



## LA REFORMA DEL DERECHO SOCIETARIO EN ITALIA. EL PROYECTO "MIRONE" (\*)

Por R. Marcelo Castrogiovanni

(\*) El diseño de ley delegado elaborado por la comisión a cargo del Dr. Antonio Mirone fue aprobado el 26 de mayo de 2000.

En el contexto actual de reformas de la Ley Italiana, el proyecto "Mirone" viene a continuar en forma sistemática la reciente reforma sobre intermediación financiera y de sociedades cotizantes (el llamado "Decreto Draghi")

A ese efecto, el debate se construye en torno a dos pilares fundamentales que el proyecto contempla como bases, ellos son los conceptos de "legalidad" y "empresa", lo que implica pretender una adecuación de la legislación de acuerdo a la empresa a la que dé marco.

Puntualmente se pretende eliminar las asimetrías que hoy existen entre las sociedades "cuotadas" y "no cuotadas", so pena de que se ponga en riesgo el ingreso de nuevas sociedades a la bolsa. Ello sucede en un momento en que Italia está buscando una mayor liberalización del mercado de capitales y una mayor competitividad de sus empresas en el contexto internacional, especialmente en el escenario europeo.

El sistema económico italiano está caracterizado por un predominio de empresas Pyme y al mismo tiempo la regulación societaria incluye tipos abstractos en los cuales no hay cabida para una adecuada correspondencia entre la empresa que se pretende llevar adelante y el marco jurídico que se elige.

El hecho de pretender homogeneizar el régimen de las sociedades cotizantes y las no cotizantes no implica desconocer entre abiertas (que son las que se financian a través del mercado de capitales) y cerradas (que son aquellas que recurren al financiamiento interno de los socios o al crédito).

Cuando se habla de "legalidad", se alude a que la reforma tiene en vista crear un cuadro normativo común a todas las sociedades pero graduable según la necesidad de cada emprendimiento.



También bajo esta premisa se quiere evitar el doble riesgo del exceso de reglas superfluas y/o excesivamente costosas – cuando no imposibles de observar (con costos de varios tipos, desde económicos y de gestión hasta jurídicos) – y de la ausencia de otras necesarias dejadas al arbitrio de los jueces con resultado demasiado variable, lo que constituye un álea que se traduce en inseguridad jurídica, perjudicando la inversión.

Dentro de este esquema, asume un rol extremadamente importante la adecuación del derecho penal societario y de la empresa como uno de los instrumentos básicos para la efectividad de la reforma y de los objetivos tenidos en vista.

No se trata solamente de enfatizar el rol del derecho penal extendiéndolo al espectro de bienes tutelados en el marco societario de la empresa, sino, más que eso, se trata de confinarlo a su rol de extrema ratio y de rigurosa observancia de los principios que le son propios como parte de un sistema más orgánico.

La necesidad de estos cambios viene impuesta, por otra parte, por la globalización, con especial énfasis en lo atinente al mercado común europeo. La sintonía con la legislación común es una exigencia básica para el funcionamiento de ese esquema. La adopción de una moneda única para el sistema bancario exige una correlación legislativa en otras áreas del derecho económico. A la adopción del euro debe seguirle rápidamente un espacio institucional jurídico homogéneo. De lo contrario, las asimetrías provocan la emigración del capital hacia otros Estados miembros.

Lo dicho hasta el momento mueve a reflexionar si no debemos plantear el debate desde ahora con miras a la estructura jurídica del Mercosur. El ejemplo referido en el párrafo anterior constituye, sin duda, un esbozo del presente de nuestro país. No se debe perder de vista que la reforma encarnada en el proyecto que hoy nos ocupa, busca precisamente mejorar el grado de eficiencia de la legislación interna para convivir – y aún competir – con las restantes de los demás países del mercado común a fin de evitar el riesgo de transferencia al exterior de las sociedades de capital que operen en Italia.

Por otro lado, la adecuación de la legislación con criterios globales es la única forma de combatir con cierto éxito el crimen organizado. De otro modo se efectúa un doble daño ya que frente a las fisuras legislativas por un lado el crimen organizado



se instala en ese país del mercado común logrando, por otro, cierta impunidad para operar globalmente.

Por eso, también, el derecho societario interno debe efectuar la adecuada recepción de las directivas comunitarias.

Predica la reforma que es menester adecuar el derecho societario italiano en todas sus partes a las necesidades y exigencias de la empresa, que, como se ve, son bien diversas a las de 1942. A guisa de ejemplo, aquellas normas que limitaban las acciones de responsabilidad a los supuestos del art. 2409 -cuando no las negaban- no tienen cabida hoy y generan un espacio de inseguridad desastroso para el mercado y sus protagonistas.

