurídica y el principio de la razonabilidad, para que cada vez se profundizara, se acentuara ese contralor, a todos aquellos actos originariamente neutros al avance del poder judicial pero que en la dinámica del sistema democrático hace imprescindible ese control, de modo tal que hemos pasado a que cada vez sea mas reducido a caso en la declaración de guerra o el estado de sitio o las intervenciones.

El tema en particular también se enlaza con un momento gral. del mundo. Fíjense uds. el desafío a la acomodación de las instituciones, todos nos estudiamos el amparo en función de contener a lo arbitrario e ilegítimo de las manifestaciones del poder público y ahora cuatro años después de que la Corte había mantenido un criterio estricto, tenemos que estar utilizando el mismo instrumento, respecto a los avances de los poderes económicos, el amparo respecto de los poderes económicos. Quién controla el problema de la tarifas, el problema de los pulsos en materia telefónica, donde acogió el amparo legitimado a través de un simple usuario con una acción que casi es una acción popular, De modo tal que el tema de uds., que es importantísimo, esta también trabajando sobre esto que hace a la democracia interna de esa esquina del mapa general del país que es el derecho empresario, la empresa. Y entonces, ahí vienen a cuenta todas las circunstancias que demuestran la necesidad que el control no vaya exclusivamente a la tutela de un derecho subjetivo individual, que ha sido siempre lo que ha permitido el interés tutelable legitimante de la promoción del control.

En las exposiciones que he escuchado se ha marcado eso, si en el trámite de elaboración de la decisión que determina a la mayoría a aumentar el capital, algunos de los eslabones que son por supuesto necesario para elaborar esa decisión falta, como es la carencia del derecho a la información, es como la falla de un trámite en la elaboración de la ley. La Corte controla si hay un vicio de actividad, porque el resultado no se soporta en las exigencias constitucionales del debido proceso constitucional de elaboración de la ley, lo mismo ocurre aquí si llegan a faltar esos presupuestos mínimos de información suficiente o necesaria para que la decisión final repose en ese derecho a la información.

El tema también se enanca con un movimiento de la última década que es fundamental, me parece que va ser un gran desafío que tenemos que ver los

juristas, en lo que la Corte argentina siguiendo también a la Corte de EE. UU. llama la ordenación de la libertad, frente al conflicto de las pequeñas grandes libertades. Piensen uds. que en los últimos fallos, hay un malestar respecto de la corte actual con relación a la del '83, a la justicia de acompañamiento que hace a todas las medidas de la política económica, en ese sentido, es una diferencia de lo que fue la corte que enfrentó a Roosevelt, aquí no hay un espíritu crítico sino, respetuosamente lo digo, espíritu de acompañamiento, no hay oposición crítica, la ley de convertibilidad, la reforma del estado, a esto que hace a una política gral. Acaso sea beneficiosa encontrar o en contrapartida, en la afirmación de ciertos derechos particulares o la tutela de ciertos derechos también de la tercera o cuarta generación, como son en el caso Mejian. Saben uds. el derecho operativo de réplica, pero si admitimos que las mayorías de esta microsociedad dinámica que es la empresa tiene la suficiente elasticidad como para decretar los actos necesarios para el desarrollo, también es cierto que en este momento de esta década, a mayor libertad a mayor discrecionalidad viene el contrapeso necesario de mayor control, no puede ser sino un juego dinámico de pesos y contrapesos hacia el resultado y esa participación exige que las mayorías a su vez estén controladas en la necesaria razonabilidad de los que van a decidir, de modo tal que hay una obra (...).

(...) me parece no es muy feliz apropiarse un término que es para colmo un concepto jurídico indeterminado. La arbitrariedad es un contenido que lo van llenando los jueces, según los valores distintos, en un momento determinado algo puede ser arbitrario, la sociedad cambia y deja de serlo y me parece que no hay gradaciones intrínsecas. Podrá haber una manifestación como el absurdo en la provincia de Bs. As., mas notorio, mas manifiesto por lo garrafal del error por el desacierto o la decisión, pero el control me parece que se tiene que realizar.

La cuestión no es que deje de ser justiciable, es necesario que habiendo un conflicto que llegue a ser una controversia, porque se afecte un derecho subjetivo, tenga el derecho empresario la suficiente cobertura para que la seguridad jurídica del inversor argentino o extranjero sepa también que tiene una contrapartida interna. Es una seguridad que es bipolar, que se conjuga con la razonabilidad del cometido, con la legalidad que tiene, donde falla uno de ese trípode entra a ser coja la mesa, la mesa del derecho. Así que me parece que aunque no quisiéramos, siempre estará legitimado el accionista minoritario para poder ejercer un control, que sería privación de justicia e ir a contrapelo del modelo actual, el modelo de la justicia que enarbola Mauro Capeleti desde Florencia, restarle un control que importa, en última instancia, una pretendida ampliación de la zona de reserva de la mayoría de la asamblea, que puede ser excesivamente perjudicial para los resultados y el derecho debe prevenir antes

que reparar. Por lo tanto me parece que con prudencia, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso debe admitirse el control suficiente jurídico.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Muchas gracias Dr. Morello. Dr. Favier Dubois.

El Dr. Favier Dubois expresa:

El tema tiene como dos aspectos desde mi punto de vista. Por un lado una cuestión de lucha de principios, parece que esta en juego la intromisión del Estado en los negocios privados, digo del Estado en este caso el poder judicial como órgano, en los negocios privados, en la dicotomía libertad y orden o autoridad. Y por ahí presenta a su vez alguna particularidades, porque fijense sería considerar las cuestión no judicial sería afirmar la libertad de la sociedad frente al Estado. Pero a su vez hay un conflicto interno, que es la libertad del minoritario o el derecho individual del minoritario frente a los derechos de la mayoría o sea desde ese punto de vista es complejo. Es claro que pareciera mantenernos en aquella analogía entre la sociedad comercial y el Estado moderno con sus tres poderes ejecutivo, legislativo y judicial y esto trasladado a la esfera de la S.A. que sería "la sociedad" también nos llevaría a esa cuestión, de si en el Estado moderno hay cuestiones del ejecutivo no judiciales y de otros poderes no judiciales, si en la sociedad también tenemos cuestiones de este tipo, esto sería un primer enfoque. Frente a eso recordemos que estamos en materia de derecho comercial, derecho empresarial. Y esta materia es una materia también bipolar, porque una de las funciones pareciera ser la de promover los negocios, facilitar, acompañar, ayudar darles a los empresarios las estructuras, mejores o las mayores libertades y el otro aspecto es el de limitar, el de fijar topes, el de fijar acotaciones.

En esto recordemos la misión del consulado, que es el antecedente de nuestra justicia comercial. El consulado tenía aquella doble función que de alguna manera era, justamente promover el desarrollo comercial, ayudar, pero paralelamente limitar, es decir fijar los límites. Dentro de estos límites, todo, tratando de que no se transgredan los límites. En el derecho moderno pasa algo similar, estamos por un lado queriendo liberalizar, pero por el otro lado, nos damos cuenta que el tema de las quiebras, el tema de la impunidad, el tema del delito económico esta en un punto que hay que ajustarlo. Esto sería en términos generales. Ahora en términos particulares en lo que a nos. nos interesa de aquí, venimos a discutir si es judicial la decisión asamblearia de aumento de capital, no porque ya sabemos que esto se plantea en los tribunales y en principio y hasta

ahora nadie haría un rechazo, digamos por improponibilidad objetiva de la demanda, esto se substanciaría, o sea, habría un análisis o control judicial. Un poco lo que decía García Cuerva, o sea esto se lleva a los tribunales cuando se llega a los tribunales y se llega al momento de la sentencia, acá la cuestión es la siguiente: cual es el principio, esto es lo que estamos discutiendo, el principio es el aumento es inimpugnabile salvo que se pruebe tal cosa o no, o vamos a no sentar este principio, bueno el aumento es o no impugnabile habrá que ver la razonabilidad. Parece que entonces lo que buscamos, es una medida, una cota y en esto tenemos los problemas que tenemos. Tenemos las acciones de simulación, cuando el que tiene que probar que el acto es simulado es el que esta afuera del negocio, entonces tiene que estar buscando los indicios, las presunciones, a su vez en tribunales lo llaman al señor y dice bueno pero de donde sacó la plata para comprar el inmueble, explíqueme; pareciera que acá el demandado mas allá del 377 y su doctrina o digamos a partir de la nueva doctrina del 377 el código procesal de la Capital, el demandado tiene que decirnos algo, pasa algo parecido también con el tema del ordinario posterior y la falta de causa en la emisión de títulos.

Vemos que pasamos de un tema importantísimo de derecho constitucional comercial a, en definitiva un tema tan practico como el derecho procesal y queremos decir bueno, dónde ponemos la cota, es un tema de carga de la prueba? pareciera que estamos pasando por un tema de carga de la prueba, pero no se agota ahí, por qué no se agota y en qué pienso que el fallo tiene mucha razón?, nos fija una especie de pauta de apreciación de la razonabilidad del aumento y nos dicen, miren señores el tema aumento de capital por su naturaleza es una decisión empresaria, entonces en principio considerémoslo razonable, esto es lo que nos esta queriendo decir. Entonces cual sería desde mi punto de vista como sugerencia para este debate, qué tiene que probar el actor? la irrazonabilidad, cómo la va a probar? va tener que acudir a las vías de indicio, presunciones, elementos pero la demandada no va poder permanecer callada, el silencio de la demandada no va poder ser, señor aument adnutum esto es una decisión de política empresaria buenas noches, va tener que expresar y probar su decisión. Y si es dudoso que haya sido razonable y ahí entonces sí creo que tenemos que seguir el fallo, si es dudoso que haya sido razonable lo consideramos razonable porque es una decisión empresaria.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):
Dr. Roitman.

El Dr. Roitman expresó:

Como primera medida adhiero calurosamente a la posición de la ponencia, creo que no hay en materia de derecho societario cuestiones no judiciales, el derecho societario se nutre de dos vertientes, una el derecho de la organización que es el derecho de la sociedad., el derecho de la estructura y también existe un derecho de los socios, hace mas de veinte años se escribió un libro en Córdoba que se llamaba Derechos Patrimoniales de los Socios, en donde prácticamente se sentó las pautas de los que son los derechos de cada uno de estos integrantes de la sociedad por acciones, Richard escribió el derecho a la información, el derecho a la participación de las asambleas, el derecho a la protección patrimonial de cada una de sus inversiones, y pareciera que veinticinco años después de aquella magnífica lección, que yo creo que sigue vigente, nos empezamos a replantear en una época en donde debemos acentuar la protección a los derechos del socio, expansión de los mercados de capitales, emisión de obligaciones negociables, aumento de la dimensión de las negociaciones que se hacen a través del mercado de valores, pareciera que queremos disminuir estos controles en aras de proteger a la sociedad y de desproteger a los inversores. Se ha señalado bien, que esta tendencia peligrosamente esta flotando acá en el campo de estas deliberaciones y yo me congratulo de que personas del valor intelectual de Suarez, Nissen, García Cuerva vengan y traigan nuevamente el planteo a esta mesa.

En los EE. UU. este tema esta prolijamente regulado, existe un derecho de la sociedad anónima que es el corporal y perfectamente individualizado y existe una entidad del Estado que regula prolijamente el derecho de un ciudadano que tiene un título que se negocia que es la Security. Cualquier security, bonos del Estado, bonos de inversores particulares, emisión de acciones o de títulos negociables con una sociedad, tiene que pasar por el tamiz de este organismo independiente, que no tiene absolutamente nada que ver con el derecho de la sociedad, con la sociedad, con la corporación en sí misma, por supuesto el sistema es distinto, las similitudes y las simetrías no se pueden trasladar directamente a nuestro derecho, pero simplemente lo planteo como una cuestión de protección de estructuras que me parece sumamente importante de tener en cuenta en una hora en donde queremos imitar la expansión de un mercado de capitales de los EE. UU. y no nos fijamos en las protecciones que deben acentuarse hacia esos derechos individuales de los socios.

