

PANORAMA DEL DERECHO SOCIETARIO ARGENTINO

Alfredo Alberto Althaus (*)

El derecho societario argentino, al igual que otras ramas jurídicas, está en buena medida inficionado por el acendrado conceptualismo que distingue a los juristas de nuestras latitudes, cual el que tras ser uno de sus más grandes epígonos, en remarcable rasgo de honestidad intelectual satirizara magistralmente von Jhering en su *Jurisprudencia en serio y en broma*. Los conceptos jurídicos, valiosa e imprescindible herramienta para la elaboración científica, dejan de ser meras categorías clasificatorias para cobrar vida propia y se erigen en realidad sustantiva, cuyo ser en sí se supraordina a los fenómenos reales de la siempre más rica y proteica vida social, forzada a conformarse, así sea con violencia, a los contornos de aquellos productos del intelecto, aun desconsiderando el posible disvalor de los resultados.

Nuestros sistemas jurídicos apuntan a configurar monumentos a la construcción lógica, asentados sobre principios que a veces obedecen a circunstancias que han sido superadas en el devenir histórico, que en el incesante fluir de sus aguas abandona impiadosamente a cuanto deja de tener una utilidad concreta, y otras a puras elucubraciones intelectuales desinteresadas o inadecuadamente captadoras de las auténticas necesidades sociales. En ambos casos, tales principios se transforman en dogmas no sólo inútiles, sino también nocivos, en cuanto obstruyen el desarrollo económico con la consiguiente consecución de un mayor bienestar y retardan el progreso social.

Para colmo de males, no es infrecuente que los juristas tendamos a mirar más hacia atrás que hacia adelante, a quedar enredados en las mallas de la ley y refugiados en la seguridad de doctrinas añejas de irrefutable lógica, a ser más pontífices del viejo orden constituido que ingenieros sociales prestos a colaborar solícitos en el alumbramiento de los nuevos instrumentos reclamados por la sociedad en su mutación incesante.

Se produce así rápidamente la obsolescencia del derecho, cuya magnitud se

(*) Exposición del autor en las Jornadas Preparatorias del V Congreso de Derecho Societario, celebradas en Rosario, el 22 de noviembre de 1991.

ve agravada contemporáneamente porque, si es cierto que el río de la historia fluye perennemente, mudando a cada instante los paisajes que se exhiben a su vera, a diferencia de los cursos hídricos de la naturaleza, que principian en rápidos y torrentes para luego enlentecer su marcha en morosos meandros, el devenir histórico invierte esa secuencia y acelera a cada palmo su ritmo de avance, otrora cansino, ahora febril, vertiginoso, difícil de seguir para el observador científico.

El aherrojamiento conceptualista y la creciente obsolescencia del ordenamiento jurídico generan un progresivo divorcio con la vida social, que sigue impertérrita sus caminos sorteando malhumorada las vallas que aquél pretende imponerle a su fructuoso fluir. Ese divorcio se refleja incluso en una perceptible dicotomía entre lo que los jornaleros del derecho solemos profesar en los medios académicos y nuestra actividad cotidiana cuando vestimos la toga abogadil, en que aguzamos el ingenio para superar los diques opuestos a aquélla, sin preocuparnos por hacer tabla rasa de las aparentes verdades inconcusas que pregonan nuestros textos.

Instauramos así el reino de la ficción, de la insinceridad, de la inducción a la simulación, de los rituales vacuos carentes de contenido y de función real, que tiempo ha han dejado de desempeñarla, o que acaso no la hayan cumplido jamás a cabalidad.

Es deseable, a mi juicio, que todos los protagonistas involucrados en este fenómeno aunemos nuestros esfuerzos para superar esta situación y elaborar en la letra de la ley, en su concreta aplicación y en su elaboración doctrinaria, un derecho que se haga cargo de la realidad y de sus imperativas demandas, que facilite y estimule el desarrollo de las actividades económicas con recurso a la forma arquetípica de organización empresaria que es la sociedad, eliminando trabas superfluas e injustificadas, como un inexorable aporte al bienestar general. Flexibilizar, agilizar, simplificar, ampliar la oferta de alternativas y consiguientemente el ámbito de libre accionar de los agentes, demoliendo artificiosos diques obstructivos del natural fluir de la vida social, debería ser la consigna, devolviendo la franca iniciativa para la autocomposición de sus intereses a los protagonistas del quehacer económico y confiando más en la autotutela de esos mismos intereses por los propios operadores que en la tutela paternalista de un funcionario. No habrá que temer a la innovación creativa ni a la eventual inspiración en modelos aparentemente exóticos, confrontándolos empero cuidadosamente con nuestra realidad social y su previsible evolución, en orden a su eventual adecuación a la misma.

