

TRANSCRIPCIÓN DEL AUDIO DEL DR. HORACIO FARGOSI

CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN SOCIETARIO

Hoy, elegí un tema que es demasiado amplio o demasiado circunscripto, que es el régimen societario o consideraciones sobre el régimen societario.

El tema puede ser enfocado de dos maneras, una manera que sería tomar la ley de sociedades, empezar a analizar algunos artículos y hacer una suerte de labor exegética con cita de algunos fallos o de algunos autores, pero yo tengo otra concepción de cómo debe tratarse el régimen societario, que es analizar en qué medida y de qué forma nuestra ley, que tiene treinta y seis años, más o menos de vigencia, está adaptada a la realidad socioeconómica del momento.

Curiosamente quiero decir y aclarar, que cuando yo critico la ley, en alguna manera me estoy criticando a mi mismo, porque como yo fui uno de los redactores, pareciera que tendría que defenderla siempre y no es que la ataque, sino que las leyes cuando entran a regir tienen vida propia y esa vida propia lleva, a que en determinados momentos, su adecuación al fenómeno económico, al fenómeno social, no esté absolutamente acomodado.

Ello ocurre con nuestra ley, que en su momento fue una ley muy avanzada, al punto tal de que previó si bien en forma, digamos, más bien de estructura la existencia de los grupos y luego en el 1983 se incorporó la inoponibilidad de la persona jurídica, norma que ha sorprendido en muchos países, pero sin embargo, la problemática que ha sufrido el mundo y que está sufriendo el mundo, que algunos lo han llamado como la deducción creadora o la aceleración de la historia, lleva a que se pueda decir de que ciertas pautas no pudieron ser previstas en el régimen legal que fue elaborado entre fines de la década del cincuenta y durante la década del sesenta, es decir, en un momento en que la economía se manejaba de otra manera y no habían surgido ciertos problemas que hoy están en boga, como por ejemplo, la globalización, fenómeno que yo lo tomo con pinzas, no es que niegue la existencia de la globalización sino que creo que la globalización debe ser asumida en función del lugar y del medio en que se la va a aplicar en sus vertientes jurídicas, porque es evidente que no es lo mismo hablar de globalización en EEUU, en Alemania o en España o Italia y hablar de globalización en Tanganika o en algún país de esos pequeños que están dando vueltas por ahí y además, porque los regímenes jurídicos no son iguales, debemos partir, por ejemplo, de asumir que las situaciones que se pretenden derivar de la globalización y que en alguna medida han incidido en nuestro régimen societario, provienen de un país donde el régimen legal es absolutamente distinto que el nuestro.

EEUU tiene un sistema legal societario flexible, no tiene un sistema legal rígido como tenemos nosotros, lo cual lleva a que ciertas instituciones, como el famoso gobierno corporativo o el director independiente, cuando se lo trasnpola a regímenes como el nuestro demuestran de que nuestra ley, a pesar de su antigüedad, tiene previstas soluciones que hacen al buen gobierno corporativo y que, sin embargo, por una suerte de estar a la "mode" se olvidan, guisa haya y no es una crítica sino una observación, haya a veces un poco de desconocimiento de la ley argentina en sus verdaderos alcances y en sus consecuencias para admitir, casi digamos como dogma, que la solución está en el buen gobierno, en las normas del buen gobierno corporativo o en el directorio independiente.

Esto me lleva a hacer una consideración un poco teórica, si ustedes quieren, pero que creo que puede ser clarificadora para de alguna manera redondear mi pensamiento, las sociedades en sí mismas y cualquiera fuere su tipo, no obstante, que un eminente autor italiano como es Galgano lo centra en las sociedades por acciones, son un privilegio, un privilegio en el sentido que es la interposición entre un grupo de seres humanos que recurren a la formación de una sociedad y la responsabilidad por el emprendimiento que desean realizar.

Esto ocurre, incluso, en la sociedad colectiva, porque en la sociedad colectiva, si bien es cierto que hay una responsabilidad ilimitada de los socios, está la necesidad de discutir los bienes sociales primero, es decir, es una solidaridad que no es directa, primero hay que ir contra los bienes sociales y después recién contra los responsables.

Esto provoca que, se ha generado una suerte de asimilación semántica con el uso de la palabra persona, para los sujetos, digamos, llamados teóricamente físicos, el ser humano, y los sujetos que son creación del derecho, como son las sociedades. Este problema parece totalmente teórico pero no lo es, y no lo es, porque hace a la capacidad, es decir, el ser humano como titular de derecho sujeto pasivo de obligaciones tiene plena capacidad para hacer todos los actos negociales que estime oportunos, en tanto haya alguna norma legal que limite esa capacidad.

