

EL ROL DE LA AUTORIDAD DE FISCALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES LUEGO DE LA REFORMA DE LA LEY 26.994. ACTUALIDAD Y DESAFÍOS

José Augusto Oviedo

1. La ley 26.994, significado de la reforma:

La reforma decidida mediante la ley 26.994 vino a trastocar todo el sistema del derecho privado, no solo porque unificó el derecho civil y comercial, sino, y esto es lo que mayor relevancia tiene, porque implicó la obligación legal de concebir al ordenamiento jurídico como un todo dinámico, que debe ser actualizado por medio de la interpretación de la realidad para dar, en todo momento y lugar, la repuesta más adecuada posible.

Es con este objetivo, el de establecer un derecho dinámico que coadyuve a la resolución del conflicto social, que en el título preliminar, sobre todo en el Capítulo 1º, se establecen los criterios para aplicar e interpretar, no ya solo la ley sino al derecho (que es justamente el Título del capítulo) estableciendo, al decir de Lorenzetti, “*reglas que confieren una significación general a todo el Código*”.¹

Tales reglas imponen que el juez (*vide* art. 3º del Código Civil y Comercial, de aquí en más C.C. y C.) debe resolver los casos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, no ya solo en el articulado del C.C. y C. sino en las leyes aplicables (las leyes complementarias y especiales, como el caso de la ley de Navegación, la ley de Defensa del Consumidor, de Sociedades que continúan vigente) y siempre en un todo conforme con la Constitución Nacional (en adelante CN) y los Tratados de Derechos Humanos (art. 1º) debiendo prestar atención a los usos, prácticas y costumbres cuando la ley o las partes refieran a ellas; procurando arribar a un solución que guarde coherencia con todo el ordenamiento (art. 2) y respete los principios y valores jurídicos, principalmente el de la buena fe (art. 9º), el no abuso de derecho (art. 10º), no

¹ Lorenzetti, Ricardo L. “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” LL 2012-C, p. 581.

abuso de posición dominante (art. 11°), y respeto del orden público evitando el fraude a la ley (art. 12°).

De lo dicho en el párrafo anterior surge una doble arista a resaltar:

- Por un lado, respecto a las fuentes del derecho y su interpretación, el fenómeno de la “descodificación”. El C.C. y C. admite y valora la existencia de leyes especiales no pretendiendo regular en su texto todas las incumbencias del derecho privado.
- Y por el otro, en lo que hace a la resolución de los casos en particular, el fenómeno de la “recodificación” en la que se vuelve a armar todo el sistema legal del derecho privado desde un nuevo texto que dando coherencia a todo el plexo normativo sea la solución que mejor satisfaga los intereses en juego.²

1.1. El impacto de la reforma en la ley 19.550

Como se dijo, la reforma decidida por la ley 26.994, si bien derogó el Código Civil y el de Comercio, mantuvo la vigencia de las leyes especiales. Pero tales leyes no se mantuvieron incólumes sino que sufrieron adecuaciones a los nuevos paradigmas, ya sea por medio de la modificación expresa (como es el caso de la ley 19.550 que pasa a ser Ley General de Sociedades, en adelante LGS) ya sea por medio de la interpretación y aplicación a la luz del dialogo de fuentes y la constitucionalización del derecho privado (en este sentido el art. 150 del C.C. y C. que habla de las leyes aplicables respecto a las personas jurídicas constituidas en la República).

Es así que se reforma todo el régimen societario comercial pasando de la tipicidad societaria concebida como un número limitado de opciones legalmente habilitadas (la que en el sistema original de la ley 19.550 era en extremo rígida, quedando morigerada luego de la reforma de la ley 22.903 con la incorporación del instituto de la regularización) a la situación actual que tolera la coexistencia de las sociedades regularmente constituidas con las que no hayan cumplimentado los requisitos de ley (las que se dan en llamar sociedades de la Sección IV), todo en procura de tutelar los derechos de las personas de desarrollar una actividad económica de manera organizada (el reconocimiento de la empresa como sustento material del derecho comercial) poniendo a su disposición herramientas legales que pueden ser adecuadas por los particulares según sus necesidades

² “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Presidencia de la Nación – InfoJus, p. 5 a 19.

(preeminencia de la realidad) siempre dentro de los límites dados por el principio de buena fe (art. 144 C.C. y C. y art. 54 LGS).

