

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***ENSAYO SOBRE DOS CUESTIONES CONCEPTUALES FRENTE A LA REFORMA  
DE LA LEY 19550 (\*) (33)***

**DANIEL ROQUE VÍTOLO**

Muchas son las expectativas que despierta una próxima reforma a la ley 19550 de sociedades comerciales. Esto resulta natural, ya que todos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

aquellos que están vinculados, de una manera u otra, al régimen societario - como disciplina inmersa dentro del derecho comercial - hacen llegar su sugerencia ante la posibilidad de modificar el texto de La ley, auspiciando la incorporación de nuevos institutos, la supresión de otros existentes, o, simplemente, remozamiento de alguno de sus aspectos.

Sin duda, uno de los puntos más polémicos que deberá encarar la reforma es el análisis profundo y minucioso del régimen de la sociedad anónima, el tipo social de mayor gravitación en nuestro medio tanto por su trascendencia económica como por la complejidad de su estructura.

Con carácter previo a cualquier consideración debemos formular algunas observaciones que se erigen sobre la base de un merecido reconocimiento a los redactores de la ley, que nos proveyeron de un instrumento legal moderno, dinámico y eficiente, sin caer en el error de calificar a su obra como "perfecta", ya que previeron, desde el momento de su sanción, la posibilidad de una próxima reforma para realizar los ajustes necesarios a toda obra, a la luz de la experiencia recogida en su efectiva aplicación.

Hoy, a diez años de su vigencia, muchos serían los temas a analizar dentro del complejo andamiaje que la ley presenta, pero razones de espacio y oportunidad hacen que sólo hagamos referencia a dos puntos sustanciales que marcan aspectos trascendentes de la reforma a encarar. Ellos son los relativos a la relación antitética existente entre el socio y la sociedad y a la división de la sociedad anónima en dos subtipos perfectamente diferenciados.

**a) La relación socio - sociedad**

La ley de sociedades comerciales se encuentra estructurada sobre la base de determinados principios que le sirven de sustento y que se erigen en normas rectoras de interpretación de la voluntad del legislador.

Entre ellos, y referido al punto de análisis, mencionaremos el que superpone el interés social al interés del socio.

El reconocimiento de la sociedad comercial como un sujeto de derecho, con los atributos, derechos y obligaciones que ello implica - a pesar de la limitación ab initio de su personalidad de carácter legal -, abre un nuevo panorama que evita cualquier tipo de identificación de ésta con la persona de los socios. Así, este contrato plurilateral de organización caracterizado por prestaciones yuxtapuestas, pero que encierra intereses contrapuestos - como es la participación -, al permitir el nacimiento de un nuevo sujeto incorpora un nuevo interés, el de sujeto creado; y este interés puede coincidir o no con el interés particular de socio, señalando la experiencia que - generalmente - no coinciden; una muestra de ello son los permanentes conflictos en el seno de la sociedad.

Nadie podrá negar que, a menudo, socio y sociedad se oponen; esto no significa que se excluyan, y sería absurdo establecer como norma general que se sacrifique el uno a la otra.

Del mismo modo, resulta un error considerar al socio en sí y a la sociedad en sí y exigir que se escoja entre uno y otra.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

La verdadera relación entre el socio y la sociedad es de carácter dialéctico; puede existir entre ellos - según las circunstancias - tanto la colaboración como la hostilidad, a pesar de las obligaciones que pesan sobre aquél. Lo que debe excluirse es la posibilidad de que sostengan, de manera continuada, relaciones puramente amigables o relaciones definitivamente hostiles.

Existen situaciones donde el interés del socio tiene la primacía y otras donde el interés de la sociedad está, y debe estar, en primer plano.

Pero ocurre que la asociación, en sentido lato, en este caso, es voluntaria y no se le impone al individuo una realidad determinada - salvo situaciones específicas que constituyen excepciones a la regla general -, sino que, en la esfera de su voluntad, se encuentra el ámbito de la decisión de constituir con otros sociedad, o incorporarse a alguna ya constituida.

