

DERECHO SOCIETARIO Y MAGIA NEGRA:

“LA MALDICIÓN DEL DOS NOVENTA Y NUEVE”

Pocos contratos en la Argentina están sujetos al absurdo control que el Estado impone al contrato de sociedad.

El Estado argentino cree que todo lo que sea hecho de papel y se registre, archive o inscriba, mágicamente, otorga o pasa a gozar de una condición de pureza y legitimidad a toda prueba.

Por eso crea registros y más registros¹. Como por un sortilegio, todo lo que en ellos se logre archivar otorga al depositante, a partir de ese momento, dispensas, habilitaciones o beneficios temporarios o un estatus digno de actuar en el mundo de los negocios.

A su vez, el Estado argentino está convencido de que por medio de la incorporación de papeles a alguno de los miles de registros públicos que ha creado logra el cumplimiento de la ley, evita el fraude y asegura la honestidad y la transparencia.

Lograr inscribirse en un registro estatal es algo así como alcanzar el Nirvana jurídico, donde “no hay más penas ni olvidos”.

¹ Los hay de las personas, de automotores, de sustancias alimenticias, de femicidios, de menores extraviados, de trabajadores de la economía popular, de electores, de casos de tortura, de la agricultura familiar, de buques, de la primera infancia, etc.

Hasta que toque renovar la inscripción.

Pero así como muchas inscripciones se obtienen mediante algo así como echar una carta en un buzón, en otros casos el Estado revisa minuciosamente la intención y los propósitos del depositante.

Así ocurre con el contrato de sociedad. Mientras miles de habitantes de a pie se encuentran desprotegidos cuando de comprar un inmueble se trata (quizás la operación patrimonial más importante de sus vidas), cuando los empresarios –por definición, hombres de negocios– quieren constituir una sociedad, el Estado agudiza su afán inquisitivo y antes de otorgar la ansiada inscripción exige pasar por las horcas caudinas de “los organismos de control societario”².

Algunos de esos organismos de control (como el que actúa en la Ciudad de Buenos Aires) llevan nombres magníficos: “Inspección General de Justicia”. Parecería que allí

² En otras palabras, someterse a duras condiciones y requisitos, como las exigencias casi imposibles que los samnitas impusieron a los romanos para aceptar su rendición en la batalla de las Horcas Caudinas en el 321 aC.

operan los únicos funcionarios que asegurarán a la ciudadanía que los aventurados hombres de negocios cumplirán con esa virtud cardinal o que las mayores violaciones a ella se producirán al celebrarse un contrato de sociedad. No hay “inspecciones de injusticia” para establecer si los hospitales atienden bien a los pobres o si los presos son tratados dignamente.

Las sociedades anónimas se ven obligadas a presentar evidencia de muchas de sus decisiones internas a la Inspección General de Justicia, para que, una vez expurgadas de los espantosos vicios que los hombres de negocios suelen reflejar en sus textos, aquéllas sean inscriptas ante el Registro Público de Comercio.

Pero antes, quienes las presentan deben responder una pregunta contundente del funcionario receptor de los documentos, certificaciones y dictámenes: ¿es la sociedad en cuestión una de las comprendidas en el art. 299 de la Ley General de Sociedades?

Porque si las cosas son complicadas para las sociedades “del montón”, para “las del dos noventa y nueve” lo son mucho más. Como si fueran peligrosas.

Para contestar esa pregunta, debemos atender a distintos aspectos de la sociedad en cuestión: su capital, quiénes son sus socios, cuál es su objeto y su ámbito de actuación, cómo es su estructura societaria y cuál es o será su trascendencia pública, entre otros.

El mencionado artículo 299 impone a ciertas sociedades mercantiles lo que la ley llama “fiscalización estatal permanente”, que supuestamente (y gracias al eficiente control estatal) asegurará todas aquellas virtudes y beneficios ya mencionados.

Al efecto, el artículo 299 establece que las sociedades anónimas, además del control de

constitución (al que todas están sujetas), quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos:

(1) si hacen oferta pública de sus acciones o debentures –es decir, si sus títulos son ofrecidos al público o en los mercados de valores–;

(2) si tienen un capital superior a los 50 millones de pesos (aproximadamente unos doscientos cincuenta mil dólares), puesto que en esos casos, cuando “la sociedad alcanza una determinada dimensión con motivo de su capital, [ejerce] influencia socio-económica y [genera] importantes fuentes de trabajo, corresponde que el estado no se desentienda de las mismas, justamente por su actuación en el mercado”. Vaya uno a saber a qué nivel de peligrosidad puede llegar una sociedad anónima cuando influye en la economía. Por suerte, al obligarlas a presentar sus actas, todas esas actividades nefandas se verán conjuradas;

(3) si son de economía mixta o están integradas por el estado por una parte y capitales privados por la otra, o bien comprendidas en el régimen de participaciones estatales mayoritarias, pues si los comerciantes privados son peligrosos, lo son más aun cuando se asocian con el Estado;

(4) si realizan operaciones de capitalización, ahorro o requieren dinero o valores del público. Esta inclusión se funda en que, como la sociedad anónima requerirá fondos del público con la promesa de prestaciones o beneficios futuros, “corresponde que el estado no sea indiferente a las mismas”. Actualmente las leyes lo imponen para bancos, empresas de seguros, ahorro para la vivienda, etc.