2. Reforma del art. 6° LGS. ¿Se elimina el “Control de Legalidad” por parte de la autoridad de contralor?

Realizada la introducción respecto de la actual situación del derecho privado en lo que a materia societaria refiere, corresponde ahora tratar la reforma dada al art. 6° de la LGS que elimina lo que se denominaba el control de legalidad por parte de la autoridad registral.

El antiguo art. 6 de la ley 19.550 establecía que el registrador debía comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales para, en caso de corresponder, proceder a la toma de razón del contrato constitutivo societario. De lo que se desprendía una doble función o facultad, la de mero registro y las de contralor³.

En la redacción actual del artículo nada dice sobre el deber del juez de comprobar el cumplimiento de tales requisitos, lo que ha llevado a algunos autores a sostener la lisa y llana eliminación de tal función por parte de las autoridades de fiscalización. En esta dirección Vitolo invoca como una posible justificación “... *el hecho de que, siendo que la toma de razón por parte del registrador del instrumento sometido a su consideración no importa un saneamiento de los vicios que dicho instrumento o acto pudieran contener, no tenía sentido seguir manteniendo la exigencia...*”⁴. También Marcelo L Perciavalle entiende que la reforma del art. 6°, junto con la derogación del art. 34° del Código de Comercio deja de lado el control de legalidad por parte del organismo de contralor.⁵

Suma al desconcierto doctrinario el hecho de que nada se dijera, en la expresión de motivos de la reforma, sobre los fundamentos que llevaron a eliminar la referencia al control de legalidad por parte de la autoridad de fiscalización (en adelante Inspección)

Sin perjuicio de lo calificado de las voces que plantean la posibilidad de la eliminación del control de legalidad por parte de la Inspección, entiendo que la reforma no torna a tales organismos en meros buzones, incapaces de ejercer control alguno, y ello por las siguientes razones:

³ Vitolo, Daniel R., *Manual de sociedades*, Editorial Estudio – 1ª Edición – 2016, pág. 90.

⁴ Vitolo, Daniel R. obra cit., pág. 91.

⁵ Perciavalle, Marcelo L. “Ley general del sociedades comentada” – ERREIUS – 1ª Ed. – 2015 – pág. 12.

Que en la nueva redacción dada al artículo no solo se elimina lo previsto como “control de legalidad” sino que también desaparece toda referencia al requisito de la publicación por lo que de aceptarse la posición que sostiene que la omisión implica la lisa y llana eliminación de la exigencia, se trastocaría todo el sistema de publicidad previsto en tutela de la seguridad jurídica del sistema.

Al mantener la reforma la vigencia de la leyes especiales, incorporadas y complementarias del antiguo Código de Comercio, continúa siendo aplicable la ley 21.768⁶ que reconoce la potestad de cada Provincia, por medio de la leyes locales, de organizar la “*función societaria registral*”

Por último, porque así como el hecho de no aludir expresamente al requisito de publicación no implica que tal exigencia se haya eliminado, ya que esta surge de una interpretación coherente del ordenamiento jurídico (en este sentido se mantiene el art. 10 de la ley, el art. 83 inc. 3°, ss. y cc.), el no hacer referencia al control de legalidad no implica su derogación ya sea porque el mismo surge de las leyes especiales (la ley 21768, la 22316 que establece la Inspección General de Justicia, las leyes 3397 y 6926 que en el ámbito de la provincia de Santa Fe establecen las autoridades de contralor de las sociedades, asociaciones civiles y fundaciones, etc.) como de la interpretación armónica de lo dispuesto por la CN en sus art. 121, 75 inc. 12, art. 14.

2.1. La función de Control, manifestación del poder de policía de las Provincias.

El ejercicio del poder de policía (del cual el control de legalidad de las sociedades comerciales sería una manifestación) **no es una de las facultades delegadas** por parte de las Provincias al Estado Nacional (art. 126 CN), con lo cual mal podría una ley nacional vedar la posibilidad de que las autoridades locales ejerzan en sus respectivas jurisdicciones, las acciones necesarias “*para proteger, preventiva y represivamente la integridad física de las personas y de las cosas, en el orden moral y de la economía pública en lo que pueda afectar inmediatamente a las primeras....*”⁷.

⁶ Artículo 1° - El registro de los contratos constitutivos de las sociedades comerciales sus modificaciones y el de los demás actos y documentos cuya inscripción se impone a las mismas, a sus órganos o a sus socios o mandatarios, como así toda otra función societaria registral atribuida en la legislación comercial vigente al “Registro Público de Comercio”, o los “registros”, “jueces”, o “jueces de Registro”, quedan indistintamente a cargo de él o los órganos judiciales o administrativos que en cada jurisdicción determinen las leyes locales.

