

DIVERSOS ASPECTOS DEL DERECHO SOCIETARIO. BASES PARA SU MANTENIMIENTO O REFORMA.

Sergio Le Pera

Según con toda claridad indicó en su Exposición de Motivos, la L.S.C. de 1972 se propuso en lo fundamental consolidar las soluciones que la doctrina y jurisprudencia nacional habían venido dando a los distintos temas de Derecho Societario, para que sobre ella pudiera efectuarse la elaboración ulterior que conduciría, posiblemente en un futuro no distante, a su revisión total. Este declarado propósito fue una decisión de política jurídica y el producto de la disciplina aplicada por los redactores sobre su notoria vocación y versación comparatista. Corresponde ahora a la doctrina nacional el próximo movimiento de este dinámico proceso: a una revisión profunda y "ex novo" de sus propias elaboraciones, consolidadas en la L.S.C. Creo que ésto es importante. Públicas o coloquiales, la L.S.C. ha recibido -como era de esperar- las críticas más variadas. Ellas conducen a muy poco, en tanto lo que se critica sea solamente el desarrollo o la conclusión de posturas o dogmas fundamentales repetidos pacíficamente de autor en autor y enseñados ritualmente durante más de un siglo a generaciones de estudiantes; pero no exista una firme decisión de abrir las ventanas de la conceptualización jurídica a las ráfagas del razonamiento finalista y funcional; son ciertos acercamientos básicos los que requieren revisión y no la cosmética de soluciones particulares.

Para ello debe darse debido crédito a los altos valores técnicos de la L.S.C. y a la coherencia de sus soluciones con los pensamientos -lo que incluye los errores- de la doctrina nacional que los redactores decidieron aplicar. En algún sentido la previsión de éstos de que quizás muy pronto la Ley deba ser sustituida me parece algo pesimista; la L.S.C. sólo debe ser cambiada cuando tengamos nuevos postulados esenciales de los cuales derivar soluciones porque -y me repito- normalmente no es la L.S.C. que aplicó o interpretó mal un principio, sino que es el principio o la conceptualidad del que deriva esa solución lo que debe ser sujeto a crítica corrosiva. Para que esto pueda ser entendido mejor daré algunos ejemplos. El primero concierne a la función misma de sociedad. Nuestra doctrina ha seguido tenazmente aferrada a la explicación de la "sociedad" como la relación jurídica entre "dos o más" personas que se unen para hacer negocios con ánimo de repartirse el lucro que puede resultar. Y aunque es cierto que la sociedad fue originariamente concebida para esta función, también lo es que en lo que va de este siglo asumió otras que coexisten con aquélla, y se presentan con una frecuencia y en volúmenes de negocios que seguramente exceden al anterior; la de esquema de organización del empresario -individual o "corporativo"- para sus distintas explotaciones. Como la doctrina nunca dio cuenta de esta nueva función, no es de extrañar que tampoco lo haya hecho la L.S.C., que en consecuencia tiene omisiones (la regulación de los grupos de sociedades), impone ficciones (la de incorporar un socio aparente en el acto constitutivo y durante la vida de la sociedad) y persigue propósitos moralizantes que dan en el vacío, como el de amenazar con graves sanciones a los directores de la sociedad sin ver en ellos lo que en realidad son: simples administradores delegados para una explotación de los que se espera se ajustarán a las directivas de sus principales, la cual obediencia, en algunas legislaciones como la Aktiengesetz 1965, es incluso un deber jurídico del director (un administrador delegado) aun cuando las directivas vayan en perjuicio de la sociedad que administra. ¿Pero cómo hubiera podido la L.S.C. resolver estos temas de otro modo, si nuestra doctrina sólo ha hablado de la sociedad como "la unión de una o más personas" para repartirse los resultados de negocios comerciales?