Por último, yo muy afecto a los casos concretos, les voy a tomar un minuto para relatarles una cosa que ha ocurrido acá en Córdoba estos últimos diez años y que lamentablemente no ha tenido decisión judicial, pero es un caso que viene a ilustrar perfectamente creo yo lo que estamos debatiendo, en una sociedad cerrada en la cual existían revalúos contables capitalizables por montos muy

importantes, socios ausentes que no vivían en la jurisdicción, que estaban en el extranjero, fueron desposeídos de sus participaciones accionarias mediante un asistemático aumento de capital genuino mediante aporte de dinero sin previa capitalización de los revalúos contables o del 50% capitalizable del revalúo contable, no hablemos del 50% no capitalizable y de otras reservas que existían en esta sociedad que de haberse capitalizado previamente al aumento genuino que se hizo en la proporción, hubieran determinado lo siguiente, que quien era socio por el 40% al momento originario de estos aumentos hace diez años hoy hubiera tenido reducido su participación a un 25% en función de los aumentos genuinos. Como no se capitalizaron los revalúos contables existentes, como no se capitalizaron las reservas que había en esta sociedad, el tema desde el punto de vista matemático es muy claro. A lo mejor explicarlo resulta difícil, como no se capitalizaron previamente estos revalúos contables la reducción fue al 0,01% y nos encontramos al cabo de diez años cuando estas personas regresaron a la provincia con una desposesión total, con una desprotección. Y en realidad la desprotección surge exclusivamente, porque pareciera que los revalúos contables que son nada mas que un ajuste del capital que siempre se tuvo y que fue la participación del socio dentro de la sociedad no tiene un reconocimiento legal, si esta sociedad hubiese cotizado en bolsa previamente para hacer un aumento genuino la Comisión Nacional de Valores exige expresamente la capitalización, me parece bastante irrazonable de que en el ámbito de las sociedades cerradas donde no existe una norma de esta naturaleza, ni si quiera yo por lo menos la he podido encontrar haciendo aplicación a la lógica de otras disposiciones en lo ordenamiento societario, encuentre una protección para este socio que ha sido formalmente, legítimamente desposeído o expropiado de su derecho a las acciones en la sociedad.

Naturalmente esta todo el problema de la inacción, de la falta de diligencia, pero el tenía un derecho, él era propietario de una parte, es esto no justiciable, es esta una cuestión que está al margen del control de la justicia. Fuera del problema de la prescripción, yo creo que este es uno de los tantos aumentos de capital que se podrían llevar a los tribunales para cuestionar si el socio ha sido legítima o ilegítimamente desposeído, mi convicción en este caso en particular, es que hay imprescriptibilidad de las acciones a pesar de los plazos de caducidad tan breves que existen en la sociedad, por que lo que ha operado es un ardid una maniobra, para precisamente desposeer a quien es legítimamente titular de ese derecho al acrecentamiento en el evalúo, en las reservas, etcétera. Simplemente traje este ej., que no me atreví a traerlo ayer cuando tratábamos concretamente este tema, porque me parece muy ilustrativo sobre la base de un caso concreto de lo que aquí estamos debatiendo. Nada más.

Presidente (Mallo Rivas):

Muchas gracias. Dr. Dasso (p), por favor.

Dr. Dasso (p):

Advierto que en los anteriores congresos de derecho societario, sobre todo en el de Salta, había encontrado un embate realmente importante en favor de la tesis de las posiciones mayoritarias, esto fue prácticamente reiteración de la posición que se había advertido en términos generales en el congreso de La Cumbre. En aquella oportunidad, tuve ocasión de mostrar marcada discrepancia en muchos institutos en los cuales la voluntad individual aparecía derogada por esa voluntad mayoritaria en una forma prácticamente absoluta. En el transcurso del tiempo va mostrando que ese movimiento pendular que para referirse a las instituciones dijo el maestro Morello, también se va dando en este caso en materia del tema de la posibilidad del aumento de capital.

Advierto también que algunas posiciones que eran un poco más extremas como las de Nissen y García Cuerva, han cambiado un poquito, se han hecho más flexibles. Advierto en el cambio, que Rubín se muestra absolutamente aferrado a una posición absoluta e infortunada de alguna decisión judicial que es la que provoca realmente esta reacción.

La reflexión que esto me merece, fuera de los casos patológicos que aquí se han citado que realmente como ejemplo ilustran pero que no ayuda en mucho porque todos los extremos no son buenos elementos para hacer juicios de valor ponderados, al margen de eso digo, que me aferro a la mecánica del derecho de la sociedad anónima y no puedo olvidar que la tesis según la cual la voluntad de la mayoría es la voluntad del ente, difícilmente pueda ser atacada en una forma tal que llegue a derogarla, desde luego descarto en absoluto esta posibilidad de hablar de un derecho no justificable, la posibilidad de que el tema sea rechazado a su sola presentación. Me parece que se trata en materia de aumento de capital, de una decisión de política empresarial y tanta arbitrariedad puede haber en una expresión mayoritaria incontrolada como en una posición minoritaria obstinada, que más que un juicio de valor, entraña una posición dictada por el interés subjetivo sin miramientos en el interés social, es por eso que pongo especial énfasis en la tesis de Favier Dubois, veo que reducido esto a su esqueleto privado de toda esa coraza exterior en una última instancia, lo que está restando aquí es la posibilidad de una prueba que demuestre que no existe el abuso de la mayoría. Pero dije que se trata de una decisión de política empresarial y la política empresarial está siempre en manos de la voluntad mayoritaria, se ha hablado acá y puso mucho énfasis el maestro Suárez Anzorena en el tema de la posición mayoritaria en el sentido de aferrarse a determinadas tesis que

involucran el desconocimiento de los valores accionarios, valores materiales accionarios de las minorías.

Yo pondría énfasis, como réplica simplemente, en aquellas presiones mayoritarias desmedidas que lo único a que aspiran es lograr por esta vía el resarcimiento de sus valores para, inmovilizando a la sociedad que quiere cumplir sus objetivos, lograr que les sean desinteresados. Y esto lo vemos todos los días, el abuso de la mayoría no es solo el abuso de la mayoría, es el abuso de la minoría, a mí tanto me preocupa el uno como me preocupa el otro. Entiendo que cuando se debe hacer un juicio de valor o que cuando el juez debe hacer el juicio de valor respecto a si el capital deberá o no ser aumentado, tiene que partir de una interpretación amplia, sobre todo si no nos queremos apartar de una realidad económica que todos los días nos demuestra que los aumentos genuinos de capital resultan prácticamente insuficiente cotidianamente para abastecer a las sociedades y esto lo podemos confrontar quienes hacemos el ejercicio profesional y quienes tenemos confianza naturalmente en los mensajes de nuestros empresarios. Si es así una oposición de una minoría respaldada en derecho, en absoluto pie igualitario sin atender al principio de beneficio del interés social, puede llevar a perjuicio realmente irreparables en el seno de la sociedad en el cual se trate.

El maestro Morello hizo referencia también en la reunión anterior o en la conferencia anterior que tuvimos, a una situación que me preocupa y que es el tema de las medidas cautelares en materia del aumento de capital.

La medida cautelar decretada en materia del aumento de capital, con el solo que por supuesto es el principio radical de la medida cautelar, puede significar que en una última instancia el peligro en la demora se transforme nada mas que en un verdadero incendio para la sociedad, peligro en la demora para el socio minoritario pero desastre económico para la sociedad que no podrá lograr en forma expeditiva la solución a su problema y caerá así, por vía de esta medida cautelar a veces decretada sin una debida contracautela, en las manos de una minoría que lo único que aspira es rescatar su interés legítimo, sí, no lo discutimos, pero un interés legítimo que se refiera al valor de las acciones. por vía de la separación tiene algo que ver con el interés social? creo que no. Otra reflexión, existe dentro de estos institutos un elemento que se ha dado en llamar a mi criterio injustamente, un elemento de tutela de las minorías que no es tutela de las minorías como dije ayer en otra de las conferencias, sino que es un instituto de equilibrio entre las posiciones encontradas de las mayorías y de la minoría, allá confluyen dos intereses igualmente legítimos que son el de la sociedad a modificar sus estatutos en orden al mejor cumplimiento de sus fines y el de socio minoritario a perseverar en algo tan legítimo como son las condiciones de riesgo y de responsabilidad, que son el límite exacto de lo que el

quiso cuando ingresó a la sociedad. Ese instituto, es el derecho de separación y no consideremos entonces al derecho de separación como un instituto excepcional, como he leído en algunas de las ponencias, el derecho de separación es un derecho inteligentemente acordado, hábilmente involucrado en el problema, que significa una salida por una puerta ancha para el accionista que quiere que su interés social sea respetado pero que no acata la voluntad de la mayoría, porque en definitiva esa es su obligación en la sociedad, acatar la voluntad mayoritaria esa es su obligación en la sociedad democrática. Terminó entonces diciendo que tengo miedo que por la puerta abierta de una justiciaabilidad que nadie discute, terminemos mellando el marco que apoya a la propia puerta.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Dr. Kleidermacher.

Dr. Kleidermacher:

El tema tomó tal dimensión que ya tengo que encontrar nuevamente el rumbo en mis pensamientos, originariamente perdí la palabra y sencillamente quería adherirme a la postura mayoritaria, porque no tengo dudas de la necesidad del control y que no debe haber en general en esta materia ninguna reserva, ningún coto privado en la cual no deba ser necesario el control judicial. Sobre todo porque la empresa forma parte de la sociedad y sin estar enrolado en ninguna corriente institucionalista, siempre existen elementos que hacen al orden global y superior que están comprometidos inclusive con decisiones de política económica.

Nunca debemos olvidar que cuando tomamos una decisión en materia de la ley de sociedad, en materia de una ley de concurso, estamos tomando decisiones de política económica o de economía política según el criterio con que se mire, y esto excede desde luego el interés privatístico. Las palabras del Dr. Suarez Ansófena me conmovieron y también las apoyo calurosamente, me parece que el marco posterior que ha ido cobrando el tema, justifica que reflexionemos en cuanto a que estos elementos tienen que ver con un marco referido en gral. al abuso del poder, referido a lo que tenemos que intentar rescatar y atrapar del interés social porque tanto el abuso del poder como el abuso del derecho son instituciones rectoras amplias en donde esta problemática esta subsumida. El abuso del poder de la mayoría intrinca con el límite del interés social y en la oportunidad en que me tocó estudiar, con alguna profundidad este tema, recuerdo que en aquella oportunidad lo hicimos con la Dra. (...) publicando un trabajo basado en una orientación que se empezó a dar

en la comunidad europea. Se trataba en aquella oportunidad, de una corriente muy fuerte, en donde parecía que cambiaba el lema de que el interés social es lo que la mayoría dice que es, parecía que aquellos elementos que habíamos estudiado como el *afectio societatis*, el interés social ya eran temas desvanecidos, estábamos en una corriente muy dura, muy material en donde estos elementos inatrapables un poco fantasmagóricos debían ya atraer el interés del jurista. En aquella oportunidad, todos recordamos la década del '80 en el gobierno de Carter, se fijó la política de embargo hacia Rusia por su inacatabilidad a los derechos humanos y se prohibió a las sociedades norteamericanas y las que tenían mayoría en otras sociedades a comerciar con Rusia, se dio el caso de una sociedad francesa que tenía un contrato muy importante con Rusia de provisión de camiones y por acatamiento de esta política la mayoría decidió no hacer frente a las obligaciones de este contrato, rescindirlo y con esto le infringía un grave perjuicio a la sociedad. La minoría planteó el abuso del poder de la mayoría, pero entroncándolo claramente con el desvío o el abuso en función de que violaba el interés social. Claro era un caso casi grotesco, era bastante fácil darse cuenta de que esta decisión estaba en contra del interés social y así se sentó esta doctrina de anular esta decisión, entonces las reflexiones que si bien tiene que haber control judicial y si bien debemos rescatar esta posibilidad de jugar (...).