Imposible pasar revista, dentro de los límites de esta exposición, a la problemática global de nuestro derecho societario, así sea a vuelo de pájaro. Valgan, empero, algunas reflexiones sobre ciertas cuestiones puntuales.

Una patente fractura entre la estructura de nuestro derecho societario y los

imperativos de la economía se da en el controvertido tema de la tipicidad y de la regularidad.

Desde luego, es razonable que quien desee gozar de los beneficios de un tipo especial, como la sociedad anónima o la sociedad de responsabilidad limitada, deba ajustarse a los requisitos que la ley pauta al efecto.

No parece serlo, en cambio, que los tipos excogitables por los particulares para organizarse societariamente conformen un *numerus clausus*, configurando cada uno de ellos un islote de licitud dentro de un genérico mar de ilicitud, poniendo así patas arriba el principio constitucional de libertad, conforme al cual todo lo que no está especialmente prohibido, es permitido.

El principio de la tipicidad está perfectamente justificado en el ámbito del derecho penal, precisamente en resguardo de la libertad de los ciudadanos, al fijar precisos confines a la actividad represiva del Estado, fuera de los cuales impera irrestricta aquella libertad. Su indebida traslación al ámbito del derecho societario, que es ciertamente una originalidad vernácula, produce el resultado opuesto de menoscabar seriamente esa libertad, porque fuera de la adopción de los tipos previstos por la ley, todo está prohibido. Y vaya con la magnitud de la ilegitimidad resultante, como que amerita la sanción draconiana de la nulidad fulminada por el art. 17 de la ley 19.550, con las consecuencias que dicho ordenamiento prevé.

El legislador argentino se arroga así la atribución de decidir qué es lo más conveniente para quienes deseen organizarse en sociedades y para quienes hayan de contratar con ellas, presumiendo con soberbia que está en mejores condiciones de conocerlo que los propios interesados, a los que brinda sólo la alternativa de escoger de entre un abanico limitado de opciones predeterminadas -los tipos societarios- vedándoles terminantemente dar rienda suelta a su imaginación creadora allende aquel marco, so pena de severas sanciones. Se erige así un valladar pretendidamente insalvable al libre juego de la prolífica inventiva de los agentes económicos para elaborar nuevos instrumentos asociativos idóneos para dar respuesta a las cambiantes necesidades de la evolución social, a las exigencias que plantea la economía moderna para el pleno desarrollo del potencial productivo o a las especiales peculiaridades de cada caso concreto que inexorablemente habrán de escapar de las previsiones del más sabio legislador.

Exhibe parentesco con el anterior, el tema de la regularidad societaria. Cumplidos algunos ritos iniciáticos que la ley vigente prolijamente reglamenta, que se exteriorizan, entre otras cosas, por la imposición de sellos que ningún hipotético vicio compurgan, la inscripción en registros que contadas personas compulsan y eventualmente la publicación en boletines oficiales que prácticamente nadie lee, se accede al *status* privilegiado de la sociedad regular, dispensador de diversas prerrogativas.

Excluidas de ese mundo de privanza, en razón de no haber pasado por esas aguas del Jordán, se encuentran las sociedades irregulares y de hecho, miradas con desfavor por la ley, que las castiga con una existencia precaria, limitaciones en orden a la índole de bienes que pueden conformar su patrimonio, un régimen ineludible de responsabilidad ilimitada, solidaria y directa de sus socios y una peligrosa y fatal administración y representación promiscua por todos ellos, sin que valga pacto en contrario.