Y lo mismo ocurre a niveles menos fundamentales y de mayor contenido "práctico". Una queja común de los abogados actuantes concierne a las restricciones con que se encuentran en los organismos administrativos para la definición del objeto social, que siempre está escrito de manera demasiado amplia para el gusto de estos organismos. En realidad sólo están pagando tributo por no detenerse a revisar ideas arcaicas. Cuando el Rey de Inglaterra autorizaba una sociedad para establecer una colonia en Virginia, tenía que ser Virginia y no el Golfo de México; equivocarse en el lugar era la guerra con el Rey de España. De Lesseps fue autorizado para constituir una sociedad que construyera el Canal de Suez, y todos sabían que Suez no era Panamá. La com-

pañía de las Indias Orientales lo era de éstas y no de las Indias Occidentales; de ello dependía la paz del mundo. Esta circunstancia política y social llevó en el siglo pasado a la elaboración de la doctrina de la actuación "ultra vires": las sociedades se constituyen para un objeto determinado y específico, la actuación fuera de este objeto es nula (o acarrea otras graves consecuencias) y la función del directorio no es delegable. Una aplicación de esta doctrina fue la prohibición que sociedades por acciones participaran en sociedades que no eran por acciones. Otra era que el objeto debía ser indicado "específicamente". Buena parte del resto del mundo revisó esta doctrina con mayor profundidad de lo que hicimos nosotros: como nuestra doctrina no indica lo contrario es comprensible que el funcionario hoy, antes de autorizar un comercio de venta de calzado, quiera saber qué calzado se propone vender, del mismo modo en que el Rey de Inglaterra debía saber en qué preciso lugar querían los peregrinos establecer su colonia, si en México o Virginia. Son comprensibles también las dificultades que causa el artículo 30 (que prohíbe a una sociedad por acciones participar en otra que no sea por acciones), que no es un error del legislador sino la aplicación consecuente de una doctrina (revisable, pero entre nosotros aun no revisada) conducida a sus extremos.

Podría aportar muchos otros ejemplos que ilustrarían que lo que de la L.S.C. se cuestiona o podría cuestionarse son aplicaciones metódicas, con destacables valores técnicos y con un estilo jurídico importante, de concepciones generalmente vigentes en nuestra doctrina, y que antes que éstas concepciones sean revisadas ninguna reforma profunda debería sufrir la Ley. Los paliativos sólo servirían para distraernos respecto del objetivo final. Algunos de éstos ejemplos pueden ser distribuidos de manera adecuada según el temario del Congreso, y así lo haré, limitando mi exposición a las Sociedades Anónimas.

I. Administración y Fiscalización Privada.

Por supuesto tenemos aquí dos temas en uno: la Administración de la sociedad anónima por un lado y su Fiscalización Privada, por otro. Respecto de ambos podemos localizar dos grupos de problemas; unos son de política legislativa y otros de técnica legal.

Como cuestión de política jurídica respecto de la Administración creo que la cuestión central consiste en saber si debe darse participación a la minoría, y en qué consiste ésta.

Debemos hacer aquí una nueva distinción según se trate de sociedades abiertas o cerradas, porque la solución puede ser distinta para cada una de ellas.

En materia de "abiertas" (y lo mismo sugeriré para las "cerradas") parece existir un consenso en la profesión legal y en el medio empresario que alguna participación debe darse a las minorías, por lo menos cuando éstas reúnan determinada entidad. Ello supone un directorio de por lo menos tres miembros. Una técnica posible es la votación por listas, y dos tercios de las vacantes para la mayoritaria y el tercio restante para la primera minoría, siempre que supere determinado número de votos. Hay otros sistemas posibles. Entre ellos no se encuentra el de voto acumulativo, a menos que se quiera un sistema proporcional de representación en el Directorio (pese a la afirmación general, cuyos fundamentos se me escapan, en el sentido que el sistema de voto acumulativo no es un sistema de votación proporcional).

Desde el punto de vista de técnica legal y respecto de la L.S.C., creo que los problemas son dos. El primero, proponer una interpretación para el sistema de votación acumulativa tal como se encuentra en el art. 263 L.S.C.; sobre él he escrito anteriormente, y no insistiré.

Sobre la votación por clases o categorías, corresponde decidir si debe existir una relación entre el número de votos de las acciones que integran cada clase y el número de directores que cada clase puede elegir. Pienso que la respuesta es afirmativa, y que nadie estará dispuesto a aceptar que el 5% de los votos puede constituir una clase que elija el 95% de los Directores. Debiendo proponerse una relación, propongo que sea la misma que se establece como privilegio en el voto de las acciones ordinarias, es decir, de cinco a uno. Con esto quiero decir que los privilegios para una clase de acciones en la composición del Directorio no debería poder superar el límite de plura-

alidad de votos impuesto por la L.S.C.; se trataría sólo de una técnica distinta (división del capital ordinario en fracciones) para obtener resultados (cinco a uno) que la L.S.C. pone a disposición del público mediante la utilización de otra técnica (acciones de voto plural).