Esto lleva a una variante sustancial dentro del esquema, pues el individuo que quiere adquirir el carácter de socio aspira a ser titular de un conjunto de derechos y obligaciones por propia voluntad, en el ejercicio de un derecho legítimo, pero consciente de que sólo será titular de acciones de otro sujeto de derecho distinto de él.

Claro está que esto no implica que deba resignarse a aceptar todo aquello que surja de la voluntad social, sino solamente lo que no resulte violatorio de la ley y el estatuto y que no constituya una alteración sustancial a las bases esenciales de la contratación, aunque esta alteración pretenda fundamentarse en el interés de la sociedad, pues, en este caso, se modificarían los presupuestos sobre los cuales declaró su voluntad, transformándose el carácter voluntario en determinismo, es decir, una realidad dada por la cual su interés recobra supremacía frente al de la sociedad.

Podría sostenerse, parafraseando a Kant, que indefectiblemente nos encontramos frente a la "insociable socialidad" de los hombres; es decir, "su inclinación a entrar en sociedad; inclinación acompañada por una repulsa general a hacerlo, que amenaza constantemente con disgregar aquella sociedad, pues encuentra, al mismo tiempo, dentro de sí, el carácter de insociabilidad que le empuja a querer dirigirlo todo en su sentido" (1)(34) .

Esta última reflexión resulta válida tanto al referirnos a las mayorías como a las minorías existentes en el seno del órgano de gobierno. Cada una de las fracciones del capital buscará que surja de la voluntad social una declaración en el sentido por ellas propuesto. Tratar de invalidar este principio sería desconocer la realidad.

De allí que, en la futura reforma, consideramos debe analizarse con mesura este tema, colocando un punto de equilibrio donde converjan el interés de la sociedad y el interés del socio, rescatando aquellos supuestos donde debe privar la sociedad, pero respetando con posibilidades reales de efectivización el retiro del socio en aquellos casos donde su interés legítimo, y preeminente se vea lesionado; o brindándole a éste los mecanismos de defensa necesarios.

Así, convendría reestructurar la parte atinente a conflictos societarios, el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

punto que quizás más inconvenientes ha presentado en la efectiva aplicación de la ley.

Las medidas en salvaguardia del interés de la sociedad deben ser susceptibles de instrumentarse sólo en este sentido y no como medio de presión frente a las mayorías; del mismo modo, el instituto del receso debe permitir al socio, de una manera eficiente, el reembolso del valor real de sus acciones conforme al patrimonio actualizado de la sociedad, y no a meras cifras de balance - hoy aún históricas - que le llevan a malvenderlas al precio que fije el comprador interesado.

Sabemos, sin duda, que jamás podrá eliminarse la relación dialéctica antitética entre la sociedad y el socio. Actualmente, no existe la posibilidad de evitar conflictos que, necesariamente, tendrán lugar en el seno de la sociedad, ya que para esto sería necesario que uno de los términos absorbiera totalmente al otro, desapareciendo uno de ellos.

Solamente queremos acercar una reflexión sobre lo complejo del problema y la necesidad de mantener una adecuada tensión entre ambos términos, sociedad y socio, sin olvidar que, indefectiblemente, en algunas circunstancias uno de ellos deberá tener primacía sobre el otro.

Esto también ocurre en situaciones frecuentes de constitución de reservas, el traspaso de utilidades al nuevo ejercicio, y el derecho al dividendo del accionista, que no constituyen casos extremos que justifiquen el retiro, pero implican en sí mismos un conflicto.

Otro tanto podría sostenerse en un supuesto no contemplado por nuestra legislación, pero vigente en otras extranjeras, de abuso de las mayorías, donde decisiones que para la sociedad resultan indiferentes, pero que benefician - evidentemente - a grupos mayoritarios, constituyen un verdadero calvario para el accionista minoritario quien soporta estoicamente todas sus consecuencias, generalmente, en su perjuicio.

Finalmente, no podríamos dejar de referirnos a determinados criterios de interpretación impuestos por la ley que han llevado - en la práctica - a la materialización de injusticias manifiestas, en virtud del tal mentado carácter "restrictivo" en la interpretación de algunas de sus normas.