⁷ Bielsa, Rafael, “Derecho Administrativo”- Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956 – Tomo V, pág. 2.

Como para reafirmar lo expuesto se puede recurrir a los antecedentes jurisprudenciales de nuestra CSJN que establecen que: “... *el sistema federal establecido por la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que éstas no hubiese expresamente delegado en el gobierno central. Es un principio consolidado en la jurisprudencia del Tribunal que, según el art. 121 de la Constitución Nacional, las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que “a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de... policía [...], y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en los art. 108 (actual art. 126) de la Constitución Nacional” (Fallos: 7:373; 9:277; 150:419 y 320:619, considerando 7º, entre otros) y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (Fallos: 288:240)”*⁸.

3. Hacia un derecho que reconoce y acompaña la realidad

Como ya se puso de resalto la reforma decidida por la ley 26.994 implicó una profunda modificación de todo el derecho privado pasando del derecho como molde para encorsetar la realidad y limitando la libertad de los ciudadanos, al derecho como intérprete de dicha realidad e instrumento de la evolución social. Claro está que de este cambio de paradigma el régimen de sociedades no estuvo exento, es así que en sintonía con lo establecido en la totalidad del ordenamiento del derecho privado, la legislación societaria morigeró su función de limitante de la libertad pasando a reconocer e intentar brindar soluciones a las prácticas a las que los sujetos recurrían. A modo de ejemplo se puede resaltar:

Se modificó el art. 1º permitiendo la introducción de la sociedad unipersonal (en repuesta a la realidad social que con el objeto de cumplimentar con la pluralidad subjetiva recurrió a lo que la doctrina denominó “Sociedades de Cómodo”). Pero la habilitación de la figura, en un principio y como consecuencia de la resistencia de una expresión de pensamiento enraizado en los operadores jurídicos, fue regulada con un nivel de complejidad e exigencia tal que la volvía prácticamente inoperante (se la ubicó como un subtipo de Sociedad Anónima dentro de los supuestos de las sociedades sujetas a control estatal permanente, con directorio y sindicatura colegiada) para luego morigerar el grado de exigencia hasta llegar a la sanción de la ley 27.349 que habilitó la irrupción de las Sociedades por Acciones Simplificadas que vienen a dar una respuesta a la necesidad de las personas de limitar su responsabilidad por medio del fraccionamiento patrimo-

⁸ Fallos: 334:626

nial y que significó una verdadera revolución en materia societaria trastocando añejos criterios que sustentaban el accionar de los organismos de control⁹.

Se amplió el campo de operación de la autonomía de la libertad, ya que se eliminó el instituto de la regularización y toda disposición sancionatoria específica en materia de irregularidad. Es así que hoy en día pueden coexistir las sociedades atípicas (a las que Vitolo define como una “...*suerte de sociedades de libre creación*.”¹⁰), con aquellas en la que los socios hubiesen omitido algún requisito o elemento no tipificante o alguna formalidad específica exigida por ley (todas subsumidas en el régimen dispuesto por la Sección IV LGS) y las sociedades creadas conforme uno de los tipos legalmente establecidos (art. 7 LGS).

El principio de la Buena Fe lleva implícito el cumplimiento de lo pactado (“*pacta sunt servanda*”), y así debe considerarse la reforma dada al régimen que impone la obligatoriedad de los contratos entre las partes y respecto a los terceros, en las condiciones que la ley establece, aun cuando tales acuerdos no se hayan inscripto (art. 157 C.C. y C., art. 22 ss. y cc LGS).

3.1. La situación de lo Autoridad de Control ante el cambio de paradigma. Desafíos.

La función de fiscalización que la ley confiere a los organismos de control en general, y a las autoridades con competencia en materia societaria en particular, responden, como Regla General, a la protección del “interés público”.

Pero así como la sociedad evoluciona y se transforma, el derecho también lo hace, debiendo tal evolución ser acompañada por la totalidad de los operadores jurídicos. Es en este sentido que necesariamente las funciones de fiscalización de los órganos de control también deben ser revisadas y, en caso de corresponder, *aggiornarse* a las exigencias de los tiempos que corren (no tornándose un obstáculo para el desarrollo de las actividades de los particulares), considerando que a mayor intervención por parte de los órganos de control menor es la libertad de acción de los sujetos.

