

EL ARTICULO 241 DE LA LEY 19550 Y LA PROBLEMÁTICA QUE ORIGINA.

Fernando Horacio Mascheroni

Reiteradamente se ha hecho referencia al frecuente divorcio entre nuestro derecho positivo y la realidad legislada. Ese desajuste ocasiona siempre situaciones conflictivas, probando una vez más que la armonía y adecuación entre "factum" y norma son condiciones ineludibles para el logro y conservación de la paz social.

Consecuencias habituales de esa falta de realismo jurídico en nuestros legisladores son el descrédito de la ley misma -gravísima experiencia argentina- y el empleo de procedimientos sucedáneos, tendiente a neutralizarla, esterilizarla y en última instancia, convertirla en letra muerta.

La Ley de Sociedades Comerciales no escapa a esa regla general. En sus siete años de vigencia ha quedado demostrada la virtual inaplicabilidad de algunas disposiciones y la ineptitud de otras para regular eficazmente ciertos institutos, figuras o mecánicas procesales.

Uno de los casos más significativos por sus consecuencias -que no podemos calificar de imprevistas pues el problema estaba planteado con anterioridad a la sanción de la Ley 19550- es el de las inhabilidades relativas emergentés del artículo 241 del ordenamiento legal societario.

Este prohíbe a los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales "votar sobre la aprobación de los estados contables y demás actos relacionados con su gestión", extendiendo esa abstención forzosa a "las resoluciones referentes a su responsabilidad y remoción". Reconoce su antecedente inmediato en el art. 356 del Código de Comercio, que solamente inhabilitaba a tal fin a los directores.

El criterio legal es el mismo en una y otra norma, salvo que la actual es más rigurosa, ampliando el espectro de la prohibición, extensiva ahora a síndicos, consejeros de vigilancia y "gerentes generales", expresión esta última por demás imprecisa y causante por ello de una adicional hipótesis conflictiva.

No obstante, la coherencia entre una y otra disposición es sólo aparente o formal; por ser sustancialmente distintas las circunstancias causales o antecedentes de cada una de ellas.

Las dos modalidades de sociedad anónima.

En 1862, cuando se dictó el Código de Comercio, recién el país comenzaba a organizarse y aún no había superado la etapa de la economía pastoril. Se esperaban y necesitaban los capitales extranjeros y con tales expectativas se legisló, estructurando una sociedad anónima propiamente dicha, abierta a la inquietud de múltiples inversores mediante el instrumento técnico del título-acción.

Para ese modelo de sociedad anónima -en el cual coincidían materia y forma- la prohibición del Artículo 356 del Código mercantil se justificaba como una garantía en favor de esa masa de accionistas, en clara situación de inferioridad con respecto al grupo dirigente, no pocas veces propietario de una porción minoritaria del capital social pero dotado de cohesión interna, voluntad de mando y capacidad técnica.

Esa sociedad anónima abierta no fue, sin embargo, el modelo difundido en nuestra experiencia empresarial, sino la excepción, como lo prueba -entre otros hechos- la reducida cantidad de sociedades que hacen oferta pública de sus acciones y la desuetud total del procedimiento de constitución por suscripción pública.

Por el contrario, se dio en la práctica la adopción del tipo de sociedad anónima -y más genéricamente, sociedades por acciones- por la pequeña y mediana empresa, frecuentemente constituida por grupos familiares cerrados. Esta tendencia se generalizó a partir de la década del cincuenta, al producirse un incipiente desarrollo industrial.

Parece obvio señalar las diferencias estructurales y funcionales entre una y otra modalidad de sociedad anónima. En la primera, propia de la gran empresa, sólo se produce parcial o circunstancialmente la confusión de las calidades de accionistas y administradores en las mismas personas. En la segunda, dicha confusión es la realidad habitual.

Corolario de la distinción apuntada es la necesidad de control de la gestión del órgano

administrador en el supuesto de la sociedad abierta, que legitima las inhabilidades relativas del art. 241 L.S., y su virtual inutilidad en el caso de las sociedades cerradas o de grupo familiar, variedad holgadamente predominante en nuestro medio.

El problema en la sociedad cerrada.

Si los accionistas mayoritarios de una sociedad anónima son a la vez sus directores y miembros del órgano fiscalizador, administradores y administrados se confunden y por ende, la rendición de cuentas de la administración debe considerar necesariamente aprobada por los socios, a la vez responsables de los estados contables y demás documentación prevista por el art. 234 de la ley 19550 en su inciso 1º.

En tales condiciones de hecho, inhabilitar a los accionistas mayoritarios de la sociedad para votar sobre su propia gestión importa tanto como abrir desaprensivamente a las minorías las puertas del abuso mediante maniobras que pueden calificarse de extorsivas.

En efecto; la obligación de abstenerse en la votación sobre los documentos del ejercicio económico y su gestión como administradores, impone a éstos -simultáneamente accionistas mayoritarios- la necesidad de acudir a la clásica simulación de transferencia de sus paquetes accionarios a terceros (testaferros) para lograr con el voto favorable de éstos, la aprobación de la anual rendición de cuentas que en rigor, se están haciendo a sí mismos.

El procedimiento descripto, formalmente fraudulento pero sustancialmente irreprochable por lógico y forzoso, habilita a los sectores minoritarios para presionar extorsivamente en procura de ventajas patrimoniales -generalmente la compra-venta de sus paquetes accionarios a precios abusivos- bajo la amenaza latente o explícita de la acción judicial de impugnación de la asamblea, invocando la simulación en la calidad de accionistas por parte de los aludidos testaferros.