(...) por encima del derecho subjetivo de la mayoría, por encima del derecho subjetivo del socio a quien no llamo inversor, cuando es particular solo consideraré razonable con no aceptar el fallo mayoritario o considera irrazonable la resolución de la mayoría cuando no este de acuerdo con el interés social, porque en el caso contrario voy a confundir inversor con los socios. El inversor toma otro tipo de título, cuando quiere sencillamente un interés o un dividendo o un plus para su capita. Yo en el socio reconozco un plexo de derechos y facultades pero también de obligaciones que van de la mano armónicamente, porque él asume un riesgo, no es un mero inversor, el esta teniendo una aventura común y debe respetar el interés de la mayoría. Y finalmente otro elemento que tenemos que tener siempre claro, que la problemática de que si hacemos demasiada huella en esta cuestión también atacamos probablemente la certeza de los actos. Estos elementos a mi juicio que han jugado aquí un poco, haciendo el marco mucho mas amplio casi iusfilosófico y a que un poco nos convocó el Dr. Suarez Anzorena, hace que seguramente tengamos que seguir reflexionando sobre estas cuestiones, pero me parece importante rescatar que en mi opinión no hay duda de la judiciabilidad del acto, de la necesidad de este control pero rescatando que el interés social debe ser el elemento rector no el interés subjetivo del inversor, no se trata de una pugna entre el interés subjetivo del inversor y el de la mayoría, se tratara de poner en caja la decisión

mayoritaria enfrentada por el interés, rescatando que estamos jugando con la certeza de los actos y con estas instituciones que enmarcan desde luego toda la filosofía del derecho societario.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Vamos a escuchar, entonces, ahora las contestaciones.

(no se identifica)

Creo que el tema metodológicamente se dividiría en dos partes. Primero si estamos ante cuestiones justiciables o no, que fue el objeto que motivó mi intervención primera, decía que me parecía poco feliz trasladar al ámbito societario a una parcela muy importante pero es una esquina de ese edificio general del derecho privado, un tema que tiene su propio horizonte en el derecho público y que también tiene sus embates. Si el juez en su función jurisdiccional típica, frente a una controversia, porque hay parte legitimada con un interés mas que suficiente para su intervención tendremos la necesidad de que la justicia d su palabra. De modo tal que creo que eso es lo primero que sugiero humildemente, fijar el criterio del congreso si nos valemos o no de un instrumental técnico cuyo lenguaje tiene tantas connotaciones filosas, si esto fuera así de que es necesario o que es conveniente o que no hay supuestos o excepciones para que el control se realice, creo sí que ya entramos en otro aspecto que marcó acá muy bien el Dr. que es seguramente hacia la política procesal, de qué modo ese control se lleva a cabo, en cuyo caso tendrán que tener en cuenta con los procesalistas los mecanismos, las razones que justifican, si hay un principio de razonabilidad a priori, si hay un deber de colaboración. Porque también el derecho procesal esta en ebullición acuérdense uds. el art. 1625 en lo que hace a la responsabilidad del médico, como aparecen las cargas dinámicas y como se invierte en la prueba y cuales son los deberes que tiene, como establece la constitución de Colombia que cada parte según la posición o la mejor ubicación o el mejor acceso a la información, tiene que tener una conducta activa de colaboración para los resultados del proceso, pero esos son puntos de la política procesal que descansan en la necesidad del criterio subordinante de que es controlable el tema de qué modo y para qué fines el interés social es distinto al derecho subjetivo de las partes. Todo esto responde a los cartabones que hacen a ese criterio de política procesal de una cuestión que en sí por las razones dadas en conjunto si es que así lo decide el congreso es controlable judicialmente.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias Dr. Dr. Araya.

Dr. Araya:

Creo que los esclarecimientos del Dr. Morello han aventado toda duda acerca de lo justiciable o no del caso de la carga de la prueba, etc. El Dr. Kleidermacher citó un antecedente que yo no conocía, pero sí me trajo a la memoria otro antecedente de corte similar que dio origen a uno de los casos mas sonados de la jurisprudencia francesa, a punto tal que con alguna exageración un autor dijo que el de derecho societario en Francia se divide en antes y después del caso Flujau France. Este caso lo traigo a colación, porque creo que esta indicando o dando elementos para llegar a una solución ajustada. Ocurrió en la época de la Guerra de Vietnam, que China compró camiones a una conocida empresa francesa Berlier y estos camiones pesados debían ser carrozados, por ello Berlier contrató con Flujau France conocidísima empresa de carrocerías de magnitud, ésta era subsidiaria de Flujau International y cuando la sociedad americana tuvo noticias de este contrato no tuvo tampoco dudas de que esos camiones seguían de China a Vietnam, por lo tanto el presidente de Flujau France recibió órdenes de rescindir el contrato con Berlier tratando de atenuar al mínimo las responsabilidades que pudiesen resultar de esta rescisión. El directorio estaba integrado por dos tercios de representantes americanos y un tercio de representantes franceses, el presidente trató con Berlier, que le contestó ásperamente diciendo que estaba dispuesto a hacerle cumplir el contrato hasta sus últimas consecuencias, el presidente trató de obtener el consenso del directorio, la minoría se opuso, renunció el presidente, renunciaron los directores americanos y los accionistas minoritarios franceses consiguieron a través de la justicia comercial, en un procedimiento maravilloso por lo expeditivo, en una semana el tribunal francés dispuso una intervención judicial al solo efecto de que el contrato se cumpliera totalmente. Esto fue apelado y la Corte de París, -todo el proceso duró cinco meses incluso el fallo de la corte de París-, que estableció lo siguiente: en primer lugar dijo que la justicia comercial en realidad no debía haber procedido a través de un referente que no era propio de esta justicia, dijo también que no era del caso que la justicia se inmiscuyese en el acierto o no en los negocios de las empresas, pero que en el caso se daban circunstancias excepcionales y estas circunstancias eran lisa y llanamente la desatención del interés social. Es decir que después de recordar que la justicia francesa tradicionalmente y hasta donde yo si todavía, hoy es reticente a inmiscuirse en la bondad o no de las decisiones societarias porque parten del principio, que yo comparto plenamente, que no es bueno que

los jueces sean los que califiquen si lo que están haciendo los empresarios les conviene o no les conviene, no es esa la misión de un juez. Pero sí en cambio es misión de un juez por de pronto, el control de legalidad, en esto García Cuerva notó perfectamente bien una distinción, si lo que se esta impugnando es que no hubo información yo voy a impugnar la asamblea por falta de información no por el aumento de capital sino por la falta de información. Y otra cosa es el control de mérito, en el control de mérito yo me siento inclinado a compartir la doctrina de la Cámara de la sala D el caso que aquí se ha puesto en tela de juicio, yo creo que realmente en estos casos hay que ser sumamente prudentes, en estos casos no hay garantías alguna de que el juez vaya a acertar mejor que los accionistas cual es la decisión conveniente, con este agravante que alguna vez lo leí en Remo Francesqueli en un artículo estupendo que publicó en un homenaje a Luis Giferri, el juez no va a pagar los platos rotos si se equivoca, los va a pagar la sociedad. Entonces creo que el criterio es decir, el juez va avanzar sobre una resolución cuando so color de una cuestión que hace solamente al mérito de una política empresarial, se esta encubriendo una maniobra para beneficiar a un grupo o para perjudicar al otro. La clave pasa ni mas ni menos por allá, las políticas vejatorias y que el aumento de capital sea una cuestión puramente de hacer números puede ser cierto pero también es cierto que el aumento de capital es uno de los mas frecuentes instrumentos de fraude a los minoritarios. Sobre esto recientemente se ha escrito un libro en el Brasil y el año pasado se publica un estudio en la revista Contrato e Impresa, es decir que no es sencillamente un fenómeno local.

Dos cuestiones más. me he sentido muy feliz de coincidir con el amigo Roitman, en el enfoque que ha hecho a propósito de las asambleas no impugnadas, pero que después resultan que en su totalidad están englobando un fraude o la preparación para un fraude. Yo tuve ocasión de hacer un planteo similar que no llegó a ser sentenciado pero algún juez que comprendió bien el problema concedió una cautelar y ese fue el punto de partida para solucionar el conflicto. Pero se trataba así mismo de un caso en el que una sociedad no otorgaba jamas dividendos, si generosas remuneraciones a los directores que obviamente eran los accionistas mayoritarios, llegó un determinado momento en que se transformó, como no se declaraban ganancias no se pagaban tampoco los honorarios, se transformó la cuenta de honorarios adeudada a los directores en una cuenta de aporte para futuras emisiones y se aumentó descomunadamente el capital, cuando se enteraron los minoritarios que no habían concurrido jamas a las otras asambleas. Cuando se enteraron de que había tal aumento de capital quisieron saber de qué se trataba y ahí se enteraron que se haría un aumento de capital con prima de emisión, con una prima que suponía el pago de doscientos pesos por cada acción de un peso, la cuenta de aportes para futuras emisiones

estaba autorizada a ser compensada por la suscripción de los mayoritarios. Creo que el caso es muy transparente, el planteo lo hice por el lado del fraude, evidentemente esta gente había perdido la oportunidad de impugnar las sucesivas asambleas pero el conjunto de la operación era un fraude. Y esto lleva a la última observación que quería hacer, el aumento con prima y el derecho a solicitar que la emisión se haga con prima, no hay una respuesta uniforme para esto, evidentemente un aumento con prima puede ser una solución para compensar mas allá del derecho de preferencia, porque se ha dicho que con el derecho de preferencia la prima de emisión no tiene sentido pero esto hay que verlo caso por caso.

Ha habido casos por ejemplo de aumentos de capital sin prima, aumento de capital para pretexto de un grupo de hacerle perder la participación societaria a accionistas que estaban en quiebra, es decir a una sociedad accionista que estaba en quiebra y que no podía suscribir o lo contrario el caso de un aumento de capital sin prima pero que esta respondiendo a una decisión anterior a la quiebra de la sociedad, también se ha dado esto y puede hacerse una emisión con prima para desalentar a los accionistas minoritarios en una sociedad que ha seguido una política de no otorgar dividendos, de manera que tampoco acá hay una receta que en todo caso y como siempre la buena fe, el abuso del derecho, la moral, el art. 953 del Cod. Civil son los que nos tienen que dar la solución. Nada más.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, gracias Dr. Vamos a escuchar, ahora, al Dr. Suárez Anzorena.

Dr. Suárez Anzorena:

Primero un título sobre un artículo: *El juicio sobre la conveniencia del control de una medida hace parte del control judicial de razonabilidad constitucional* German J. Bidart Campos.

Segundo, dos nuevas legislaciones, las últimas, tanto en la órbita europea comunitaria como en la órbita latinoamericana, reforma de la ley española de 1989, la lesión al interés social es causa de impugnabilidad de las decisiones asamblearias. Reforma de la excelente ley uruguaya N° 6.660, nueva ley uruguaya de sociedades, la lesión al interés social es causa de impugnabilidad de decisiones judiciales. Tercera acotación, el interés es ingrediente de la legitimidad, juega tanto para mayorías como para minorías, juega para todos no se trata de una lucha de oposiciones, es un valor en conjunto. En el trabajo que ayer desarrollé omití no tratar este punto porque se iba a considerar hoy. Hay un

largo punto de vista que hace tanto a las obstrucciones de la mayoría o de la minoría, todo tiene que jugar en función del interés común de los socios. Cuarto y último criterio, es exacto lo que señala Favier Dubois, pero el juez en definitiva va a juzgar sobre la razonabilidad, es lo que estamos pidiendo en última instancia, sabiendo además que la voluntad mayoritaria tiene un principio de razonabilidad. Lo que no estamos pidiendo, lo que estamos rechazando es el desarraigo de cuajo de esa situación si no se hubiera escrito irrazonabilidad extrema o arbitrariedad manifiestamente dañosa o cualquiera de esas circunstancias limitativas, no estaríamos conversando el asunto. Estamos conversando el asunto porque están destruyendo el derecho que queremos y que hemos querido y como no queremos aceptar que se destruya combatimos contra ello.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Bien, el otro ponente Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

Adhiero muchísimo a lo que dijo el Dr. Manovil y fundamentalmente lo que dijo el Dr. Matta y Trejo de lo cual me he sentido muy impresionado cuando ha dicho a dónde queremos llegar, no es cierto, yo he notado una corriente de hace varios años, jurisprudencial muy severa hacia los derechos de los accionistas. Yo ya no quiero hablar derecho de las minorías porque parecería que uno defiende un abuso de minorías que no es así, como dijo el Dr. Matta y Trejo el derecho es defender el derecho de la sociedad, proteger al derecho de los accionistas, seres humanos en sí y no por porción como un ente abstracto, sino estamos cayendo en teorías realmente peligrosas y todo aquello que escribió Satanoski entre otros caería en el vacío.