En el caso de las sociedades, la capacidad está determinada por otras pautas, que son prácticamente, el objeto social o la actividad que van a desarrollar, es decir, que hay una limitación de capacidad que proviene no de una ley sino que proviene de un acto negocial, que es la creación del sujeto. Esto lleva a que tengamos muy en claro, que el ser humano es sujeto de derechos en la ley y si es el creador de la ley, es el autor y destinatario de las normas jurídicas.

En cambio, las sociedades o las personas de existencia ideal, como se las llama o como se les dice, son creaciones del orden jurídico, lo son por el orden jurídico no en el orden jurídico, esto qué provoca, provoca una consecuencia, que según sea el tipo societario, los alcances y posibilidades de alterar la capacidad es bastante amplia, por qué, porque en realidad, siempre que hay una sociedad es una estructura para que, obviamente estoy hablando de la sociedad comercial y en alguna medida también ocurre con las sociedades civiles, es una estructura para desarrollar u obtener recursos financieros para desarrollar el objeto o la actividad, no son un fin en sí misma, son un recurso técnico y siendo un recurso técnico y estando en el campo del derecho, tenemos que en alguna medida y aunque parezca una

exageración mía, que recurrir a la lógica, a la filosofía lógica, de que estamos manejándolos con lo que se llaman símbolos incompletos.

Cuando yo digo esto es una mesa, la mesa está, pero cuando yo digo o estoy refiriéndome a qué es, para dar un ejemplo cualquiera, la propiedad, la palabra propiedad no es lo mismo hace cincuenta años que ahora y no es lo mismo en regímenes colectivos, que regímenes tradicionales o regímenes liberales, o sea que el contenido viene a ser adecuado a situaciones que no son anteriores a la existencia sino posteriores a la existencia.

Por otro lado, creo que hay un problema también en materia de la ley, aclaro que yo, en alguna medida he sido de los que ha escrito que la ley no debía ser retocada sino sustituida, sustituida por qué, porque nuestra ley nunca pudo pensar porque no existía la problemática funcional, por ejemplo, de los grupos, en el año setenta los grupos era una cosa que aparecía por ahí y que llevó a preverlos por el artículo 33 pero no a regularlos, como lo hacen ahora regímenes modernos como el italiano, que lo que hacen no modifican, digamos, la calificación de la existencia del grupo sino qué hacen, prevén cuáles son las formas de administrarlos y las consecuencias de la administración, porque por ejemplo, una cosa es que la sociedad A, estoy hablando básicamente de las por acciones, que tiene un objeto determinado, le preste sin intereses a una sociedad B o Z totalmente independiente de aquella sin intereses, en lo cual está saliéndose de su objeto y otra cosa que siendo el mismo objeto de las dos sociedades, ello acontezca adentro del grupo porque dentro del grupo modernamente lo que se tiene en cuenta es el resultado final y por eso se han ido creando soluciones que antes eran, digamos, previstas para situaciones muy específicas como es el derecho de receso y hoy en día.

En cambio, hasta el cambio de la titularidad de los paquetes accionarios dentro del grupo pueden dar lugar al ejercicio de receso por parte de accionistas minoritarios, es decir, tenemos un espectro que lo que acabo de decir no es nada más que un ejemplo, digamos, muy puntual.

¿Qué ocurre con la globalización? Con la globalización lo que ocurre, es que la globalización es un fenómeno económico, como fenómeno económico, es un fenómeno sustancialmente descriptivo y que por otra parte no tiene el condimento ético que tiene el orden jurídico. El orden jurídico se basa, siempre se ha basado, en el principio de equidad, de justicia y de eticidad, la economía eso lo prescinde, entonces nos encontramos con dos planos que cuando se juntan, qué ocurre, ocurre que el orden jurídico no puede estar desacompañado con el orden económico pero no es tributario del orden económico sino que el orden jurídico tiene la obligación de que las regulaciones que provienen de fenómenos del orden económico exclusivamente, se ajusten en sus consecuencias a los pilares básicos del ordenamiento legal o del ordenamiento jurídico.

Fíjense, por ejemplo, y vale la pena recordarlo, que ya en la época de los pandectistas, Celso decía que las sociedades eran constataciones de nosotros los juristas, esto significa que, que en cuanto salimos del campo de la responsabilidad y del ejercicio de los derechos, no nos encontramos con la señora fulana de tal sociedad anónima, caminando por la calle, sino que además, paulatinamente, de un sistema de irresponsabilidad de los socios, caso típico de la sociedad anónima, se ha ido paulatinamente des-subjetivizado, permitiendo la supresión de la personalidad jurídica cuando la sociedad es utilizada para fines que no son los fines que la ley prevé que deben ser los de la sociedad.