De esta manera, el texto legal propicia y favorece conductas reñidas con la ética y provoca eventualmente situaciones angustiosas en las empresas, arribándose así al fin no querido por la ley, es decir, produciéndose su desvirtuación por carencia de legitimidad (¿estará de más recordar que legalidad y legitimidad no son la misma cosa y que la segunda halla sustento en la justicia, fin último del derecho?).

Admitir, de lo contrario, que una minoría del diez o quince por ciento pueda rechazar los estados contables y demás documentación del ejercicio, ocasionando graves perjuicios a la empresa (por ejemplo, la pérdida del crédito bancario), implica consagrar una enormidad jurídica, un atropello a la equidad y a los principios básicos de la estructura societaria, fundada en la voluntad de la mayoría, encauzada en las vías legales y estatutarias.

Por consiguiente, la prohibición del art. 241 origina dos consecuencias igualmente contrarias a derecho: a) obliga a simular transferencias inexistentes de acciones; b) en su defecto, permite a la minoría rechazar la rendición de cuentas de la administración social, fuere o no la correcta, por el simple peso de los votos excluidos de dicha prohibición.

Expuesto sintéticamente el problema, cabe agregar otros elementos de juicio:

a) Si bien se da preferentemente en las sociedades cerradas o de grupo familiar, puede presentarse también en las abiertas, ante transferencias de paquetes accionarios relevantes por su incidencia en la composición del capital social y por ende, en la distribución de mayorías y minorías.

b) Téngase en cuenta que en nuestro medio son numerosas las empresas de magnitud que funcionan como cerradas, acrecentándose así potenciales las dañosas consecuencias de la prohibición dictada por el art. 241 L.S.

Necesidad de un tratamiento legal diferenciado. Conclusiones.

Hemos visto precedentemente que esta inhabilidad parcial y específica puede ser funcionalmente útil en la sociedad anónima abierta, como instrumento de protección de las minorías, pero injusta y peligrosa en la sociedad cerrada, modelo habitual en nuestra experiencia.

No es del caso referirnos a otros temas en los cuales se pone igualmente de manifiesto la necesidad de implementar dos regímenes legales diferenciados en el tratamiento legal de

las sociedades por acciones, según se tratara de abiertas (sociedad anónima propiamente dicha) o cerradas (sociedades con predominio del elemento personal, no obstante el tipo legal adoptado).

Sin perjuicio de destacar tal necesidad genéricamente, es nuestro propósito particularizar ese desideratum en el supuesto que nos ocupa, vale decir, las inhabilidades resultantes del mentado art. 241 de la Ley societaria.

Estimamos impostergable el estudio de una reforma legislativa en tal sentido que en lo sustancial deberá bifurcar el encuadre normativo actualmente unificado en la prohibición de votar su propia rendición de cuentas, de la cual son sujetos pasivos los directores, síndicos y gerentes generales, sin distinguirse entre sociedades anónimas abiertas y cerradas.

Una solución lógica y equitativa consistiría, por ejemplo, en mantener las inhabilidades para aquellas sociedades donde no coincidan las personas de accionistas y administradores, o bien cuando la tenencia accionaria de estos últimos no exceda una proporción de veinte o treinta por ciento del capital social. Por el contrario, suprimirlas para las sociedades de estructura cerrada, teniéndose por tales a aquellas en las cuales el capital accionario -o la mayoría de éste- se halla en manos de una persona física o grupo familiar, siendo por tanto directores los principales accionistas.

Consideramos de sumo interés, en este estado, referirnos a la solución legislativa inglesa en la materia, indudablemente más avanzada y racional, basada en el principio de orden público y coherente con el sistema de fiscalización estatal de las sociedades de capital.

En dicha regulación, el órgano administrador tiene la obligación de someter a consideración de la asamblea la documentación del ejercicio (memoria y estados contables), **pero no es necesario que esa documentación sea aprobada por la asamblea.**

Dentro de los siete meses del cierre de ejercicio, si se trata de una sociedad abierta, o de los diez meses si la sociedad es cerrada, deben remitir la documentación mencionada al Board of Trade para su publicidad, hubiere sido considerado, o no, por la respectiva asamblea.

Vale decir que, con el control técnico estatal de los estados contables y la publicidad subsiguiente de los mismos, se da por cumplida la doble finalidad legal esto es, vigilar la rendición de cuentas de los administradores sociales y al propio tiempo, la contabilidad de las empresas:

Cabe señalar como notas destacables:

- a) Que la ley inglesa adopta la diferenciación entre sociedades abiertas y cerradas, criterio que propiciamos en este trabajo como punto de partida para un nuevo enfoque legal del problema.
- b) Que al eliminar la necesidad ineludible de la aprobación de los estados contables por la asamblea, sustituyéndola por el control estatal y publicidad de los mismos, ataca el mal de raíz, eliminando también la posibilidad de abuso de las minorías a que hicimos referencia anteriormente.

Por ello sugerimos apreciar debidamente esta solución del derecho comparado como hipótesis de trabajo, sobre todo contando en nuestro país con una fiscalización societaria estatal apta para desempeñar el control de los estados contables de ejercicio, la cual debería complementarse con una adecuada y efectiva publicidad de dicha documentación, que interesa no solamente a los socios, sino a terceros y especialmente al estado, desde los puntos de vista económico, estadístico y fiscal.