He escuchado mucho últimamente en esta vorágine bursátil que se vive, que las inversiones extranjeras se verían muy preocupadas por una defensa de los intereses de los accionistas, yo recuerdo que primero discutir que deba legislarse para inversiones extranjeras en esta materia específicamente o fundamentalmente y por otro lado que hay inversiones extranjeras que también vienen minoritarias y no les gustaría mucho fallos como los que se dictan últimamente. Al Dr. Dasso le digo con relación al derecho a receso, el derecho al receso no es bueno si no te gusta te vas, es un último remedio que da la ley para evitar el desequilibrio de las prestaciones o de ese contrato original que firmó en su momento, yo creo que tiene el derecho de exigir el cause a la vida societaria por los órganos sociales y luego en último caso ejercer el derecho al

receso pero no se le puede decir si no te gusta ... es la vía normal de la canalización del disenso es ese.

Yo he visto retomando lo de Matta y Trejo, una corriente jurisprudencial, por ej. he visto muchos fallos donde se separa el concepto del interés social con la protección de los derechos individuales del accionista, ya no se decretarían medidas cautelares o no se suspenderían decisiones asamblearias por violación al derecho de información o al derecho de dividendo, porque separen como si estos fuesen considerados derechos individuales al dictado de la sociedad, no ahí también esta comprometido el interés de la social y ahí también puede haber una concreta nulidad de una decisión asamblearia. Sin embargo, las medidas cautelares últimamente se dictan, cuando hay una violación concreta al patrimonio de la sociedad soslayando o disminuyendo la importancia de una violación al derecho individual del accionista. Luego tenemos otro fallo sobre inimpugnabilidad de decisiones del directorio, recordemos el caso Villalba contra Banco de Galicia donde la Cámara dice: no hay otras nulidad que la ley consagra, olvidando la doctrina de las medidas implícitas y fundamentalmente este fallo Pereda contra Pampagro como bien dijo Zamenfeld en donde es susceptible de razonabilidad o la arbitrariedad.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Gracias. Dr. Zamenfeld.

Dr. Zamenfeld:

Yo no voy ha dedicarme a lo que se fue suscitando en el debate que como dijo Anaya me parece que ha alcanzado una dimensión notoria, tampoco voy a tener tiempo de referirme a la temática del interés social tan íntimamente relacionada a todo lo que se debatió, por lo que me limitaré a pasar un aviso. Hay un excelente texto cordobés en este momento que trae un trabajo de Anaya de que simplemente diría en una cita textual, la gestión de los negocios debe ser conforme al interés social y no al de los accionistas mayoritarios para por lo menos dejar titulado el pensamiento sobre el tema. No voy ha insistir mucho ya sobre lo infeliz de esta traspolación del derecho público cuestionable aún en el derecho público al derecho privado, que me parece que es lo que ha producido la distorsión de la discusión sobre el tema que nos ha llevado a discutir algo tan obvio que podría plantearse así: las decisiones que afectan derechos patrimoniales son susceptibles de llevarlos a la sede judicial? y nadie diría que esta es una pregunta atinada, es una pregunta que no se puede ni siquiera formular porque esta respondida antes de ser formulada y esto en definitiva, por eso dije

que me parecía interesante restarle sacralidad al tema del aumento de capital, para llevarlo a un tema mucho más genérico y porque me preocupaba la afirmación que hice en el inicio y porque me preocupaba el tema de la cuestión judicial, creo que esto es más o menos lo que ha quedado expresado, yo tengo para mí una suerte de reafirmación de lo que señalé a cerca de la cuestión judicial ni siquiera puede ser motivo de cuestión. Finalmente un último apunte, yo creo que en sí, en punto a la materia de aumentos de capital, nuestra legislación presenta un enorme vacío. La carencia de resguardo en situaciones que rozan el fraude seguramente van a ser o deben de ser motivo tal vez en este mismo momento de ser tratadas en otra comisión, la de ilícitos societarios y seguramente hay situaciones de aumento de capital que hoy hasta están facilitadas por nuestro esquema legislativo que tiene una escasa carga de responsabilidad en este punto y un absoluto silencio en cuanto respuesta de fondo para quienes estén meditando seriamente en cometer un fraude que ven facilitado precisamente por este silencio.

Presidente (Dr. Mallo Rivas)

Debería tomarme un tiempito más sobre todo para rectificarme de las posiciones de peligroso que en la posición he sustentado. Creo que el título de aquella ponencia y de aquella ponencia y de lo que contiene el voto del Dr. Cuartiello. Sería un buen título para **Página 12: Cuestión no judicial**.

Una "cuestión no judicial" cuestión que es un tema que se debate absolutamente en materia de derecho constitucional, es decir hasta qué punto una cuestión es o no judicial. Una cuestión política no judicial a mí se me ocurre por ejemplo que ninguno de nosotros en materia de derecho público podríamos intentar la nulidad de una elección nacional porque el plan está en contra del interés nacional, esto creo que es una cuestión no judicial, aunque haya que analizarla circunstanciadamente y decir esto es una cuestión no judicial. De allá para adelante hay una serie y una gama cromática de intensidad que la corte se ha introducido en las cuestiones concretas para no tratar un tema después de analizarlo y decir que es una cuestión no judicial. En punto a esta cuestión yo quiero debatir dos o tres cosas que se dijeron: 1ro. La seguridad jurídica, yo lamento disentir con mi amigo Zamenfeld, cuando habló de la seguridad jurídica, cuando yo tengo un amigo inversor argentino y le digo este asunto lo va a resolver un juez, sabe lo que me dice: ha entonces yo no, disculpame si el mérito de mi inversión lo va a resolver un juez, no, el riesgo lo corro yo, la plata la gano yo o la pierdo yo que es el fundamento esencial del capitalismo moderno. El juez no paga los platos rotos y menos aún los pagan las minorías, que obstruyendo el funcionamiento de estas decisiones, los jueces

le fijan contracautelas ínfimas porque el daño se produce instantáneamente. Porque el empresario, en este caso, el principio democrático determina el mérito o no de la inversión, no es el principio totalitario de (Ratenau? ideólogo no abogado inspirador de la ley societaria del 35 alemana. El que me va a determinar a mí la inversión o no, que es lo que hace bien al Estado o que es lo que no hace bien al Estado, es la mayoría que determina en base a este principio mayoritario que es el único principio que sigue funcionando para imponerse a las minorías. Claro obviamente esta acompañando a este proceso, y acá quiero hacer una discreción porque muchos de los que intervinieron tocaron temas que hacen a la protección de los derechos subjetivos de la minoría o de los minoritarios en determinadas circunstancias, yo este tema lo fomento porque creo que realmente que canalización de la inversión al sector productivo se auspicia cuando se genera un sistema de defensa para aquél que se siente perjudicado en determinadas circunstancias y que no se limita al derecho de preferencia y al derecho al receso sino que nuestra ley debería incurrir en el tratamiento de otros derechos, yo considero en que se ve sometido el accionista que no puede o no quiere suscribir un determinado aumento de capital pero esto es ajeno a esta cuestión.

Esta cuestión que nosotros estamos tratando que a mí me parece muy bien que ante el defecto legal o ante el defecto creativo que nos. podamos tener para generar instituciones que protejan al accionista minoritario, que también es el artífice de la inversión, porque nadie en última instancia invierte si su inversión esta sometida al poder dictatorial de una mayoría y la ley no le da las posibilidades de recuperar esa inversión de alguna manera, este no es el fundamento para contrarrestar esta teoría de la no justiciabilidad del aumento de capital que reitero no es decir el juez se tiene que abstener de toda cuestión, yo no estoy en la posición de Rubín en punto a la ponencia sino que el juez tiene que tratar con muchísimo cuidado y así como se ha criticado la palabra arbitrariedad manifiesta o arbitrariedad dañosa, recordemos que la arbitrariedad es una doctrina pretoriana de nuestra Corte que pasó por casos concretos y que tiene expresiones lingüísticas particulares de distintas extensiones para cada uno de los casos. Entonces yo creo que aquí estamos en presencia de un principio que hace al funcionamiento democrático de la estructura de la sociedad anónima y que debe fundamentarse en el funcionamiento en legal forma de toda la estructura, inclusive reitero, el derecho a información porque la decisión asamblearia que se cuestiona en teoría y en el sistema de nuestra ley, es una decisión deliberativa mayoritaria que se fundamenta en posibilidad de cambiar el criterio del voto en la deliberación asamblearia y no cuando estas mayorías están prefijadas con anterioridad. Por último quiero decir que no hay peor gobierno que el gobierno de los jueces.

No hay peores empresarios que los señores abogados y nuestros colegas los jueces, esto es para terminar, yo me dedico al ejercicio profesional cuando alguien me dice voy a invertir en esto o en aquello desgraciadamente no se lo puedo decir.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

El Dr. Olivera García.

Dr. Olivera García:

Simplemente dos acotaciones. Yo creo que nadie discute de que si un empresario quiere tomar su decisión y no quiere que la tome un juez no hay ningún problema, pero que lo haga con la plata propia que no le pida también la contribución a quienes no están de acuerdo con esa decisión política sabiendo de antemano de que nadie le va a revisar su decisión y rescato esta cuestión de la revisión del art. de la ponencia de Vitolo que es la siguiente: dado el régimen colegiado y la formación social en base a la formación de la mayoría, que esta mayoría sepa que su decisión tiene que ser razonable, en el interés social, en el interés de cada socio, yo no lo llamaría ni minoritario ni mayoritario lo llamaría que sepa la mayoría o quien forma la voluntad social que su decisión tiene que ser razonable y tiene que ser sustentada porque si no entramos en lo que llama Matta y Trejo la opresión, el encasillamiento, la calle sin salida en que se encuentra quien es disidente y que mencionaba al principio que es o me voy o tengo que seguir poniendo para algo que no estoy de acuerdo y que tal vez se da al abuso.

Presidente (Dr. Mallo Rivas):

Habiendo cesado todos los impedimentos, transfiero la presidencia al Dr. Nissen.

Dr. Nissen:

Bien, vamos a comenzar con el segundo grupo de ponencias. Dr. Manovil, por favor.

Sobre la impugnación de las resoluciones asamblearias

Dr. Manovil:

Están haciendo un desagravio histórico al pobre Walter Ratehaus. Era jurista lo que pasa es que era director ejecutivo de Krup? y por eso pasó a la historia por empresario, pero pasó mas a la historia, por haber sido canciller de la república de Vainer y era un demócrata no un totalitario y además fue asesinado por ese motivo y encima era judío. Quiero hacer este desagravio para que no quede como el inspirador de una ley nazi. Dicho lo cual el tema de que trata la primera ponencia, es un intento de establecer una propuesta en la calificación de las nulidades que puedan haber frente a resoluciones asamblearias.