⁹ Entre otros criterios ya no se requiere pluralidad sustantiva, el capital mínimo exigido (el equivalente a 2 salarios mínimos vitales y móviles – art. 40 ley 27,349) es manifiestamente insuficiente para la concreción de cualquier objeto comercial, al autorizarse la constitución de sociedades infracapitalizadas, el control de la relación objeto capital carece de fundamento, etc.

¹⁰ Vitolo, Daniel R. “Hacia un nuevo régimen de control e inscripción registral” – Doctrina Societaria y Concursal- ERREPAR (DSCE) Septiembre 2015.

Está claro que en la sociedad de antaño (la de la ley 19.550 en su redacción original), donde a los particulares les resultaba engorroso - por no decir imposible- acceder a información relevante para llegar a tener acabada conciencia de las consecuencias de la decisión que se tomaba, un mayor alcance en la función de fiscalización como límite a la libertad encontraba suficiente justificación, pero entiendo que actualmente la situación ha variado por las siguientes razones:

Primero porque la autoridad estatal, en sintonía con el desarrollo tecnológico (Expte. Digital) y en respuesta a lo que la doctrina administrativa denomina el neoconstitucionalismo¹¹, se ha impuesto el deber de una mayor publicidad, tanto de los actos de gobierno como de la información que posee respecto de las personas¹² (siempre resguardando información personal o cuya divulgación pueda afectar derechos o intereses de terceros).

Segundo por las consecuencias de la denominada “era de la digitalización” y la irrupción de las redes sociales en la vida cotidiana de las personas con el consecuente fenómeno de la inmediatez de la información que ha ido configurando lo que puede llamarse la transversalidad del control¹³, con la aparición de diferentes actores que en distintas áreas de las actividades de los individuos ejercen una función de contralor.

Tercero debe marcarse la aparición de nuevos organismos, tanto nacionales como internacionales, que en procura de proteger el derecho de los individuos y la seguridad jurídica del sistema, establecen nuevas prácticas y obligaciones que deben ser observadas por los diferentes actores sociales. En tal universo de nuevos agentes pueden englobarse desde los tribunales internacionales (de Derechos Humanos, en materia comercial, etc.), los organismos crediticios (FMI, BID, etc.), pasando por el GAFI hasta las Normas ISO, con sus correlatos locales la UIF y las Normas IRAM.

Es ante esta nueva situación que entiendo necesario revisar el alcance de las funciones de la Inspección en procura de dar respuesta a los requerimientos actuales teniendo en cuenta que:

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos; *Neoconstitucionalismo y Acto Administrativo* en Estudios sobre Derecho Administrativo, La Ley Uruguay N° 13, 2013, págs. 20/21.

¹² A mayor abundamiento pueden leerse los considerando del Decreto N° 0692/2009 que en el ámbito de la provincia de Santa Fe reglamenta el “*Mecanismo de Acceso a la Información Pública*”.

¹³ A modo de ejemplo luego de la denuncia en las redes sociales de problemas con la camioneta FIAT TORO las ventas cayeron sensiblemente (TN titulaba caen en un 32% las ventas: https://tn.com.ar/autos/lo-ultimo/fiat-toro-baja-32-sus-ventas-tras-el-problema-con-el-filtro-de-particulas_860968).

La exigencia de mayor transparencia en la función pública va de la mano con el carácter de derecho humano que nuestra Constitución le confiere al acceso de la información pública (Art. 75 inc. 22 – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), lo que se traduce en el deber de fundar los actos administrativos sin restringir información en procura de mostrar la mayor transparencia en las decisiones que se adopten¹⁴. Es así que se deben instrumentar mecanismos para garantiza que los particulares puedan acceder tanto a la información que fundamentan las decisiones a las que arriba la autoridad de control de las personas jurídicas, como a las que posee respecto a las personas sujetas a su control, siempre que no se vulneren derechos de terceros.

La evolución social ha dado lugar a una forma de autorregulación por parte de los distintos actores sociales, debiendo sumarse a la disponibilidad de la información pública, las consecuencias del fenómeno de la “Era de Digitalización” con la disponibilidad de la información particular emanada de los medios de comunicación y la población en general, con lo cual el control que otrora detentara de manera exclusiva en un plano formal la Inspección, hoy en día puede ser ejercida por la sociedad civil en su interrelación. A modo de ejemplo:

Toda la jurisprudencia administrativa vinculada con la relación capital/objeto social, tendente a desactivar las sociedades infracapitalizadas, debe ser revisada a la luz del cambio de tendencia legislativa (Ley 27.349) y al control que ejercen otros actores sociales en las actividades de las sociedades, como a la función en cabeza de las entidades de crédito a la hora de financiar los proyectos económicos.