El marcado desfavor en el tratamiento legal induce a pensar que la irregularidad es algo muy grave, que ella lesiona algún bien superior que el derecho debe tutelar. Una rápida mirada a la realidad social nos muestra, no obstante, que por el contrario las sociedades irregulares y de hecho brindan marco de desenvolvimiento a numerosas empresas que desarrollan una actividad ciertamente lícita y muy valiosa, que son por tanto socialmente útiles, y que tienen un importante peso específico en la economía global del país. ¿Cómo justificar, entonces, el desaire del que les hace objeto la ley? ¿Por qué mantener esos castigos inexorables con que actualmente se las fulmina y no reconocer a las partes una mayor libertad para autorregular sus relaciones como mejor convenga a sus intereses, en orden a favorecer el uso de estas formas en aquellas modalidades de la actividad económica para las que por diversos motivos resulten más adecuadas? No está en juego el orden público, ni concurre ningún interés superior que aconseje la restricción resultante del régimen actual a la actividad económica; por el contrario, sí lo hay en demanda de su favorecimiento, que exige desembarazar a los protagonistas del proceso de superfluas ataduras obstaculizantes de su accionar.

No se alegue en contrario con la protección de los terceros, porque no se advierte en razón de qué habrán de confiar más en la pretensa omnisapientia del legislador que en su propia diligencia en indagar las características particulares de cada caso, para inferir de ellas el régimen de responsabilidad y de representación aplicable, y demandar en su caso las garantías que mejor convengan a la seguridad de sus créditos.

En lo atinente al financiamiento de la empresa organizada bajo forma societaria, la ley argentina mantiene una posición tradicional -diría fetichista- que hace girar todo en torno al capital, del que se predica entre otras cosas que es una cifra ideal, fija, invariable, intangible, que opera en protección de los terceros, etc. En el cielo societario aparece entronizado en un sitial destacado y se le prodiga tratamiento solemne y reverente.

La realidad nos muestra que su importante función afirmada padece mengua. Como fuente de financiamiento, con frecuencia es eclipsado por el crédito externo a la sociedad, y aun en el ámbito interno, por las reservas. Frente a terceros, se transforma en un dato poco relevante. Parece obvio que con vistas a otorgar crédito

a una sociedad, nadie pararía decisivamente mientes en la cifra de su capital, sino en su patrimonio neto -verdadera prenda común de los acreedores- pasible de ser determinado con razonable precisión y relativa facilidad merced a las modernas técnicas contables.

En nuestro derecho, el aumento y la reducción del capital social requieren de complicados y a menudo gravosos trámites. Cabe interrogarse acerca de su justificación, ante la falta de cumplimiento de una efectiva función de resguardo frente a los acreedores sociales, por parte del capital. El patrimonio de una sociedad puede ser *vaciado* sin alterar la cifra de su capital. Por el otro lado, su variabilidad no empece a la efectiva autotutela de los terceros, conforme patentizan en nuestra experiencia las cooperativas, cuyo capital crece o disminuye en muchos casos cotidianamente sin sujeción a los procedimientos reservados a las sociedades comerciales, sin que se aprecie demérito a los intereses de aquéllos, como tampoco en el caso de entes jurídicos que carecen en absoluto de capital, como las asociaciones civiles, mutuales y fundaciones.

Por otra parte, el valor nominal de las acciones es también en nuestra experiencia un dato ficticio, que no guarda correspondencia alguna, habitualmente, con su valor real, contable o bursátil.

Cabe, entonces, preguntarse si no es conveniente desacralizar el capital y sin mengua de reconocerle la importancia que todavía tiene -ciertamente mucho menor de la que sugiere la lectura de la ley y de las obras clásicas de derecho societario- consentir como una alternativa a ofrecer a los interesados, cuando consulte a sus propósitos de implementar soluciones sencillas, económicas y de rápida ejecución, la posibilidad de constituir sociedades de capital variable o aun sin capital nominal y de crear acciones sin valor nominal, que en este caso representarían una determinada proporción del patrimonio social. No se trata necesariamente de imponer tal sistema como régimen general, pero sí de tolerar el optativo abandono de formas que a menudo son puros ritos antifuncionales, cuando en ello convengan quienes tienen interés en la cuestión, como una contribución a la simplificación, agilización y ahorro de quizá innecesario dispendio en el recurso a las formas jurídicas que resulten apropiadas para la organización y desenvolvimiento de la empresa económica.

Otro tema de interés, suscitador de gran controversia, es el concerniente a la organización del poder dentro de la sociedad y en particular dentro de su tipo más complejo y especialmente apto para la organización de la gran empresa, cual es la sociedad anónima.