En realidad, el Dr. Matta y Trejo que ha presentado otra ponencia sobre la misma materia y yo, coincidimos casi en todo lo que decimos y espero que también encontremos en el público y en los distinguidos juristas que nos están juzgando, el eco suficiente, porque nos parece que puede servir para entender la razón por la cual la ley de sociedad establece en su art. 251 un sistema de nulidades distinto del código civil. Y también preguntarnos qué influencia tiene que en el derecho comparado en países como en Alemania, España, Francia, Italia, Méjico y se podría seguir citando, al lado del sistema y del régimen de impugnación específico para las decisiones asamblearias, exista otro régimen también referido a las otras impugnaciones pero de un carácter distinto. La pregunta es la omisión de un régimen dual en nuestro sistema legislativo, quiere decir que solamente tenemos el art. 251 o quiere decir que debemos buscar en la normas generales del código civil y en caso afirmativo con qué alcance? la solución para lo que no cabe en el art. 251 y acá se involucra la cuestión del orden público y la de las nulidades absolutas como enfrentadas a las realidades relativas. Recordemos a este respecto que la primera confusión la produjo la propia ley de sociedades, cuando el art. 251 en su redacción primitiva establecía que también quienes habían votado favorablemente podían impugnar la decisión de acuerdo al régimen del 251 si la norma violada es de orden público, lo cual la doctrina interpretó como un lapsus lingue del legislador, es un poco osado hacer eso. Pero en realidad lo que quiso decir el legislador es cuando las normas violadas son imperativas, haciendo allá una distinción que ambos vamos a recalcar hoy que es la nítida diferenciación entre lo que es la norma que viola el orden público y que engendra una nulidad absoluta, respecto de la norma que es solamente imperativa y por supuesto las normas dispositivas, violación de las cuales las dos últimas categorías dan lugar a una sistemática diferente.

Entonces en un intento de establecer un camino de comprensión del art. 251 y sus normas equivalentes en el derecho comparado, lo primero que tene-

mos que tener en cuenta es que estamos no en el marco de relaciones entre personas, entre sujetos de derechos distintos, sino que estamos en el marco de las relaciones intrasubjetivas, estamos discutiendo los mecanismos para la formación de la voluntad de un ente jurídico que se llama sociedad, donde puede haber decisiones o resoluciones que se adoptan con desprecio o defecto en los mecanismos legalmente establecidos y donde también pueden adoptarse decisiones cuyo contenido de alguna manera viole normas genéricamente resguardadas por el principio del orden público, que viole principio societario o que viole normas imperativas del derecho societario o principios del derecho societario como los que estuvimos discutiendo hasta hace un rato.

La naturaleza colegial interna, es decir, la naturaleza orgánica de la resolución asamblearia determina que la expresión de la voluntad solamente pueda ser por ejemplo, para ilustrar esta diferenciación, pueda ser alterada, corregida o subsanada por otra expresión de la voluntad del órgano que la produjo con total independencia de cuales sean las personas que lo integren, y en cambio no pueda ser subsanada por un mecanismo de ratificación de las personas que podían haber participado o que lo hicieron en forma defectuosa de la reunión primitiva. Estamos siempre a la actuación orgánica y no frente a actuaciones subjetivas individuales de los miembros que la componen y esto es lo que justifica el régimen diferenciado, en definitiva que es lo que la ley regula, regula un régimen de impugnación específico para las resoluciones asamblearias teniendo en miras su carácter interno, intrasocietario y el modo colegial y orgánico de formar la voluntad social. Por eso se aparta necesariamente de las normas del derecho común para establecer un mecanismo que sea idóneo para la protección de los interesados en la impugnación todos internamente vinculados a la sociedad, si queremos hacer abstracción de la autoridad de contralor, que también ésta para resguardar a los internamente interesados. De allá que sea lícito que la ley igual que en el derecho comparado, establezca un plazo exiguo y un plazo de caducidad para ejercer este tipo de derechos, porque lo que se busca es que exista estabilidad en la formación y en la configuración de la voluntad social expresada por los órganos.

Por eso es que en la ponencia que presenté sostengo que todos los casos sin distinción de impugnabilidad o de nulidad como la denomina alguna legislación comparada, están comprendidas en el régimen del art. 251 aún cuando se funden en la violación de la ley y aún cuando se funde, y esto va ser lo mas controvertido, en la violación de normas imperativas de la ley, la única excepción es la violación del orden público, entendiéndose el orden público no como el conjunto de normas imperativas que ordenan el régimen societario sino el verdadero orden público, como con muchas dificultades todos tratamos de aprenderlo cuando éramos estudiantes de derecho civil primero, pero en

definitiva referido a lo que son las normas básicas del ordenamiento de la sociedad toda, no de la sociedad comercial sociológicamente entendida, es decir, lo que no afecta la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado. Resulta así que si nos detenemos a analizar que puede ocurrir con respecto a la violación de normas imperativas, la tesis que sustento es que la norma imperativa en materia societaria de todas maneras esta estructurada en defensa del interés particular de los accionistas o de los socios de la sociedad.

Desde un punto de vista abstracto la norma no es derogable, nadie puede ni siquiera renunciarla como concepto abstracto, si existe por ej. el derecho al voto acumulativo y la ley dice que no es derogable en abstracto no puedo renunciar a ejercerlo pero una vez que he tenido la oportunidad de ejercer ese derecho y no lo he ejercido porque no quise o porque no pude o porque no me alcanzó el número de acciones o porque me lo impidió la mayoría, entonces tengo la carga de protestar si he sido privado de ese derecho porque en definitiva ha sido establecido como protección personal mía. Esto no modifica la circunstancia, es decir, esto no convierte la cuestión en una cuestión en la que esté interesado el orden público, esta interesado mi propio derecho para obtener el restablecimiento que la norma imperativa o inderogable a querido establecer a mi favor. Es decir que actuado el caso concreto, estoy frente a la carga de defender mi derecho y entonces también es razonable para la estabilidad de la vida societaria, que se le establezca el plazo de caducidad del art. 251 y esto también debe estar referido a algunos puntos muy comprometidos como es el mecanismo de constitución de la asamblea, este quizá sea el punto mas delicado en la practica, el defecto de convocatoria, la falta de quórum en el momento de sesionar o no haber alcanzado la mayoría o haberse declarado mal la mayoría por el presidente de la asamblea, son también normas imperativas o son defectos que se basan en la violación de normas imperativas establecidas en protección de los accionistas que tienen la carga de estar atentos y reaccionar en el tiempo debido. Pero para que esto opere como tal tiene que haber una realidad de la asamblea, esto no puede funcionar cuando hay un dibujo o un fantasma de una asamblea que esta sobre un papel como muchas veces se presenta en la lamentable practica societaria argentina, que aparece un acta firmada por tres personas, falta una firma, falta otra y dice fue unánime no hubo publicación de convocatoria, por ahí ni si quiera hubo acto del órgano convocante, allá realmente aunque no nos guste debemos recurrir al concepto racionalmente lógico de la inexistencia, donde no existe asamblea no puedo aplicar las normas referidas a la nulidad de sus resoluciones.

Una última palabra con respecto a aquellas resoluciones que también se dan frecuentemente, por las cuales la asamblea trata de modificar normas de

segundo grado como sería el estatuto o de tercer grado como sería el reglamento, violando alguna norma imperativa por ej. si se estableciera un quorum inadmisibles de la ley o se derogara, para seguir el mismo ej. el voto acumulativo, se quisiera reformar el estatuto y se dijera en esta sociedad no se ejerce el voto acumulativo, ahí no estamos ya frente a un acto en el cual la cuestión se termine de dilucidar en el marco concreto de la expresión de la voluntad para una situación concreta dentro de la sociedad, allá estamos en el marco de la creación de una norma abstracta, es decir, de aplicación futura que viola el orden jerárquico piramidal establecido por la constitución, es decir, viola una norma imperativa de la ley, eso no tiene necesariamente que sujetarse al régimen del art. 251 y a la hora de querer aplicar una norma estatutaria ilegal, indudablemente va a tener que ceder esta norma violatoria al régimen imperativo de la ley y tampoco se aplica el régimen del art. 251 a la afectación de derechos intersubjetivos. Si la asamblea resuelve una cuestión vinculada a un contrato a realizar por la sociedad como sujeto de derecho con un sujeto de derecho externo a la sociedad, en definitiva estamos en el marco de la formación de la voluntad pero también estamos en el marco de la relación intersubjetiva y ya no introsubjetiva. Un ejemplo que pongo en la ponencia es el caso de remuneración de los directores, por supuesto tiene su matiz interno, tiene reglas a las cuales debe ajustarse la resolución asamblearia, pero al director que le votan cero honorario por haber desempeñado su cargo durante uno, dos o tres ejercicios y trabajó y la sociedad obtuvo utilidades, etc, tiene un interés subjetivo que es externo a la sociedad como sujeto, entonces no tiene porque recurrir a la impugnación del artículo 251, sino que tiene la posibilidad de ejercer una acción como sujeto de derecho externo a la sociedad, con esto pongo o dejo puesto sobre el tapete un tema de discusión.

Presidente (Dr. Nissen):

Gracias Dr. Dr. Matta y Trejo, por favor.

Dr. Matta y Trejo:

Porque coincidimos, como dijo Rafael Manovil, prácticamente en todo y además hace pocos días en una publicación del derecho un comentario del Dr. Otaegui sobre dos fallos, también hace la distinción solamente que en vez de llamar normas imperativas como lo hacemos Rafael Manovil y yo, las denomina normas de interés público para diferenciarlas de las normas de orden público pero en la esencia coincidimos totalmente. La idea de mi ponencia fue traer a debate de este congreso este punto que es sumamente importante porque hace a la seguridad jurídica y a la estabilidad de decisiones societarias. Como Rafael Manovil indicó hace un rato, a habido distintas posiciones en la doctrina

acerca del alcance del art. 251 y después de que digamos, caídos sentada una doctrina mayoritaria también en nuestros tribunales en el sentido de que nulidad absoluta no estaría comprendida en el art. 251.

Creímos que era necesario precisar que entendíamos por actos de nulidad absoluta y para distinguirlo de lo que es el orden público y las normas imperativas. Para nos. las normas de orden público son una especie de género de las normas imperativas y podemos decir también de que pueden existir también normas imperativas que tutelan intereses de particulares y cuando hablamos de contrato de sociedad estamos hablando de relaciones patrimoniales.

No existe a nuestro juicio, -en ese sentido también nos apoya Horacio Fargosi-, digo no existe en la ley de sociedad normas de orden público, toda la normativa esta destinada a tutelar o bien los derechos de los accionistas o bien la organización societaria, cuando nos encontremos ante supuestos de violación de normas que hacen a la organización societaria estaremos dentro del ámbito de la no imputación diferenciada y habrá imputación directa hacia los socios y cuando nos encontremos ante los derechos intangibles de los accionistas creo que estas son normas, que si bien son de carácter imperativo no son de orden público. El único punto en el que quizá no coincidimos con Rafael Manovil, es en el punto de la irrenunciabilidad en abstracto, porque si nos encontramos ante normas imperativas que tutelan los intereses de los particulares creemos que los particulares pueden renunciar a ellas, solamente nos encontramos ante supuestos de irrenunciabilidad frente a normas de orden público o frente a poderes o derechos otorgados en intereses de un tercero, es decir, ante poderes o derechos potestativos, no es el caso por que consideramos que los derechos de los accionistas son derechos subjetivos. Nada más.

Presidente (Dr. Nissen):

Bueno señores, está abierta la lista de oradores. Dr. Suárez Anzorena.

Dr. Suárez Anzorena:

Mi total conformidad, una acotación: los dos defensores y quien aprueba lo que ellos han elaborado hemos tenido recién una posición que se ha considerado en algunos casos derecho de defensa a las minorías. Es derecho de defensa a la sociedad, hoy estamos defendiendo las posiciones de estabilidad societaria, en una materia tan importante como esta en total coherencia dentro de nuestro pensamiento. Punto.