También puede invocarse la situación de las sociedades que pretenden desarrollar actividades reservadas por ley a profesionales matriculados, las que en última instancia deben adecuar sus estatutos y funcionamiento a lo exigido por los respectivos colegios.

El caso de las entidades sujetas a órganos de aplicación especiales, como el caso de la CNV o la Superintendencia de Seguros, entre otros.

Considero necesario la articulación entre las funciones de la Inspección y los diferentes actores sociales no solo de actividades de contralor, sino de medidas para brindar asistencia a las personas para que minimicen las posibilidades de fracaso de sus diferentes proyectos.

Los organismos supranacionales nacidos de la mano de la necesidad de defender el interés público ante la internalización tanto de las actividades comerciales como de las delictivas, imponen una serie de normas que deben cumplir

¹⁴ En este sentido ver la ley 25.188 “Ley de ética en la función pública”.

tanto los individuos como los estados nacionales. En este sentido, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), que si bien carecen de carácter vinculante, obligan a los estados nacionales por la consecuencia que en la reputación internacional tienen la inobservancia de las mismas. El fenómeno del cuidado de la reputación, como se marcó, no solo interesa a los estados nacionales, sino también a los actores sociales, es así que, como una de las manifestaciones de la autorregulación de la sociedad civil está el prestigio que cada sujeto consigue labrar. Dirigido a este fin se encolumnan las diferentes regulaciones que pretenden establecer los mecanismos para evitar o minimizar los riesgos de que se utilicen las personas jurídicas como vehículos para la comisión de delitos, es así que las Resoluciones de la Unidad de Información Financiera (UIF) imponen una serie de obligaciones en cabeza de los sujetos obligados (que incluyen el amplio espectro de los agentes sociales, desde las personas jurídicas privadas en los supuestos que así se determinen, los profesionales en relación con los supuestos legales –contadores, escribanos- como los órganos de control) en su función de prevención de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo (conforme lo exigido por las recomendaciones del GAFI) o la ley 27.401 que en el plano local viene a reflejar lo que se conoce como “CORPORATE COMPLIANCE” cuya sistematización está contenida en las normas ISO 19.600, esta ley, que establece el “régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas”, dispone que para eximirse de tal responsabilidad éstas primero deberán denunciar espontáneamente la comisión de un delito detectado a raíz de una investigación interna, segundo que hubieren implementado un sistema de control y supervisión adecuado con anterioridad al hecho delictivo, y tercero la devolución del beneficio obtenido. Como se ve las nuevas regulaciones internacionales y sus connotaciones en el ámbito local exigen una mayor actividad por parte de los propios sujetos intervinientes en procura de evitar la utilización de la figura social para la comisión de delitos que afecten el interés público. Entiendo que la prevención y en su caso la detección de la utilización de la persona jurídica como medio para la concreción de delitos es uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta hoy en día la Inspección debiendo progresivamente ir afianzando esta función en tutela del interés público y en cumplimiento del deber de policía.

4. Conclusión.

En síntesis, y a modo de colofón, se puede señalar como ideas centrales:

- La reforma de la ley 26.994 implicó un profundo cambio en el derecho privado en general, y en el derecho societario en particular, que los agentes del sistema (particulares, profesionales liberales, organismos de control, etc.) no

pueden dejar de considerar toda vez que el C.C. y C. manda a resolver las situaciones de manera razonable y debidamente fundada (art. 3°).

- La reforma dada al art. 6° de LGS en tanto elimina la referencia al control de legalidad por parte de las autoridades de contralor no implicó la desaparición de tal función, ya que la misma es una manifestación del poder de policía que las provincias poseen siendo facultades reservadas (arts. 121, 126 ss. y cc. CN).
- Las funciones de la autoridad deben acompañar los cambios verificados en las relaciones sociales, debiendo la tradicional función de fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales y fiscales del contrato constitutivo, reformas y demás actos dispuesto por ley dar lugar a una actividad de prevención y detención de la utilización de la persona jurídica para la comisión de delitos que vulneren el interés público.