Entonces, qué sucede, tenemos una ley, que regula los tipos societarios, entre los tipos societarios regulados, obviamente, el esencial o fundamental, el más afectado por el fenómeno económico es la sociedad anónima porque la sociedad anónima siempre estuvo sufriendo embates del orden jurídico, por ejemplo, cuando dio lugar al nacimiento del mercado de capitales, el mercado de capitales comenzó a incidir en la regulación de la sociedad anónima, pero si uno observa y me refiero a nuestro medio ¿hay una sociedad anónima?

No, no hay una sociedad anónima, hay muchos tipos de sociedades anónimas, lo cual ha llevado a decir a algunos de los juristas en Italia de que en el fondo nos encontramos prácticamente frente a una etiqueta, porque no es igual una sociedad anónima cuyo objeto es fabricar, no sé, medias, caramelos, zapatos o lo que fuere, que esa misma sociedad cuando entra en el ahorro público o cuando, por el contrario, cumple ciertas actividades, que por su naturaleza, dan lugar al nacimiento de un poder de policía por el Estado en protección de intereses que exceden a la propia sociedad, bancos, seguros, capitalización y ahorro, mismo fenómeno aeronáutico, porque fíjense que una de las pautas digamos, es la libre transmisibilidad de las acciones y que para ser director o administrador no hacía falta ninguna calidad especial, paulatinamente eso ha ido modificándose, no en la ley de sociedades, sino para otro tipo de sociedades, por ejemplo, la transmisión de las acciones ya no es libre porque están con el régimen de nominatividad y no endosables, o sea que ya hay una mayor individualización de los socios, por otro lado, nos encontramos con situaciones como que para ser titular de las acciones hay que reunir ciertos requisitos, caso de bancos, caso de las viejas AFJP, caso de las compañías de seguros, lo cual también va generando condiciones para ser director.

Es decir, prácticamente, para ser director de una de esas entidades hay que presentar un curriculum a la autoridad de contralor para que autorice la transmisión de las acciones y eventualmente desempeñar el carácter de director, ya algún atisbo de eso estuvo en la ley o está en la ley, cuando prevé que en sociedades vinculadas o relacionadas el director de una no puede ser síndico de la otra o cuando impuso la calidad de título habilitante, de contador o de abogado, para poder ser síndico, es decir, antes síndico era cualquiera ahora no.

Esto lleva a que yo plantee un problema que algunos lo han dicho, pero yo no lo quiero citar por vía de lo que dijo un autor o dos autores o tres autores, sino por vía de la jurisprudencia o lo que ha dicho la Corte Suprema, cómo debemos interpretar la ley, la ley la debemos interpretar en su literalidad, en la aplicación o en la interpretación que ha tenido en casos puntuales o la tenemos que interpretar en función de otros valores que exceden los casos puntuales, es decir,

cuando yo voy a interpretar ciertas normas de la ley, hay algunas que no son susceptibles de demasiada articulación, yo leo el artículo, veo lo que el artículo dice, interpreto lo que el artículo quiso decir pero también estoy pensando en qué debería decir el artículo, es un problema digamos de lógica interpretativa.

Si la Corte Suprema ha dicho que la Constitución nuestra, que es una Constitución rígida debe ser interpretada en forma dinámica, cómo no vamos a interpretar en forma dinámica la ley de sociedades, que es una ley un ordenamiento obviamente de segundo grado, si ustedes me permiten yo voy a leer dos fallos, la Corte Suprema con respecto a la Constitución dijo que la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados con anterioridad a cuya realidad no pueden oponérsele en plano de abstracción el concepto medio de un período de tiempo en que la sociedad actuaba de manera distinta.