Presidente (Dr. Nissen):

Dr. Morello.

Dr. Morello:

Escuchándolos y siempre desde una ventana distinta a la de uds. me da la sensación, es útil me parece que lo que quieren es privilegiar un valor de seguridad jurídica en la estabilidad, asocio al derecho público o al derecho procesal constitucional. Pareciera en las explicaciones de los dos ponentes, que se reducen para un tratamiento en que se privilegia el interés de la sociedad algo que es imperativo, pero que no tiene, si uds. me toleran, el registro de la gravedad institucional que construye la Corte cuando (...) el interés de las partes, en este caso de los socios o de la estructura interna, en esa doble avenida de la sociedad a los socios y de los socios al directorio pero se compromete el tejido de unas instituciones mayores que tienen un carácter mas general, ahí parecería que la órbita del 251 no puede ser desbordada. Nada más.

Presidente (Dr. Nissen):

Dr. Roitman.

Dr. Roitman:

Tuve que hacer la relación de estas ponencias y las leí la semana pasada, me vino a la memoria una situación similar que ocurre en el ámbito de la prescripción, me acordaba que para el comienzo del plazo de prescripción en la acción de daños y perjuicios, se tardó muchísimo tiempo hasta que la ley llegó a establecer que el comienzo del plazo de prescripción es cuando la víctima del derecho dañoso toma conocimiento de que el daño será producido y no necesariamente se prescribe el derecho por el plazo de dos años, no se porque hice esta asociación pero creo que es valido el recuerdo en este momento.

El plazo de tres meses establecido en el art. 251, que tantos desvelos nos ha producido a nosotros en los últimos veinte años, es un plazo exclusivamente destinado a hacer caducar los derechos del socio del obligado a participar de quien se requiere una diligencia extrema especial y un deber de colaboración para la sociedad. No ejercido caduca y eso trae la seguridad y la estabilidad que también han marcado Manovil y Matta y Trejo. Pero existen otro genero de derechos protegidos en los cuales indudablemente nosotros no hemos reparado y so pretextos del art. 251 han desechado nuestros jueces la posibilidad de que esas acciones sean entabladas, con consiguiente riesgo de las planteadas, lo único que han pasado casi veinte años hasta que nos hemos dado cuenta de que hay situaciones que están fuera del marco del art. 251 y yo creo que hay situaciones de orden público regidas dentro de la ley, por ej. el contralor externo obligatorio, o interno por ej. la sindicatura plural que esta instituida

para algunas sociedades de acuerdo a determinadas pautas que nos da la ley y en las cuales, es ya no una norma imperativa sino que en esto esta el custodio del orden público, de la posibilidad de hacer oferta pública, en fin, distintas situaciones, me parece que esa sería un supuesto por ej. de orden público en el cual la impugnación quedaría fuera del 251.

Después esta el caso de las normas imperativas muy bien planteado en una de las dos ponencias no recuerdo en cual, cuyo ejemplo es la supresión del voto acumulativo anticipadamente en forma estatutaria. No tenemos ninguna duda de la situación de nulidad absoluta y el reclamo por una vía distinta del art. 251, creo que ha quedado clarificado en estas dos ponencias cual es el derecho protegido de los socios, cual es el derecho de los terceros y la vía que tienen para reclamar, he hecho asumir el carácter de tercero al director que reclama las remuneraciones injustamente cercenadas por la asamblea y creo que también tenemos una tercera categoría excluida del 251 que estaría dentro de esta más amplia del orden público y en el cual hay muchísimas manifestaciones dentro de la ley. Por lo tanto no solo adhiero sino tal cual como dije en el relato interesantísimas posiciones para debatir en esta ponencia que no porque no surjan discrepancias en el seno de esta comisión dejan de ser tan importantes y de tanto nivel como la que discutimos hace diez minutos de los colegas que precedieron.

Presidente (Dr. Nissen):

El Dr. Olivera García.

Dr. Olivera García:

En primer término, quiero felicitar a los ponentes por la buena sistematización del punto que es de gran relevancia práctica. El plazo del 251 podemos convenir que es corto, que es largo, es un plazo que se ha fijado, puede resultar incluso hasta muy largo para una sociedad que tenga que tomar una inmediata acción en base a una decisión. Creo que por eso es importante abrir la puerta a cuales son las acciones que quedan fuera del 251 y que pueden ser planteadas con posterioridad y en ese sentido le quiero pedir una aclaración al Dr. Matta y Trejo, en el punto cuatro de su ponencia donde habla que las decisiones asamblearias que afecten (...).

Dr. Manovil:

En cambio en cuanto a la aplicación futura de decisiones que podrían haber sido hechas en violación a un interés subjetivo, podría llegar a estar abriéndolo. Le pediría una precisión a cada exponente en eso.

Un último comentario con respecto a la renunciabilidad en abstracto de las normas imperativas. En lo particular creo que es bueno que no sean renunciables en abstracto y previo y si que son disponibles subjetivamente una vez producido cada acto. Lo asimilo a los derechos de los consumidores a los contratos de adhesión, a la desigualdad en la exigencia de las partes, hay una política legislativa que podemos coincidir o no esta planteando en este mismo congreso, el tema del voto acumulativo si podría llegar a suprimirse como obligatorio, una vez que esta fijada la política creo que no es renunciable a priori en una norma estatutaria y que sí puede ser renunciable en el caso concreto.

Presidente (Dr. Nissen):

Si me permiten, voy a tomar la palabra dos minutos.

En primer lugar le quiero recordar que no es pacífico que la interpretación del viejo art. 251 consista en sostener que los legisladores quisieron decir normas imperativas en lugar de orden público, esto forma una corriente de opinión pero que no la considero mayoritaria. Cuando el legislador establece ciertas normas de orden público. Creo que a diferencia de Matta y Trejo que hay normas de orden público como las del 27 de sociedades entre cónyuges hay varias. Cuando el legislador lo quiso establecer, creo que tenía la idea de que la S.A. se dijo en algún libro es la piedra angular del sistema capitalista, es decir, trató de proteger por todos los medios los derechos individuales porque a través de los derechos individuales fortalecía la constitución de la sociedad y el funcionamiento de la misma. Por eso es que la diferencia entre normas imperativas y normas de orden público es una corriente doctrinaria nueva, por ej. Sálvat, inclusive Borda, dice que las normas son imperativas porque son de orden público, porque ese es el fundamento porque hay un interés público comprometido y un interés gral. comprometido por eso son imperativas por eso no dejan disponer de antemano a las partes. De todos modos coincido con la posición final del Dr. Manovil, hay cierto supuestos que escapan, por ej. aquel supuesto el ejemplo de una reunión en un bar que aparecen firmado un acta en donde nunca se celebró el acto.

El Dr. Manovil dice inexistencia, valiéndose de la famosa doctrina francesa de la inexistencia, recordemos que en Francia no tienen una sistematización de las nulidades como tenemos nos. acá y que la inexistencia viene a suplir en cierta medida a la nulidad de orden público que nos. tenemos concretamente establecida. Creo que la jurisprudencia ha ido poniendo cotos, limitar al máximo los excesos al art. 251 y cuales serían las limitaciones al máximo, porque cualquier violación al voto acumulativo podría dar lugar a una nulidad absoluta y no es eso lo que ha querido el legislador sino aquella

decisión asamblearia que estableciendo una política para un caso particular tiene trascendencia para lo futuro y en abstracto, por ej. cuando un accionista ha dicho que vota acumulativamente y la asamblea reduce de acá para siempre por lo menos hasta una futura aunque incierta reforma estatutaria reduce el número de administradores, en ese caso hay una decisión que afecte el ejercicio de ciertos derechos y que escaparía al plazo del 251.

(no se identificó):

Creo que cuando Horacio Roitman menciona el orden público, nos. esas normas las estamos como categorizando de interés público. Nosotros tratamos, creo que con Rafael Manovil de cuando hablamos de orden público, tratamos de subsumirnos en el art. 953 del csd. civil. Y creo que también es correcto lo que dice Ricardo cuando habla de que hay normas de orden público, algunas normas de orden público de la ley de sociedad sí y quizás yo también agregaría el art. 18 y el art. 19, pero son normas que las podemos subsumir dentro del art. 953, esa es la idea que tenemos, es decir, distinguir bien lo que es interés público de orden público, las sociedades que hacen oferta pública son controladas por la comisión de valores pero no por un problema de orden público sino por un problema de interés público y esto creo que es importante que lo distingamos para analizar los alcances del art. 251.

El Dr. Olivera hace una pregunta respecto de si los casos de fraude quedarían comprendidos, y quizá aquí también esta el caso que mencionaba el Dr. Anaya en el anterior debate, creo que esos casos están afectando normas imperativas que tutelan intereses de los particulares y que quedarían comprendidas en el art. 251. Porque nos. no podemos tratar de sortear la valla del art. 251, porque el accionista fue negligente en el control, cuidado porque el caso que mencionó Anaya es muy parecido al famoso fallo de *¿Bosh c/ Motormecánica?*, donde ahí también hubo un síndico negligente, un síndico concursal negligente que estaba representando a la fallida como accionista.

Yo creo que en esos casos donde hay negligencia del accionista sea fallido o sea *in bonis*, estamos afectando normas imperativas que tutelan intereses de los particulares, es decir, que estamos excluyendo del art. 251 aquellas normas que violan el orden público a lo que dijo Rafael Manovil, también el caso del acto inexistente, para que quedara bien clara la idea.

Presidente (Dr. Nissen):

Bien, gracias Dr.

(no se identificó):

Yo creo que aquí no nos queda otro remedio que aceptar la categoría de la inexistencia.

Si de pronto decimos, esta es la asamblea de Alpargatas Sociedad Anónima y votamos un aumento de capital a mil millones de dólares, no es la asamblea de Alpargatas, no hay un accionista que haya podido presentarse a hacer saber su opinión, a hacer ejercer su derecho de voz y de voto y después no podemos decirle señor, mire que pasaron tres meses desde aquel día en Huerta Grande en que un grupo de personas nos reunimos, lo designamos asamblea de Alpargatas... no tiene nada que ver, es decir, tiene que haber la posibilidad de un conocimiento real de que se ha puesto en funcionamiento el mecanismo que hace a una asamblea, aunque haya sido defectuoso. Si no se puso en funcionamiento es lógicamente inexistente.

Pero yo no estoy de acuerdo a como se ha aplicado esto en el derecho italiano, en que para forzar el salirse de lo restrictivo de la norma equivalente a nuestro art. 251, los italianos han abusado de la categoría de la inexistencia de la asamblea incluso para meros defectos en la publicación de la convocatoria por ejemplo. Otro tema: con relación a la pregunta que se hizo respecto al fraude, yo en principio creo que en el marco de la formación de la voluntad societaria, el acto ha quedado firme por el transcurso del acto de caducidad y no hay mas remedio. Esto no quiere decir que en el plano del ejercicio de otras acciones contra las personas que se han valido del instrumento societario para defraudar a otra persona, quepan otras responsabilidades. Pero yo creo que en el marco de la formación de la voluntad social el tema ha quedado precluido, porque no esta solamente en juego el interés de las personas involucradas en el momento de realizarse cada aumento de capital, esta involucrada la seguridad frente a los terceros, la seguridad jurídica de los subadquirentes de emisiones accionarias mal decididas, etc.

En cambio y por último voy a discrepar con lo que dijo recién el Dr. Nissen, si tomando el mismo ej. en la asamblea se reducen el número de directores y con eso se dificulta el ejercicio del voto acumulativo, lo que ha ocurrido es en definitiva, que se ha afectado el derecho concreto en ese caso con proyecciones al futuro eventualmente. Para que el accionista pueda ejercer el voto acumulativo, tiene la obligación, tiene la carga de reaccionar en tiempo oportuno, no puede decir acá se ha violado una norma de orden público y por lo tanto la nulidad es absoluta y dentro de quince años impugnar que quince años atrás no tuvo la oportunidad de elegir un director por el sistema de votos acumulativos. Y esto no solamente es así desde el punto de vista teórico, sino es así desde el punto de vista de la necesidad practica, es necesario con certeza si

el acto ha quedado firme desde el punto de vista de la estructura de la sociedad y de su funcionamiento orgánico o si ese acto merece alguna objeción.