Lo que en definitiva se busca con la sintonía que se ensaya es colocar a las sociedades no cotizantes en el mismo camino que las cotizantes emprendieran con la reforma de la intermediación financiera de 1998, camino que corre a través de un espacio económico y financiero de la comunidad de países europeos.

La reforma asegura una nueva tutela del accionista individual, una específica de las relaciones entre mayorías y minorías y además los intereses de los acreedores sociales y de los llamados "aspirantes a accionistas". Bajo estas premisas, en realidad, se está protegiendo al mercado accionario y financiero en sí mismo.

A este proyecto acompañan, bajo estudio en comisiones paralelas, esbozos para la reforma de la normativa concursal como parte de un todo económico inescindible para que, transformados en ley, generen el marco adecuado a los objetivos que se pretenden.

No hay que olvidar que estas tendencias a la internacionalización existen embrionariamente desde el propio nacimiento del derecho mercantil. En virtud de las especiales características de esta rama del derecho y frente al actual desarrollo del capitalismo global no cabe duda que el camino a seguir debe ser el descripto y la experiencia italiana puede ser de suma utilidad. En primer lugar porque nuestros derechos indudablemente reconocen raíces comunes -encontrándose allí en grado de perfeccionamiento, lo que puede contribuir a ahorrarse un desajuste bien intencionado de nuestra propia legislación- y en segundo lugar porque Italia es uno de los países con mayor afinidad en cuanto a los desajustes que muchas veces tildamos de criollos.



Llama la atención la reflexión italiana en torno a la lentitud y por ende ineficiencia de la justicia civil, el fenómeno de desplazamiento de cuestiones a la sede penal como puerta lateral para el logro de objetivos que debieran ser provistos por la jurisdicción específica, constituyendo elecciones obligadas de "ultima ratio" para alcanzar la justicia.

La privatización de las instancias, tales como la resolución alternativa de conflictos o la categorización del rol de entes administrativos como la Consob, por ejemplo, parecieran aliviar el panorama de ineficiencia de la jurisdicción. Sin embargo, estas soluciones no aparecen en la experiencia italiana del todo idóneas para conjugar la exigencia de eficiencia económica y de tutela del ciudadano, algo que sin duda debe llamarnos a la reflexión frente a las olas que postulan la obligatoriedad de esas instancias y que, muchas veces, constituyen una prolongación temporal que perjudica el ejercicio de los derechos y la obtención final del valor justicia..

La propuesta, en cambio, indica que las soluciones pueden explorarse en la creación de una jurisdicción especializada para la resolución de conflictos en materia comercial, societaria y de la empresa, desconcentrando la competencia territorial a favor de los jueces locales (a nivel distrital) y aún la participación simultánea de miembros "no togados" pero con una profesionalidad específica en los temas que sean objeto de análisis. Ello es tan sencillo como antiguo si se atiende a los orígenes y evolución del derecho societario.

Esto combatiría la "panpenalización" de la justicia civil, ya que es un dato de la realidad que en Italia se acude hoy a la justicia penal como forma de suplir la ineficacia de la jurisdicción civil, obligando a aquella a descuidar sus más específicos roles que tienen que ver con una moderna tutela criminal de las cuestiones económicas y empresariales, no limitadas a las actuales. Ello cobra particular relevancia si pensamos en el desarrollo y enquistamiento del crimen organizado (tipo Tangentópolis y Mani pulite) en el panorama actual, del cual nuestro país tampoco quedará excluido si aspiramos a estar en sintonía con el mundo desarrollado. Por eso, la reforma pretende un repensamiento del derecho penal societario y empresarial, contemplando las más específicas variables, como, por ejemplo, la dinámica de los grupos, las sociedades controlantes y controladas, el fraude fiscal, los delitos falimentarios, etc.



Se dice que un buen derecho penal de la economía es tal cuando hace economía del derecho penal. Por eso, la sede penal debe volver a su rol específico y de aplicación real de extrema ratio.

Una restauración del derecho penal necesita que esas lagunas sean cubiertas por una legislación adecuada y que se profundice muy especialmente sobre las modernas versiones de su específica competencia.

En cuanto a los contenidos, el proyecto esboza premisas genéricas que deberán ser debatidas y luego reguladas. Basado en el espíritu que inspira en los cambios, se postula una tutela especial para las minorías, se busca ampliar la autonomía estatutaria pero, a la vez, modelar normas de carácter inderogable que aseguren un correcto desenvolvimiento de las sociedades que se sumen a la convocatoria a participar cotizando en la bolsa.