(5) si explotan concesiones o servicios públicos, en las que la fiscalización permanente

se debe a su vinculación con lo público y no a su envergadura económica;

(6) si controlan o son controladas por otra ya sujeta a fiscalización (por estar incluida en alguno de los casos anteriores), “con el objeto de evitar que la fiscalización sea eludida mediante técnicas jurídicas por medio de actuaciones indirectas, cuando la sociedad controlante o controlada se encuentre sujeta a [ella]”.

(7) Sean sociedades anónimas unipersonales, “con el objeto de reforzar los controles, justamente por estar compuestas por un solo accionista”. Como sabemos, este tipo societario creado durante el gobierno anterior no goza de las simpatías del actual, que lo considera una encarnación de Belcebú sobre la Tierra.

Por fortuna, la enumeración del art. 299 debe entenderse taxativa.

¿En qué consiste ese “régimen de fiscalización permanente”? En que el Estado deba conformar las actas y documentos de las sociedades “del dos noventa y nueve” desde su constitución, durante su funcionamiento y hasta su disolución y liquidación, *comprendiendo todos los actos de la vida societaria*.

Para ello, “el órgano de contralor está facultado a requerir la información y documentación que estime necesaria, realizando investigaciones e inspecciones, examinando estatutos, libros y documentos de la sociedad, pedir informes a autoridades y terceros, recibir y efectuar denuncias, etc.”.

El control estatal permanente se complementa con otras normas: por si fuera poco, el art. 237 ordena la publicación de las convocatorias a asambleas en uno de los diarios de mayor circulación.

Por su parte, el art. 255 establece que estas sociedades “del dos noventa y nueve”

(excepto las unipersonales) deberán contar con un directorio compuesto con por lo menos tres directores.

Y el art. 284 dispone que “las del dos noventa y nueve” (excepto que caigan bajo su “protección” por el monto de su capital o por ser unipersonales o cuando se trate de pequeñas y medianas empresas que encuadren en el “régimen especial Pyme” reglamentado por la Comisión Nacional de Valores) deben tener sindicatura colegiada en número impar. ¡Notable el sesgo contra las grandes empresas que destila de esta norma!

Es importante tener en cuenta que el art. 305 dispone que los directores y síndicos serán *ilimitada y solidariamente responsables* (¿por qué daños?) si tuvieran conocimiento de alguna de las circunstancias previstas en el art. 299 y no lo informaran a la autoridad de contralor.

Y si hubieren eludido o intentado eludir la “fiscalización permanente” (hartos seguramente de aportar papeles al buzón insaciable del Estado), “los responsables serán pasibles de sanciones”, como apercibimientos y multas a la sociedad, sus directores y síndicos.

En un caso reciente³, una sociedad anónima, con el objeto de regularizar su situación registral ante la Dirección de Inspección de Personas Jurídicas de Córdoba (IPJ), pidió a ese organismo “que se la desafecte del encuadre de sociedad comprendida dentro del tipo previsto por el art. 299 inc. 6 de la Ley General de Sociedades”.

El pedido se originó en que la IPJ consideraba que esa sociedad era controlada por otras sociedades sujetas a fiscalización estatal

³ In re “Guide SA”, CApel CyC (Cba), auto interno-cutorio 22, 22 febrero 2022 (apelación Resol. 002T/2021, Inspección de Personas Jurídicas de Córdoba)

(pues cada una de ellas contaba con el 50% de las acciones con derecho a voto.

El pedido fue rechazado por la IPJ. No conocemos los detalles de lo resuelto y sus fundamentos. Sí sabemos que la sociedad –que entendió que no debía estar sujeta a la fiscalización estatal ni que hubiera afectado derechos de terceros– apeló.

Si bien nos vemos tentados a analizar aquí el caso en detalle, haremos en cambio una breve referencia a lo manifestado por cada una de las partes y ciertos interrogantes que surgen del asunto.

La sociedad fundó su recurso principalmente en que ninguno de sus dos socios detentaba más del 50% del capital, por lo cual *no existía un socio controlante*.

La sociedad alegó que era un “imposible lógico” la coexistencia de dos socios con la misma cantidad de acciones y que ambos fueran controlantes, *pues el control de uno excluía el control del otro*”.

Tampoco surgía de las actas “evidencia de influencia controlante de uno de los dos socios sobre la sociedad que le quite el control al socio restante”.