Presidente (Dr. Nissen):

Gracias. Dr. Matta y Trejo.

Dr. Matta y Trejo:

El Dr. Olivera ha mencionado el tema del voto acumulativo que parece que ha sido muy atacado en este congreso, la experiencia profesional que hemos tenido ha sido fructífera y buena. El voto acumulativo ha actuado muchas veces por presencia, ha servido para concertar directorios elegidos por sistema de lista completa, ha servido para solucionar fricciones en la sociedad. Lo que pasa es que estos temas no llegan a tribunales precisamente porque el derecho se ejerció fuera de tribunales. Creo que el voto acumulativo lo debemos rescatar como muy válido y no debemos bajo ningún concepto tender a su derogación.

Presidente (Dr. Nissen):

Sí, ahí el Dr. Roitman desea hacer un aporte.

Dr. Roitman:

Estaba señalando algo que, una tendencia que en los penalistas esta creciendo en los últimos tiempos, se ha mencionado la posibilidad que queden otras acciones. En el derecho penal se tiende a reducir la posibilidad de impugnar por vía del fraude en la medida que no exista acción civil, es decir, cuando se ha producido el consumo jurídico de la situación, tal la caducidad, la imposibilidad de plantear el remedio civil desaparece, en una nueva tendencia la punición de esta situación, es decir que no nos quedaría el remedio por la vía del derecho penal y tenemos que dejar la puerta abierta y no tratar de cerrar las posibles impugnaciones. Porque casos de fraude como el que mencionó antes el Dr. Anaya o el ej. que yo traje también en la otra ponencia quedarían excluidos de toda impugnación.

Presidente (Dr. Nissen):

Gracias Dr. Dr. Manovil.

Dr. Suárez Anzorena:

Perdón, antes quisiera decir que, luego de concluidas las ponencias, vamos a tener el privilegio de escuchar sobre el informe de la parte de fiscalización. Nada más.

Sobre los efectos de las resoluciones asamblearias impugnadas**Dr. Manovil:**

El Dr. Suárez Anzorena elogió antes de tiempo el trabajo del que voy a hablar ahora, no se porque en realidad, porque es nada mas que un análisis poco frecuentado sobre algunos aspectos relativos a los efectos de resoluciones asamblearias que hayan sido impugnadas, respecto de las cuales se haya declarado la nulidad o eventualmente a las responsabilidades de las trata el art. 254. El 1er. tema al que me voy a referir, es a la revocación de la resolución asamblearia y a la no legislada posibilidad de confirmar la resolución asamblearia o de sustituirla por otra resolución no impugnada, nuestra ley solamente trata la revocación de la resolución asamblearia, no menciona ni la sustitución ni la confirmación, pero es indudable por la aplicación de los principios generales del derecho de que ambas cosas son posibles. En algunos derechos comparados esto se establece en forma explícita por ej. en el derecho alemán. De todas maneras si se produce la confirmación de la resolución atacada, la confirmación de acuerdo al art. 1065 del csd. civil tiene efectos extunc, o sea la confirmación se produce con valor desde el momento en que el acto fue primitivamente realizado.

De todas maneras alrededor de esta cuestión, se plantea la duda de cual es el derecho y la facultad que verdaderamente tiene la asamblea para poder sustituir una resolución, para poder revocarla o para poder confirmarla. La ley dice simple y sencillamente, la resolución impugnada puede ser revocada pero esto tan sencillamente dicho, pasa por alto una cantidad de circunstancias que creo que merecen ser destacadas y que hacen a cada situación en particular. Lo que me hace pensar que el ejercicio de este derecho no es una mera potestad del órgano asambleario, sino que debe ser ejercido respetando los derechos generados por la resolución asamblearia, que aunque impugnada, es una resolución asamblearia de la cual algunas personas pueden haber derivado derechos ya ejercidos, y hasta eventualmente sin tener un derecho concreto, pueden tener un interés concreto en que la resolución se mantenga como tal. El ej. mas útil para encontrar este camino, es el de una resolución asamblearia que hubiera resuelto el pago de dividendos, supongamos que el balance sobre el cual se decidió el pago de dividendos hubiera sido impugnado, impugnado el balance desaparece el derecho a cobrar dividendos o mejor dicho si se decretara

la nulidad de la aprobación de ese balance y del resultado del ejercicio, desaparecería el derecho a cobrar los dividendos, de manera que aquellos accionistas que ya han cobrado los dividendos antes de la impugnación de la resolución o que la han cobrado aún después pero antes de que se convoque a una nueva asamblea que quiera resolver la revocación de la resolución asamblearia, tienen un interés legítimo en el mantenimiento de la validez de esa resolución. Y acá es indudable que el tratamiento que deba darse a todos los accionistas tiene necesariamente que ser igualitario, no puede quedar firme el derecho para un accionista y el derecho ser revocado con respecto a todos los demás, por eso es importante destacar que cuando la ley faculta a la revocación de la resolución impugnada esto no puede hacerse si no es respetando los derechos y los intereses ya adquiridos o que están en juego, Con respecto a esto me permito citar una norma de la ley de sociedad por acciones alemanas de 1965, que precisamente prevé que si el actor tiene un interés jurídico en la declaración de la nulidad de la resolución por el tiempo hasta la resolución confirmatoria, puede hacer valer la impugnación con el objeto que se declare la nulidad de la resolución por ese período.

Es decir, pareciera ser útil tener en cuenta, y no creo que haga falta una reforma legislativa para así aplicarlo, que por el período en el que la resolución estuvo impugnada y luego revocada o aún confirmada deba respetarse procesalmente incluso el derecho a que se obtenga la declaración sobre cual era el estado jurídico correcto, por los efectos que se pudieran haber producido en el interín. Este es un aspecto que a lo mejor no lo expuse con mucha claridad; pero espero haberlo escrito con mas claridad de lo que acabo de exponer y espero que de lugar a reflexiones. Otro tema es el relativo a los efectos de la sentencia, en nuestra ley a diferencia también del derecho comparado, nada se establece en concreto sobre cuales son los efectos de las sentencias que hace lugar al rechazo de una impugnación de una resolución asamblearia. En este sentido es importante destacar que una sentencia que acoja una impugnación necesariamente produce efectos mas allá de las partes del litigio, no puede ser valida la resolución para quienes no hayan sido parte y ser nula la resolución para quienes fueron parte del litigio, es decir, produce un efecto erga omnes accionisti, si puedo decirlo así, inventando una palabra latina que obviamente no existía en aquellos tiempos.

En cambio si la sentencia fuera de rechazo de la impugnación, desde un punto de vista lógico jurídico, el efecto no sería erga omnes o erga todos, los accionistas porque tendrían teóricamente la facultad de seguirlo impugnando dado que no han sido oídos en el expediente respectivo. Pero en la practica esto es un caso de escuela, porque por la disposición de la acumulación de los procesos y por el brevísimo plazo de caducidad, esta situación es casi inimaginable

salvo algunas situaciones en la que realmente esté involucrado el orden público y donde toda la sistemática del art. 251 y siguientes cede a otros principios.

La otra cuestión importante, es la relativa a la inscripción de la sentencia en el registro público de comercio, cosa que establecen algunas leyes del derecho comparado, la nuestra no dice nada pero creo que también sin necesidad de ninguna reforma legislativa esto es algo que los jueces deberían acostumbrarse a hacer, algunos lo hacen, ordenar que la sentencia se inscriba en el registro público en aquellos casos en los que de lo que se trata es de una impugnación o del acogimiento de una impugnación a una materia respecto de la cual existe el deber de inscripción. Otro tema es el relativo a la ejecución, cómo se ejecuta una sentencia que acoge una impugnación de una resolución asamblearia, esto puede producir algunas dificultades practicas considerables por ej., si de lo que se trata es de la aprobación de un balance y el tribunal dice este balance es falso, debe rehacerse, podía el juez sustituirse en su sentencia haciendo un nuevo balance, sustituirse a la asamblea que deba aprobarlo pareciera ser que esto es prácticamente imposible, lo que hará normalmente la sentencia es intimar a la sociedad para que efectúe un nuevo balance y para que la asamblea lo apruebe, pero que pasa si la asamblea pese a la intimación no lo hace, se podrá recurrir a las astrentes, pero las astrentes son un remedio contra-productente en estos casos porque el interesado que impugnó el balance es parte del interés patrimonial involucrado en la sociedad, que va a sufrir la multa.

Como sanciones específicas para los directores o el presidente o para los otros accionistas tampoco están previstas, pareciera que el único camino sería algo así como una intervención judicial, que sea destinada a la ejecución de la sentencia de manera similar al caso que nos relató el Dr. Anaya hace un rato, donde el remedio puesto por el tribunal, no fue la declaración de ninguna nulidad sino un interventor que ejecute lo que había que ejecutar porque eso era lo que importaba. Y por último me quiero referir al tema de las responsabilidades de los accionistas que votaron favorablemente la resolución que se declaró nula.

El art. 254 respondiendo al lenguaje y al criterio moralista de los autores de la ley, sin embargo no se detuvo en algunos matices que creo que en toda situación de responsabilidad deben ser analizados, tampoco creo que haya que reformar la ley para tener en cuenta estas cosas que voy a decir ahora, esta responsabilidad de todos aquellos que votaron favorablemente es una responsabilidad que no funciona en forma automática. Debe tenerse presente que para la aplicación de cualquier responsabilidad deben confluir los tres elementos, el daño, el aspecto subjetivo y la relación causal, entonces si uno hiciera un análisis de que situaciones pueden dar lugar a la anulación de resoluciones asamblearias, fácilmente encontraríamos que ningún accionista es responsable de que el directorio haya convocado mal a la asamblea o que no haya distribuido

la documentación con la antelación legal y haciendo de esa manera violación del derecho a la información, aunque el accionista en particular y hasta si esta advertido del caso, hubiera votado favorablemente la documentación contable o la memoria y el informe del síndico en ese supuesto.

Lo mismo ocurre con respecto a resoluciones que se basan en datos que el accionista en particular no esta en condiciones de manejar, el accionista puede estar convencido de buena fe que lo que se le presenta como una opción viable es lo mejor para la sociedad y vota de buena fe que lo que se le presenta como una opción viable es lo mejor para la sociedad y votar favorablemente aunque luego haya una demostración en sentido contrario, el accionista no es un sujeto que tenga el deber profesional de idoneidad como el que tiene el director. Lo mismo también cabe predicar respecto de situaciones en que por la anulación de votos decisivos, por aplicación del art. 248 o 241 según las circunstancias, finalmente termine siendo anulada una resolución asamblearia, son cosas y situaciones en que no existe el factor subjetivo de imputación que pueda hacer responsable al accionista por el solo hecho de haber votado una resolución luego declarada nula. De manera entonces que bueno ahí se podrían seguir los ejemplos, el deber de constatar el quorum legal o de controlar al presidente de si contó bien los votos, por ahí se equivoca en la declaración de que moción ha obtenido la mayoría necesaria, son todos temas excluidos de la posibilidad de la responsabilización.

Creo que esta norma esta restringida a aquellos casos en los cuales voluntariamente el accionista vota para violar un derecho de los demás accionistas, para violar una norma imperativa, para afectar un derecho o para prohiar una situación de ilegitimidad, como por ej. si votara a favor de una operación que implique la comisión de un delito, con esto dejo cerrada la exposición y quedo ansioso al resultado de su juzgamiento de la misma.

Presidente (Dr. Nissen):

Muchísimas gracias Dr. Queda abierta la lista de oradores. Dr. Morello.