Como objetivos generales en cuanto a las sociedades de capital se pretende

- Favorecer la creación y desenvolvimiento de las empresas con especial intención en permitirles un adecuado acceso al mercado interno e internacional de capitales.
- Valorizar el carácter empresarial de las sociedades y definir con claridad y precisión la competencia y la responsabilidad de los órganos sociales.
- Simplificar la disciplina de las sociedades, teniendo en cuenta las necesidades de la empresa y del mercado global.
- Ampliar el ámbito de autonomía estatutaria, teniendo en cuenta la exigencia de tutela de los diversos intereses involucrados.
- Adecuar la disciplina de los modelos – tipos – societarios a las exigencias de las empresas, teniendo también en consideración la composición de la sociedad y la modalidad de financiamiento.
- De acuerdo al principio de libertad de iniciativa económica y de la libre elección de la forma organizativa de la empresa, prever dos modelos societarios referidos uno a la sociedad de responsabilidad limitada y otro a la sociedad por acciones, el cual comprenderá también a la en comandita por acciones, a la que serán aplicables, en cuanto sean compatibles, las de las sociedades por acciones.



- Regular formas participativas entre sociedades en diferentes tipos asociativos, teniendo en cuenta las exigencias de tutela de los socios, de los acreedores sociales y de los terceros.
- Regular los grupos de sociedades según principios de transparencia y que contemple los intereses implicados.
- Precisar los presupuestos para la sujeción al procedimiento concursal, individualizando criterios de aplicación, con la necesaria coordinación con las normas sobre sociedades de personas.

Para asegurar estos principios generales, se postula respecto de las sociedades por acciones –y para asegurar su participación bursátil-, entre otros puntos, pautas básicas e inderogables establecidas en los estatutos que:

- Distingan entre el control interno y el control de auditoría externo.
- Permitan las acciones de responsabilidad en cabeza de las minorías.
- Fijen el quorum para las asambleas extraordinarias para tutela de las minorías
- Prevean las denuncias judiciales por parte de la sindicatura en caso de graves irregularidades en la administración

Al mismo tiempo se recomienda una simplificación en los trámites constitutivos y de modificación que permitan la erradicación de vicios generados en estas etapas, por ejemplo regulando tabuladamente los aumentos de capital, elevando los capitales mínimos según la envergadura empresa que se pretenda desarrollar y mejorando la normativa respecto de emisión de acciones –incluyendo la posibilidad de emisiones de acciones sin valor nominal-, respecto del receso y las formas de valuación, respecto de la circulación de los títulos accionarios, respecto de los pactos parasociales, de las asambleas y de los vicios en las deliberaciones.

Acompañan a estos principios generales, específicas previsiones para jerarquizar las SRL, simplificando su constitución e inscripción, valuación de activos, asegurando la correlación entre capital social y desarrollo empresario y, en fin, preparándola para una participación activa también en el mercado de capitales. Esta cuestión debería



ser observada con mucha atención, toda vez que este tipo societario ha venido desnaturalizándose progresivamente en nuestro país como consecuencia de sucesivas disposiciones que han desatendido su verdadera importancia. Sin duda, situaciones tales como el aumento desmedido de institutos que operan en el mercado, tales como las sociedades de hecho, se deben a esta desnaturalización de una figura tan importante como la S.R.L.

Además de la normativa acorde que se propone para las cooperativas y los grupos de sociedades como fenómeno complejo, las previsiones penales societarias colocan el broche de oro para que las reformas propuestas no caigan en meras regulaciones bien intencionadas.

Así, se mejora la previsión respecto de las falsedades en los balances, infidelidad patrimonial, corrupción, manejo intencional de las asambleas y omisiones de llamado a las mismas que pasan a la categoría de delitos.

Sorprendentemente, analizando el proyecto y su entorno, surge con claridad meridiana la afinidad de cuestiones con nuestra realidad jurídica.

Prestar atención al debate instalado a partir del Proyecto Mirone en Italia puede aportar una serie de ideas para solucionar algunas cuestiones que devienen reiterativamente conflictivas en la experiencia de nuestros tribunales y puede permitir que nos encuentre preparados para algunas etapas que aún están por venir, especialmente en cuanto a las cuestiones de globalización y de mercado común referidas a las Pymes y otros emprendimientos de menor envergadura pero de protagonismo considerable en la estructura económica de la Argentina de estos tiempos. ♠