En otro fallo, dijo que la función judicial no puede apartarse de las transformaciones históricas y sociales, la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país o descubre nuevos aspectos no contemplados antes sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de manera distinta, es decir, está insistiendo en, cómo lo podemos decir, está insistiendo permanentemente en la necesidad de que eso se haga con la Constitución, si eso se hace con la Constitución cómo no lo vamos a hacer con la ley de sociedades, sobre todo cuando nos encontramos con otro problema, que la ley de sociedades no puede ser interpretada como un orden jurídico aislado del resto del ordenamiento jurídico, el ordenamiento jurídico es sólo y uno sólo y los principios básicos del ordenamiento jurídico, que incluso en nuestro régimen están básicamente en el Código Civil, tienen que ser pautas para interpretar los alcances y las consecuencias de cierta ley, qué ocurre con la globalización, la globalización nos trajo el problema de la moda de los códigos del buen gobierno corporativo, donde también hay una confusión terminológica porque también se los llama códigos de ética y no son código de ética, son código de comportamiento en la sociedad, en la administración de la sociedad, los códigos de ética serían aquellos códigos que se refieren a hechos externos a la sociedad y cuyo cuidado se le encarga la ley, o sea, procura que la ley cumpla, por ejemplo, en el problema de la transnacionalidad, el problema ético dónde se plantea, se plantea en si las utilidades de la sociedad madre se vinculan con ciertas actividades en otros países donde la tutela de los derechos personales o de los derechos laborales está disminuida o es primaria, entonces la utilidad que se logró ahí no se hubiese logrado en el país de origen porque hay limitaciones a ciertos avances sobre la actividad de los trabajadores, tan es ello así, que tradicionalmente se habla de qué, de la fuerza de los usos y costumbres y de ahí traer la globalización, sin embargo, el propio país donde nace básicamente la globalización, cuando se produjeron ciertos escándalos financieros de trascendencia mundial casi, como fue el siempre citado caso Enron, para corregir o enmendar fue necesario que el parlamento estadounidense dictara una ley *ad hoc* no fue ya la fuerza vinculante. La globalización no puede producir, como algunos pareciera que se inclinan, hacia una desestatización del derecho o una desjuridización de los institutos.

Fijense ustedes, por ejemplo, que acá también apareció el director independiente como la panacea universal, independiente de qué y de quién, ese es el problema, porque tradicionalmente en los países de sistema económico como el nuestro o el italiano o el español, los órganos de administración son elegidos por la mayoría, entonces, el problema donde está, está cuando se habla de independencia hay que precisar que queremos decir, donde estamos, porque es más independiente puede ser un director que tenga condiciones morales éticas para plantarse en un no, aunque no tenga la calidad de director independiente, en el sentido formal, sino que fue elegido en el sistema normal y un director independiente, incluso hoy se habla de si es o puede haber una profesión de director independiente, eso genera otra crítica, si vamos a crear una profesión de director independiente de qué independencia estamos hablando, o sea que hay que tomar, es decir, yo siempre sostengo lo siguiente, evidentemente en el mundo actual no se puede ignorar lo que pasa en los regímenes, digamos, anglosajones o del "Common Law" pero el error está en que nosotros en la Argentina llegamos después de que eso haya tenido impacto, sobre todo en los regímenes europeos parecidos al nuestro, entonces, la mirada, guisa, convendría ponerla en lo que han hecho los españoles, los franceses, los italianos, o incluso los alemanes, en la recepción de estos principios y en adecuación a regímenes legales societarios como el nuestro.

Observen ustedes, por ejemplo, que en el campo de las inversiones siempre la pauta de interpretación era el inversor razonable, qué es el inversor razonable, el inversor razonable es el señor que invierte para obtener un cierto beneficio y se tiene que procurar que tenga el beneficio con cierta racionalidad pero ahora apareció otra cosa, apareció el inversor ético, es decir, el inversor que no solamente busca el beneficio de la inversión sino cómo se produce el beneficio de la inversión, esto prácticamente se produce en los que cuestionan las fabricas de armas, las fabricas de ciertos productos químicos, la instalación en países desprotegidos social y culturalmente, al punto tal, que ya hay un organismo internacional privado con respecto al inversor ético y en Inglaterra se ha planteado ya el problema, y ha tenido una repercusión en EEUU, donde hay algunos artículos, algunos trabajos ya, que están hablando que por la aparición del fenómeno de la inversión hay que revisar los códigos del buen gobierno corporativo, porque ya no se trata que administre bien sino cómo administra y para qué, o sea nos encontramos frente a un problema de un régimen societario, que primero, hay que tener en cuenta cómo y cuándo hecho, en segundo lugar, que la interpretación no puede ser cerrada en el sentido de no salir de la ley misma sino que esté en conexión con la plenitud del ordenamiento jurídico y obviamente también con la teoría general del derecho, en tercer lugar, que hay que, mientras no se sustituya el régimen actual, hay que buscar interpretaciones que sean dinámicas de la ley, no interpretaciones que partan, digamos, de encerrarse en una situación ya trabajada sino ver, haber cómo hacemos para que nuestra ley, que en su momento fue y es todavía una buena ley, no lo digo yo, lo dicen todos, por eso me cuestionan porque yo digo que hay que reformarla, sirve todavía para la protección de los intereses convergentes, muchas gracias.