En cuanto a las sociedades cerradas, creo que la figura del voto acumulativo sí es decididamente recomendable. A medida que nos acercamos a las sociedades de personas la vocación a administrar del accionista parece más marcada, lo cual debe asociarse con la acentuación del carácter personal de la relación entre los socios. Debo apresurarme a aclarar, sin embargo, que esta recomendación sólo es válida en el contexto de una sociedad cerrada distinta de la actual, que se definiría por número limitado de socios y por la restricción a la circulación de acciones o su transferencia a terceros. En estas condiciones la función de la Asamblea pierde significación y en buena medida debería ser asumida por el Directorio, que para ello contaría con una integración más o menos proporcional a la composición accionaria. Es curioso observar que la misma solución es buena (para nuestra realidad) para la gigantesca **corporation** estadounidense y sólo parece dudosa en la sociedad anónima de tipo intermedio (nuestras sociedades "abiertas", con, generalmente, un accionista controlante).

En la visión que propongo de sociedad "cerrada" no queda lugar para la sociedad de responsabilidad limitada, una superfetación legal (cuando hay sociedad anónima cerrada) sobre la que no puedo detenerme porque no es tema de este Congreso.

Lo anterior en cuanto a la Administración. Respecto de la Fiscalización Privada, me resulta difícil exponer sin hacer algunas reflexiones de psicología social. Comenzaré con un cuento en una pequeña aldea, en que el herrero cometió un crimen y fue ahorcado el panadero, porque herrero había sólo uno panaderos había dos, y alguien debía morir para pagar la ofensa a la paz social.

En materia de sociedades la L.S.C. se asegura que siempre haya un panadero sobranante. Para ello tiene al Síndico, patético personaje, que a veces por un mísero honorario, pero generalmente por razones sociales o para no lastimar los sentimientos de un empresario que de ese modo entiende condecorarlo con la demostración de su confianza, se ve colocado frente a responsabilidades reales y funciones aparentes que todos saben de antemano -el legislador inclusive- que no puede descargar. De este modo, si algo sale mal, se sabe que por lo menos habrá alguien que no ha hecho lo que debía, y en consecuencia debe expiar. Que lo que se esperaba de él fuera técnica, económica y físicamente imposible es sólo un inconveniente puesto al servicio más elevado de asegurar alguna forma de reparación social.

Creo que si se recorre brevemente el listado de funciones del Síndico (art. 294 L.S.C.) lo que llevo dicho no parecerá exageración. Se verá allí que están incluidas todas las funciones que normalmente cumplen las organizaciones de auditoría, y muchas más. Pero una organización de auditoría no es una persona. Son muchas personas, de distintos niveles, capacidad y especialización, con recursos propios e independientes y medios técnicos apropiados, trabajando todas ellas a veces tiempo pleno y durante todo el año para finalmente emitir una opinión sobre el balance. Suponer que el profesional aislado pueda hacer algo similar es una reminiscencia del siglo pasado, en que las organizaciones de auditoría no existían, y en que sólo podía esperarse que alguna persona expectable y de fortuna personal independiente, asegurara con su presencia que la gestión era confiable. Los abogados y contadores son, sin duda, personas de gran honorabilidad, pero no tienen fortuna, y si la tienen no es de manera independiente a sus clientes, y el beneficio que como profesión se les da mediante el monopolio de la función de Síndico es despreciable respecto del daño que institucionalmente se causa a estas profesiones mostrando que sus representantes siempre han obrado mal. Como el Síndico perfecto es el que tiene la suerte de enterarse a tiempo de algo malo por desmoronarse, y el coraje (o lo contrario) de renunciar antes de que ocurra, un buen síndico es por definición un ex-Síndico, un no-Síndico.

Mucho más positivo sería, si se quiere mantener la función de Síndico (y tampoco éste es necesario) limitarla al control de legalidad, e institucionalizar la exigencia de balances auditados. Pero balances auditados no por el contador independiente, sino



por organizaciones cuya entidad les asegure independencia y cuya actividad dependa del prestigio social que merezcan sus rúbricas a los estados contables. Cómo se logra la existencia de estas entidades y cómo se instrumenta ésta institucionalización es algo sobre lo que podemos extraer experiencia de otros países, y que requiere el esfuerzo conjunto de la profesión de abogados, contadores y de la administración pública.