Debe tenderse a que los ciudadanos confíen en sus jueces, y la única manera de fortalecer tal concepto es otorgarles a éstos la libertad interpretativa que surge del mero análisis de la ley en su conjunto, la doctrina, y la jurisprudencia elaborada por los tribunales. En otra oportunidad, al referirnos, en un artículo escrito en colaboración, al régimen de intervención judicial, señalamos que existe un error en la ley, al predeterminar el régimen de interpretación por parte de los magistrados de algunas de sus normas.

Debe otorgarse, en este caso, la mayor libertad, para que la decisión del juez no se encuentre limitada dentro de parámetros fijados previamente por el legislador, sino que el pronunciamiento surja del análisis real de las situaciones concretas, a la luz de las normas vigentes y permitiendo que sea la equidad la que reine en todos los campos de los litigios sujetos a su competencia.

De allí que objetemos un principio general de hacer privar el interés de la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

sociedad por sobre el del socio, y de que se imponga el carácter restrictivo como norma general de interpretación de conflictos.

Se preguntará el lector cuál es la razón de formular estas observaciones, ya que lo expuesto puede resultar obvio.

El verdadero sentido de estos apuntes se encuentra en la necesidad, para el legislador, de realizar su obra tomando en cuenta la realidad del medio en el que las instituciones han de desenvolverse. Toda construcción ideal, por perfecta que sea, no podrá materializarse efectivamente si se ignora, o no se considera, el real comportamiento de los hombres. Así, si no se comprende que, a pesar de que pueda considerarse disvalioso, la relación existente entre el socio y la sociedad es permanentemente variable, oscilando el interés de un polo al otro según la experiencia fenomenológica lo indica, los mecanismos previstos en la ley no podrán resultar eficientes para la regulación del régimen societario.

**b) Dos subtipos de sociedad anónima**

En la sección V del capítulo II, arts. 163 y siguientes, la ley de sociedades acogió, sin sistematizarla, la distinción entre sociedades anónimas abiertas y cerradas. Tal como lo ha señalado Halperín, el criterio genérico de distinción radica en si están o no comprendidas en el art. 299, sobre fiscalización permanente, salvo supuestos específicamente determinados en los cuales la ley se refiere limitativamente a determinado criterio, como es el caso de los artículos 168, 216, 2º parte; 217, 3º parte, etcétera.

Quizás el primer punto conflictivo, en este supuesto, sea la terminología utilizada para calificar a las sociedades anónimas como "abiertas" o "cerradas". En realidad, se trata de una comodidad verbal ya que, en puridad de verdad, no existe la sociedad anónima abierta en nuestra legislación o, con mayor precisión, todas las sociedades anónimas son - estrictamente - cerradas.

Esta afirmación - seguramente atrevida - encuentra su fundamento en el hecho que la distinción practicada por el legislador se funda meramente en el régimen de fiscalización permanente y no en la estructura interna de la sociedad, de donde debería surgir su "carácter". La calificación de una institución como "abierta" o "cerrada" es un aspecto vinculado - como expresamos - al carácter o, más precisamente, a su naturaleza; de allí surgirán las diferencias fundamentales entre los subtipos, y no por el hecho de estar sujetas a una fiscalización externa permanente ni por la exigencia del cumplimiento de rigurosos requisitos formales.

Si analizamos la enumeración practicada en el art. 299 de la ley 19550, podremos deducir que la calificación "abiertas" ha sido otorgada a diversos casos sin denominador común que no sea la fiscalización impuesta.

Así encontramos los casos de oferta pública de acciones o debentures, un monto determinado del capital social, la participación del Estado, intermediación en el dinero, explotación de concesiones de servicios públicos, y el carácter de controlada o controlante de otra sociedad sujeta a fiscalización permanente; todos supuestos diversos sin rasgos comunes de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

carácter estructural.