Además, la sociedad agregó que, si prevalecía el criterio de la IPJ, “nunca podría regularizar su situación ante esa repartición, ya que nunca contó con sindicatura colegiada”, puesto que la decisión de regularizarse “se tomó *ex post facto*”.

Si la IPJ entendía que la sociedad debía ser fiscalizada dada la naturaleza de sus socios, podía hacerlo por aplicación del art. 301 inc. 2⁴, lo que no ocasionaría el “inconveniente

de tener que contar con sindicatura colegiada *para el pasado*”.

No nos queda del todo claro qué medida impuso la IPJ a la sociedad, (ya que no tuvimos acceso a su resolución), pero al parecer el organismo le ordenó que designara una sindicatura colegiada *para considerar ejercicios ya cerrados*, lo que obligaría a los nuevos síndicos a revisar y aprobar ejercicios contables en los que no actuaron.

La Cámara en primer lugar consideró la cuestión *temporal* del pedido de la sociedad, entendiéndolo que era “extemporáneo”.

En la misma línea, consideró que la desafectación del régimen del “dos noventa y nueve” sólo podría ser considerada respecto a circunstancias sobrevinientes y a futuro, *pero no retroactivamente*. Además, dijo que el “pedido de reversión de una calificación inadecuada” debía ser rechazado cuando esa calificación “había sido consentida o no cuestionada por la sociedad”.

Curiosamente, la Cámara no contó con otras actuaciones para afirmar cuál fue efectivamente la conducta adoptada por la sociedad apelante ante dicha calificación.

La Cámara determinó qué debía entenderse por *sociedad controlada* y cuándo ocurría una *situación de control*. Así, basándose en una interpretación amplia, llegó a la conclusión de que no se requiere que la influencia dominante se ponga en acto sino que “basta que exista *potencia* para que hablemos técnicamente de control”.

Reconoció, sin embargo que “en ciertos casos, las consecuencias jurídicas que se derivan [del control] –en especial las derivadas de su abuso– solo se producen bajo la condición de que la influencia dominante o la des-

4 El art. 301 inc. 2 establece que la autoridad de contralor podrá ejercer funciones de vigilancia en las sociedades anónimas no incluidas en el artículo 299, si

lo considera necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.

viación del interés social se encuentre efectivamente acreditada”.

Asimismo, la Cámara reconoció que “es cierto que en el particular escenario en el que se encuentran las sociedades socias, ninguna de las dos puede *–por sí sola–* determinar la voluntad de la sociedad en la que participan. [...] Sin embargo, dos observaciones se imponen en el caso que nos ocupa: (a) la voluntad social de la recurrente solo puede formarse mediante la concertación de sus dos socios, *ambos sometidos a fiscalización estatal*; por lo tanto, en el sentido literal de la norma, la voluntad social sigue estando en manos de una sociedad alcanzada por el régimen de fiscalización, *porque ambas lo están*; (b) cualquiera de sus integrantes *–resulta irrelevante cuál–* tiene el poder de vetar la decisión que la otra pretenda, con lo cual en determinadas circunstancias donde *–por razones ajenas al estricto porcentaje de participación social–* alguna de ellas logre alguna preponderancia sobre la otra, aquella aptitud para prevalecer en las decisiones sociales puede hacerse actual.

La Cámara también agregó que “vale poner de manifiesto [que] *la ausencia a la asamblea de alguna de las sociedades socias permite a la otra conformar la voluntad social*, ahora sí por su solo designio; con lo cual aquella factibilidad que era requerida para ejercer el control no aparece como una eventualidad remota, sino que *–por el contrario–* constituye una posibilidad real que justifica la fiscalización del Estado”.

Si bien en el análisis de la cuestión hay mucha tela para cortar, no coincidimos con el criterio de la Cámara: para nosotros, la “voluntad social” a la que se hace referencia en la Ley General de Sociedades es la que surge de la cantidad de votos necesaria para prevalecer en la asamblea ordinaria en primera convocatoria, es decir la mayoría de los votos, mayoría a la que no alcanzaba ninguno de los socios.

De lo contrario, podría entenderse que cualquier socio podría ejercer el control de una sociedad, puesto que para constituir una asamblea ordinaria en segunda convocatoria, según la ley, no se exige la presencia de un mínimo de acciones. Por lo tanto, *cualquier accionista tiene la “potencia”* *–como dijo la propia Cámara– para controlar esa asamblea y, por ende, a la sociedad.*

También entendemos que no corresponde exigir que se designe una sindicatura colegiada que deba aprobar y ratificar ejercicios ya cerrados, en los cuales no tuvo ninguna participación como tal. En todo caso, el requerimiento debería ser a futuro, es decir, de acuerdo con el mismo criterio temporal que la Cámara exigió que se aplicara con respecto a la posible desafectación del régimen de fiscalización estatal permanente con el que la ley y las autoridades de contralor pretenden, a través de la revisión de actas y estatutos, alcanzar la perfecta justicia.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri y Victoria Díaz Colodrero. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**