Dr. Morello:

Es otro de los principios que advierto en las comisiones, buscar la seguridad dinámica en lo justo controlando todos los intereses en juego. Lo que quería decir es nada mas una acotación para no dejarla en cenicienta al derecho procesal, que puede ayudar a la construcción suya Dr. Manovil. La categoría de sentencia declarativa que tiene de modo tal que ahí no se constituye ningún estado nuevo, no hay una condena en particular, sino que retrotrae dándole

acercamiento positivo o negativo. Si lo confirma desde siempre el acto pues vale, sino lo confirma vuelve a foja cero, la impugnación no interrumpe el circuito en que las relaciones se fueron desplegando.

Presidente (Dr. Nissen):

Dr. González, por favor.

Dr. González:

En primer lugar quiero destacar la importancia de la ponencia en función de que trata una cuestión con que los abogados habitualmente frente a la impugnación de una asamblea nos encontramos y no siempre es fácil resolver. En segundo lugar y tomando un poco algo que el Dr. Suarez Anzorena manifestó ayer y que a mí me dejó una suerte de duda y quizás sea el momento de obtener alguna aclaración, en el sentido de que la sentencia que se obtiene anulando una resolución asamblearia con posterioridad, en principio tiene efecto frente a todos los accionistas incluso a aquellos que no votaron favorablemente y evidentemente no podían impugnar. Yo me quedé pensando en eso en el sentido de que si eso importa que quien oportunamente impugna una decisión asamblearia tiene la facultad de transar el pleito o si tiene la posibilidad de renunciar a la acción, desistir de la acción de impugnación que inició tomando en cuenta que en definitiva toda acción judicial importa un riesgo aunque sea la asunción eventual de las costas si en el pleito le va mal, de allá es que no me queda claro si el accionista podría eventualmente desistir de la acción o eventualmente llegar a una transacción con la sociedad en el interín de la acción, del juicio.

El tercer elemento a que quiero hacer referencia es a la ejecución de la sentencia, que como bien dice el Dr. Morello es una sentencia declarativa.

(...) Creo que se puede actuar en la medida de que lo que deba realizar caiga dentro del ámbito de su competencia, pero si se trata de una decisión asamblearia, creo que el interventor judicial no tiene facultades para sustituir la voluntad de la asamblea, creo que se impone la realización de una nueva asamblea en cuyo caso nos podemos encontrar que los accionistas que votaron favorablemente y que deben tratar nuevamente la cuestión que fuera objeto oportuno de impugnación, insistan en su postura original. En este sentido no se cual sería la decisión definitiva o el camino que se debería seguir, pero recuerdo que el Dr. Gagliardo en una nota a un fallo de la Cámara Comercial de Bs. As., plantea que frente a la inobservancia por parte de los accionistas en acatar la decisión judicial podría imponerse directamente requerir la disolución de la

sociedad, no se si no es un remedio extremo, pero creo que debemos encontrar un camino intermedio para poder efectivamente ejecutar esa decisión judicial. Y por último y quizá alejándome un poco de lo que ha sido materia de la ponencia, pero también vinculado con una cuestión de impugnación de decisiones asamblearias o no de decisiones asamblearias quizá, quiero significar cuando, sino tenemos en algunos supuestos, precisar cuando existe decisión asamblearia. Y me refiero específicamente al caso por ej. en que se producen empates, donde existen dos grupos accionarios en el cual tenemos un cincuenta y cincuenta por ciento de los votos en principio no hay decisión. En ese sentido la mayoría de la doctrina se inclina por pensar, Zaldivar incluso así lo afirma, dice bueno si hay empate no hay inconveniente la moción ha sido rechazada se debe estar por la negativa.

A mi personalmente me toco intervenir en un caso concreto en donde desgraciadamente por la contundencia de la persona y de las opiniones mayoritarias en este sentido uno debe inclinarse por impugnar, pero el caso concreto fue el siguiente: una sociedad donde tenía importantes utilidades dos grupos que no estaban de acuerdo en la condición, un grupo vota por la distribución de utilidades y el otro grupo vota por la negativa.

Tenemos el art. 70 que impone que para poder constituir reservas tenemos que obtener necesariamente mayoría de capital, entonces yo me pregunté por qué debo yo impugnar una decisión asamblearia si frente a la existencia de utilidades tenemos únicamente dos caminos o distribuimos o constituimos reserva. Es decir porque yo que voté por la distribución de utilidades no es decisión asamblearia porque no obtuve mayoría ¿debo necesariamente impugnarla?, si tengo que considerar que para esa utilidad pasara a reserva la ley al mismo tiempo me esta imponiendo la exigencia de una mayoría de capital social.

Presidente (Dr. Nissen):

Dr. Olivera.

Dr. Olivera:

Quisiera rescatar dos puntos del meduloso trabajo en que coincido totalmente y que creo que son de gran importancia. El primero esta vinculado al tema anterior, es el punto uno de la ponencia del Dr. Manovil, donde habla de la posibilidad de confirmación de la asamblea viciada en lo formal o extrínseco y distingámoslo de aquella que si estuviera haciendo un análisis de mérito como veníamos discutiendo antes, en cuyo caso creo que cualquier asamblea posterior que quisiera volver a tratar el tema lo único que generaría

sería una acumulación en otros juicios sucesivos sujeto a la primera. Lo segundo y que es lo que encuentro muy valioso desde el punto de vista práctico es la excelente categorización que hace con respecto a la responsabilidad de los que votaron afirmativamente. Había oído esta ponencia y le agradezco la contribución en este tema.

Presidente (Dr. Nissen):

Dr. Suárez Anzorena para concluir, y a quien le cedo desde este momento la presidencia.

Dr. Suárez Anzorena:

Primera reflexión. Hace cincuenta años Ortega nos retaba a los argentinos y nos decía argentinos a las cosas. Este es un modo de construir derecho, norma, realidad, aplicación razonada, conclusión positiva de avance con sentido de justicia. Antes de destruir derechos, construyámoslos por estas mismas líneas que vamos avanzar mucho más que generando nuevos derechos ajenos para comenzar a recorrer otra vez el camino de los errores, las tentativas, las búsquedas. Avancemos dentro de lo que estamos con la realidad permanente y la extensión de la norma.

Dr. Manovil, por favor, para cerrar.

Dr. Manovil:

Gracias a todos los que calificaron benignamente esta ponencia, al Dr. Morello en particular por su aporte referido a la sentencia declarativa respecto de la cual hay que hacer mucha docencia, porque creo que la mayoría de los tribunales se resisten a entender esta categoría.

Por último dos o tres muy breves acotaciones con respecto a la renunciabilidad de la acción, este es un tema interesante, cualquier acción es renunciable, el hecho de que la sentencia final produzca efectos a favor o en contra de todos los accionistas no quita que quien ejerce la acción es el que se legitimó dentro del plazo del 251. Hubo un caso, el caso ?Miura con Mandataria Rural?, que ya fue citado y que fue importante por muchas razones en las cuales esta cuestión se debatió y se resolvió adecuadamente, luego de la sentencia definitiva del juicio hubo una transacción y un accionista se apartó, entonces otro accionista que no había sido actor en el juicio se presentó en el expediente y dijo: momentito, yo soy accionista, me beneficio con esta sentencia, la negación de la sociedad fue : pero señor ud. no impugnó en el plazo del 251, la respuesta del tribunal fue: la sentencia es erga omnes o erga

todos los accionistas, por lo menos de manera que estas son dos cuestiones muy importantes a distinguirla. La otra pequeña acotación que quiero hacer es que el interventor al que me refiero, no es el interventor judicial de los art. 113 y siguientes sino que es un interventor ejecutor de la sentencia y por lo tanto justamente su misión es esa, inclusive los accionistas pueden no hacer quorum nunca, de manera que el tribunal no puede quedarse cruzado de brazos frente a las chicanas de la sociedad o de los que deben ejecutar la sentencia, tiene que intervenir a ese solo fin. Y respecto al caso del empate, el empate lamentablemente significa que no hay resolución.

Otra cuestión es la referida al empate reiterado, es decir, a la imposibilidad del funcionamiento orgánico de la sociedad que da lugar eventualmente a la disolución pero solo en ese caso no antes.

Sobre las conclusiones de la Comisión II.1

Presidente (Dr. Suárez Anzorena):

Ahora, vamos a escuchar el preinforme para finalizar. La Dra. Casabe va a leer el preinforme de fiscalización.

Dra. Casabe:

Ante todo, queremos agradecer a esta mesa por permitirnos leer el preinforme. Queremos aclarar que sólo se va a tratar solamente del segundo de los que fueran motivo de debate, ya que el primer tema fue leído al concluir los trabajos de debate. De modo que la lectura es en relación a *Registración*.

Se advierte una tendencia generalizada que apunta a la creación de un cuerpo orgánico normativo de carácter nacional, respetuoso de las autonomías locales y que reglamente sistemáticamente las atribuciones del registro público de comercio y las técnicas apropiadas para su funcionamiento, en virtud de ello se recomienda: es conveniente la utilización de la técnica del folio especial móvil, asignando uno para cada sujeto u objeto a registrar, que posibilite la matriculación originaria y permita a partir de allá el encadenamiento sucesivo de las inscripciones correlativas, principio del tracto sucesivo con la modalidad del tracto abreviado, las experiencias obtenidas mediante la concertación de convenios de cooperación técnica y financiera en los colegios profesionales hacen aconsejable su utilización como medio de obtener fondos genuinos y afectados exclusivamente al mejoramiento y reconversión de los actuales registros mercantiles.

La técnica de la inmatriculación requiere la confección de los asientos sobre la base de breves notas que sinteticen los datos esenciales, en este último sentido se hace notar que los dictámenes de precalificación utilizados en ámbito nacional coadyuvan a ese propósito por cuanto al volcar algunos aspectos relevantes sobre los cuales debe recaer la calificación registral pueden servir de base al traspaso al folio respectivo. Ponderado el alcance del control de legalidad atribuible a los registradores, la comisión evaluó las distintas posibilidades de actuación desde una atribución amplia de la calificación de la totalidad de los elementos intrínsecos y extrínsecos, hasta la limitación de su ejercicio a la comprobación del cumplimiento de cuestiones formales taxativamente indicadas. En tal sentido la corriente de opinión mayoritariamente percibida se inclinó por una postura ecléctica cual es la de reconocer al registrador solo potestad calificadora frente a la viabilidad registral del documento, a determinar la existencia de nulidades absolutas y manifiestas y la omisión de los requisitos esenciales sin perjuicio del control de homonimias con sociedad registradas. De este modo, la aplicación del principio de legalidad resulta acotada, sin pretender ser el ejercicio de un juicio omnicompreensivo sobre la validez global del negocio, a su vez el registrador debería contar con normas que posibiliten la aplicación de sanciones para quienes infrinjan o no cumplimenten las obligaciones informativas o de presentación de documentación dispuestas por las leyes las cuales debieran resultar del mencionado cuerpo orgánico. Muchas gracias.

Presidente (Dr. Suárez Anzorena):

Señores, en nombre de la mesa directiva, nuestra sincera expresión de agradecimiento a todos ustedes, que han demostrado el carácter maduro de nuestra sociedad. Discutiendo temas arduos no solamente sin el menor agravio sino dentro de un espíritu constructivo pleno y hasta con el tono jocoso y grato.

Esta posibilidad marca expectativas de futuro en una sociedad que crece y de un país donde no caben desaciertos.

Estas posibilidades todas se han dado hoy por un grupo excepcional de trabajo que han hecho posible este congreso, evitando la palabra imposible y que nos ha permitido reunirnos.

Yo les pediría que permitieran incluir en el informe de la comisión segunda, como expresión de deseo conjunto de todos nosotros, nuestro más vivo agradecimiento a quienes nos han dado esta posibilidad de construir para el mañana y de fortalecer estos vínculos de amistad y de trabajo en común. Señores, muchas gracias.