Cualquiera de los supuestos mencionados constituyen, en esencia, estructuras formalmente cerradas, ya que la sociedad no presenta una fenomenología variable en las constantes de su funcionamiento. Podría sostenerse que, excepcionalmente, en los casos de oferta pública o autorización para cotizar en bolsa se da un típico ejemplo de sociedad abierta; pero tal afirmación resulta, en esencia, inexacta.

En efecto, la oferta pública de acciones, o la autorización para cotizar en Bolsa, no es otra cosa que una posibilidad para que la sociedad se nutra de capital o el accionista pueda transferir sus acciones en un mercado donde el precio sea fijado en virtud del libre juego de la oferta y la demanda, pero de ninguna manera esto hace presuponer un sistema abierto de funcionamiento, donde los pilares de la estructura societaria varíen en función de una elasticidad supuesta por la apertura.

De este modo, tanto en los supuestos de constitución sucesiva, como de aumento de capital por suscripción pública, lo que se presenta es una mera oferta a celebrar un contrato de suscripción de acciones; una oferta que se realiza a personas indeterminadas solamente durante el tiempo en que el contrato se prepara, pues cuando el contrato se concluye ya nos encontramos frente a una persona determinada.

Entonces no existiría técnicamente una sociedad "abierta" sino - meramente - una sociedad que, en situaciones especiales, ofrece suscribir acciones al público, sin que por ello escape al funcionamiento legal del capital, decisiones asamblearias necesarias para ello, y estructura rígida de desenvolvimiento, exigencias todas ellas idénticas a las de las sociedades denominadas "cerradas".

Tampoco la posibilidad existente para el accionista de transferir sus acciones en el mercado constituye un elemento de "apertura societaria" sino una manera de facilitar el régimen de circulación de títulos que, por su naturaleza, se encuentran destinados a circular, a tal punto que cualquier cláusula estatutaria que lo impida es de ningún valor. Aun cuando la ley prevé la posibilidad de limitación de la transmisibilidad de las acciones nominativas, ello no puede importar, de manera alguna, la prohibición de su transferencia. La diferencia real existente en el régimen legal de ambos subtipos estriba en que en las sociedades "abiertas" el accionista podrá concurrir a un mercado donde públicamente se conciertan operaciones, mientras que el de la sociedad "cerrada" tendrá que encontrar un individuo interesado en comprarle las acciones de que es titular, tarea dificultosa y de incierto éxito.

Pero lo sustancial, aquí, es que la persona del socio en este tipo social se desdibuja - por ser una sociedad de capital y no de personas - y en nada cambia a la sociedad que el titular de las acciones sea una u otra persona.

Planteado el conflicto, ha llegado el momento de ofrecer la alternativa.

Resulta obvio que no pueden equipararse las sociedades anónimas titulares de pequeñas y medianas empresas con aquellas que explotan una gran empresa industrial y el esquema previsto por la ley para las sociedades anónimas se vincula, más directamente, con las últimas. De allí

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que se reclame. con frecuencia. una clara diferenciación del tipo social en dos subtipos.

En los casos en que algún interés público se encuentre comprometido, es justificable, y hasta aconsejable, mantener el complejo régimen de la S.A. y la fiscalización estatal permanente. Como ejemplo resultarían válidos los supuestos enumerados en el art. 299 de la ley.

Sin embargo, para el caso de la pequeña y mediana empresa no vinculada a aquellos casos, si se quiere mantener para ellas las características esenciales del tipo, se debería facilitar su desenvolvimiento modificando algunos preceptos. Entre algunos que sugerimos se encuentran la eliminación de la sindicatura - sustituyéndola por el control individual del accionista -, el fortalecimiento del derecho de receso - con posibilidades efectivas de ejercicio -, la reducción de la fiscalización estatal en cuanto a presentación de estados contables, y la citación, por medio fehaciente, al último domicilio constituido, en sustitución del régimen de publicación de edictos.

Estas reflexiones no pretenden erigirse en algo definitivo, ni en normas rectoras de la evolución del derecho. Su meta es significativamente modesta y tiende al análisis y la reflexión sobre puntos que - con seguridad - serán considerados por todos aquellos que recojan la inquietud, compartan o no los conceptos vertidos.