II. La Sociedad Anónima y El Accionista. La Sociedad Socia

Sobre la sociedad anónima y el accionista me resulta difícil exponer sin directivas adicionales que me circunscriban al objeto. Desde algún punto de vista podría decir que la sociedad anónima no es sino la relación entre accionistas y de éstos con terceros, y que lo que el tema encierra es toda la teoría de la sociedad anónima.

Sin embargo la manera misma en que el tema es presentado sugiere algo más: sociedad anónima y accionistas son vistos como entidades separadas y quizás opuestas; el accionista como una especie de accidente o "externalidad" respecto de la sociedad anónima. Se esto fuera así me parece un gran progreso. Creo que una de las dificultades principales de la L.S.C. (de nuestra doctrina) es la tendencia a construir una "teoría general de las sociedades", y predicar ciertos principios comunes a toda forma societaria. En esta línea la sociedad sería una relación entre socios. El difícil sin embargo indicar la manera específica en que las connotaciones generalmente asociadas con la palabra "socio" se aplican al titular de algunas acciones de una sociedad anónima; en el mejor de los casos esta persona es un "inversor", y muchas veces solamente un "especulador".

La brutal destrucción décadas atrás en Argentina del mercado de capitales y su crónica languidez hacen que incluso la sociedad anónima tenga entre nosotros una apariencia sólo formal de lo que es una sociedad anónima (abierta) en otras latitudes que (Pacto Andino salvando) son aún vistas como modelos. Cuando la acción es básicamente un instrumento financiero de la sociedad anónima para la obtención de capitales, buena parte de las consideraciones que generalmente preceden una exposición sobre el accionista como "socio" pierden importancia. La cuestión sobresaliente es entonces el derecho del accionista al dividendo, y aún éste queda desdibujado si se reflexiona que la utilidad no distribuida como dividendo y retenida para reinversión se traduce en un mayor valor de las acciones sociales. En una economía de mercado de capitales las protecciones jurídicas a este respecto tienen poca entidad. Una sociedad debe pagar a sus accionistas el dividendo que las condiciones del mercado financiero indican que debe pagarle para asegurarse la fluida obtención de nuevos capitales. En la gran sociedad anónima la protección del inversor se encuentra en el carácter profesional de los administradores, en el hecho que los Bancos vigilan a éstos muy atentamente para asegurar el dinero de sus depositantes, y en la seriedad de quienes auditan los estados contables. En algunos países, por ejemplo Estados Unidos de América, se acentuó en las últimas décadas una instancia administrativa de vigilancia, pero la opinión probablemente más generalizada en los medios legales, contables y empresarios es que el servicio más señalable que estos organismos han prestado es el de asegurarse alguna actividad para sí mismos, pero a costa del entorpecimiento en los negocios y, en definitiva, de una más pobre rentabilidad para los inversores.

En cuanto al segundo subtema, el de la sociedad socia, conduce directamente a un punto que tangencialmente toqué en la introducción: el de la prohibición del art. 30. Estimo que es una difundida convicción, tanto en la profesión legal como en los medios empresarios, que esta prohibición, interpretada literalmente -lo que no es necesario hacer- conduciría hasta la prohibición de participar en sociedades accidentales. Por lo menos en algún campo de la actividad -el de la producción de hidrocarburos- el legislador se sintió obligado a venir al cruce, abriendo la participación de las sociedades por acciones en otras formas negociales (Ley 21.778), de CONTRATOS DE RIESGO). Como expuse en otras ocasiones, la prohibición del art. 30 es aplicación de la doctrina (de la que hoy ya poco queda en otros países) de la actuación "ultra vires". Pero la situación de encierro a que conduce este artículo está revelando la incidencia de otros desarrollos muy caros a nuestra doctrina. La distinción entre sociedades "civiles" y "comerciales"; la "autonomía" del derecho comercial; la afirmación dogmática del principio

de "tipicidad" y la exagerada sobrevaloración de un dato formal como lo es la inscripción registral, cuya omisión ocasiona trágicas consecuencias sin que resulten conocidos los importantes valores sociales que se entienden lesionados por su ausencia (una vez establecida la responsabilidad limitada y solidaria de los partícipes); y una consecuente regulación claramente persecutoria (el estatuto de las "sociedades irregulares o de hecho") que llega hasta a negar a los partícipes el derecho de invocar entre sí los derechos o defensas nacidas del contrato que en su momento acordaran, en una solución similar a la que está generalmente reservada para piratería, proxenetismo u otras empresas criminales de profundo disvalor y reproche social.