Un agudo problema está dado por el deslizamiento del poder efectivo que se advierte dentro de las grandes sociedades anónimas abiertas, el que tiende a concentrarse en manos de los administradores y aun a pasar de éstos a la burocracia

tecnocrática que conforma el *staff* gerencial, en lo que ha dado en llamarse *la revolución de los gerentes*.

Bien apunta Garrigues que la sociedad anónima no fue un paradigma de democracia en los albores de sus orígenes históricos, revistiéndose sólo más tarde de un barniz que adoptaba su apariencia, en consonancia con las ideas políticas pre-valetientes a lo largo del pasado siglo. Se robustece así el rol de la asamblea, que designa y remueve a los otros órganos y adopta las decisiones de fundamental trascendencia.

Pero hete aquí que en las grandes sociedades anónimas abiertas, las tenencias accionarias frecuentemente se atomizan y los accionistas se comportan, más que con mentalidad de socios, como meros inversionistas o aun especuladores, desinteresados de la efectiva gestión social, que no asisten a las asambleas, o se hacen representar en ellas por los administradores, o concurren para aprobar a libro cerrado las proposiciones de estos últimos. Galbraith ironiza en torno a esta situación, destacando que el ceremonial societario pretende dar a los accionistas una impresión de poder, en lo que constituye quizá el más elaborado ejercicio de ilusión popular en los Estados Unidos.

Cabanellas relativiza la generalidad de este fenómeno, que reputa circunscripto a los Estados Unidos, Japón y los grandes países desarrollados de la Europa Occidental, sosteniendo que no podría darse en nuestro medio a raíz de la presencia, aun en las sociedades anónimas abiertas, de fuertes grupos de control.

Tal aserto es opinable, mas aun concediéndole razón, es de presumir que el progresivo crecimiento del mercado de capitales y la probable orientación de parte del ahorro público a inversiones de riesgo, irá aproximando la evolución de la realidad patria a la hoy observable en aquellos países capitalistas altamente desarrollados, con lo que más tarde o temprano el problema concreto se presentará a nuestra consideración.

Se planteará entonces la alternativa de hierro de mantener a ultranza un régimen orgánico expresivo de un ideal loable pero no condicente con su efectiva observancia práctica, o bien de seguir los pasos de las legislaciones alemana y estadounidense, entre otras, recibiendo normativamente a la realidad social y fortaleciendo, en consecuencia, los poderes del órgano de administración, mas balanceando esta última situación con un severo régimen de responsabilidades civiles y penales que reprima sus abusos y con un sistema que garantice a los accionistas y terceros una información amplia, transparente y confiable.

Esto último sería deseable en todo caso, aun manteniéndose el régimen actual, frente al rotundo fracaso de la fiscalización sindical, producto, entre otros motivos, de ser designada la sindicatura por el mismo accionista o grupo de control que nombra a la administración que ha de ser fiscalizada por aquélla. Juzgo

especialmente útil, a estos fines, la implementación en las sociedades anónimas abiertas de una fiscalización obligatoria a cargo de profesionales especializados matriculados al efecto, de alta idoneidad técnica y gravados con severas responsabilidades, al estilo de los *auditors* ingleses. Seguramente, ella sería, por otra parte, mucho más efectiva que la inoperante fiscalización pública permanente impuesta en los supuestos del art. 299 de la Ley de Sociedades, que no debería mantenerse sino en hipótesis especiales, en razón de la actividad desarrollada o del recurso al ahorro público.

La empresa revisora propuesta demanda a su vez prudencia y coraje, no sucumbiendo a la tentación iconoclasta de desestimar institutos seculares cuya utilidad y conveniencia aún perdure, mas no ensordecido los oídos a las demandas de la realidad social presente y de la que previsiblemente alumbrará en tiempos cercanos. Es menester adoptar con humildad una actitud rigurosamente científica, cuestionando todo como lo manda la metódica duda cartesiana, y al mismo tiempo no rechazando prejuiciosamente *a priori* ninguna posibilidad. Pero ello debe complementarse con una razonable dosis de pragmatismo, que no pierda de vista que el objeto de tales afanes es el hombre actual de carne y hueso y la meta contribuir a su bienestar y progreso, y al de las generaciones inmediatamente próximas.