En síntesis - el afán regulatorio conduce a que sólo el vacío existe allende los tipos dibujados por el legislador, y este vacío es sin límites si se acepta (lo que no es necesario) que las reglas sobre sociedades del Código Civil (las únicas reglas sobre sociedades "en general"; la "simple sociedad" de otras legislaciones) son inaccesibles para las organizaciones de negocios de objeto comercial.

III. El Capital Social en la Sociedad Anónima.

Otras de las dificultades con que se encuentra el abogado practicante son ciertos inconvenientes mecánicos para el aumento de capital de las sociedades anónimas, principalmente cuando ellos implican la modificación de los estatutos sociales. Desde algún punto de vista estas dificultades eran inesperadas desde el momento en que, desde el punto de vista legislativo, prescindíose de la noción de capital "autorizado". Sin embargo es necesario algo más que eludir una expresión para eliminar el concepto, y en la medida en que sea necesario un cambio de estatutos para un aumento de capital la idea o las restricciones -puramente mecánicas- de capital autorizado vuelven a aparecer. Lo que cabe es preguntarse si realmente el dato de capital debe tener "jerarquía estatutaria", y si en todo caso no es posible hacer de un cambio de estatutos una placentera operación de una hora de duración, como ocurre en otras jurisdicciones más afortunadas, y no una penuria pseudolegal.

A estos interrogantes pueden añadirse otros. Por ejemplo ¿cómo explicar, frente a la experiencia inflacionaria argentina, la resistencia que despiertan las acciones sin valor nominal? El reflejo de cada acción no es el aporte nominal por el que en cierto momento histórico se la suscribió, sino el porcentaje que ella representa respecto del patrimonio neto de la sociedad. Si esto es cierto en general lo es mucho más bajo nuestra corrosión inflacionaria, en que, determinar el valor de suscripción prescindiendo del dato histórico de la época de su integración, nada significa. Si se quiere mantener la fachada de un valor nominal de las acciones el capital nominal de la sociedad debería ser actualizado periódicamente por devaluación monetaria, como ocurre con la reciente ley brasileña de sociedades anónimas, lo cual sólo parece constituir un engorro transaccional para acercarse paulatinamente a la figura de acciones sin valor nominal (por otra parte claramente tratadas en esa ley).

IV. Documentación y Estados Contables.

Sobre este punto hará una sola reflexión. La L.G.S. trae disposiciones detalladas sobre confección de estados contables, el hecho de cuya incorporación la coloca en línea con las más modernas legislaciones continentales.

Lo que en estas disposiciones se advierte es la ausencia del requerimiento de estados contables consolidados para los grupos de sociedades, lo cual es una simple consecuencia del hecho que tales agrupamientos no tienen reflejo en la Ley. Reglas sobre la confección de estados contables es el camino principal hacia los grupos de sociedades, y su requerimiento un objetivo indiscutible que puede ser impuesto rápidamente. Son ya varias las experiencias legislativas que pueden tenerse en cuenta como base de reflexión, y esta tarea debería ser asumida sin demoras por la Ciencia Jurídica.

Conclusión

Es inevitable que un Congreso de Derecho Societario cuestione la experiencia vivida bajo la nueva legislación.

Mi comentario final es una insistencia en mi introducción. La L.S.C. es una pieza de

altos valores técnicos, ejecutados con un estilo que no debe pasar desapercibido y que no es susceptible de toques parciales. La Ley, en todas sus partes, es una aplicación coherente de los principios generalmente vigentes en la doctrina nacional a la época de su redacción, y esta coherencia no debe ser quebrada sino lo mínimo indispensable en aquellas áreas en que el comentarista no pueda aportar una interpretación supletiva y aliviadora. A mi juicio el destino de la Ley es el de ser sustituida totalmente, pero ello sólo cuando a nivel doctrinario se haya producido el adecuado y necesario debate y renovación de los axiomas en que aquella se funda. Mientras tanto exige respeto, y que su coherencia y valores técnicos no sean mortificados mediante manipuleos innecesarios.