

ACERCA DE LA FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA SOCIETARIA

Gabriela Silvina Calcaterra

Este Congreso se presente en el marco de un camino, que recorre la materia societaria desde hace varios años, que nos traslada “Hacia un Nuevo Derecho Societario”.

Uno de los aspectos más relevantes del nuevo derecho societario argentino e iberoamericano es que, enmarcado en el respeto a las normas imperativas de la ley societaria y del Código Civil y Comercio, ve fortalecido el principio de la autonomía de la voluntad de los socios, la flexibilización de las formas y la desburocratización del sistema registral.

Hoy debemos aceptar que el derecho societario es la rama del derecho privado patrimonial que regula la creación de personas jurídicas privadas cuya finalidad principal es la producción o intercambio de bienes o servicios.

No debemos olvidar que la sociedad es la forma jurídica que organiza, a la empresa, y que por ende debe acompañar la fluidez de los negocios, debe ser ágil y dinámica.

La sociedad se alza sobre el pilar de la iniciativa de los particulares independientemente de la voluntad del Estado, dado que las sociedades buscan satisfacer sus propios intereses particulares en una relación interna de los socios con la sociedad y externa, de ésta con los terceros.

En este contexto fáctico, la función del Estado no es evaluar el mérito o conveniencia del negocio y tampoco tutelar el interés de los socios. La función del Estado es tutelar a los terceros de buena fe que se vinculan con la sociedad.

Es a tales fines, que ejerce una función registral a través de la cual da publicidad a todos aquellos instrumentos emanados de los socios (instrumento constitutivo) y del órgano de gobierno de la sociedad, que sean susceptibles de producir efectos frente a terceros.

Sin embargo, el Estado no está llamado a “corregir” los defectos formales ni de fondo que esos instrumentos presenten, de ahí que la registración carezca de efectos saneatorios.

Dicho en otros términos, los actos internos de la sociedad que se registran, serán oponibles frente a los terceros. Pero tal oponibilidad no es absoluta y si el acto que se inscribió adolece de algún vicio, será susceptible de ser revisado judicialmente a instancia de parte interesada, y será declarado nulo, perdiendo así su oponibilidad frente a terceros.

Esto ha sido así en el régimen legal de la ley 19.550 y en la actualidad, tras la sanción de la ley 26.994. No es materia de discusión que el derecho societario se nutre de normas imperativas emanadas de la Ley General de Sociedades y del Código Civil y Comercial, de pactos entre los socios, en el marco de la autonomía negocial y, en caso de ausencia de pactos, por las normas supletorias que dictan la ley especial y la ley general. (art. 150 C.C. y C.). Esto rige para todos y cada uno de los tipos societarios previstos en la ley 19.550.

No existe razón alguna para mantener un régimen de fiscalización administrativa previa a la registración de los instrumentos societarios de sociedades anónimas y en comandita por acciones, en cabeza de la autoridad administrativa, fundados en el lábil argumento de que tal injerencia en la órbita de los negocios particulares es necesaria por razones de seguridad jurídica. La seguridad jurídica que pone en juego una sociedad anónima es la misma que pone en juego una sociedad de responsabilidad limitada, no hay razón alguna, en nuestros días, para sostener tales diferencias.

En abono de lo dicho se suman fuertes razones económicas, dado que el exceso de celo puesto por el Estado en el trámite de fiscalización previa que delega en sus comprometidos funcionarios, burocratiza la constitución de sociedades de capital, genera un dispendio de tiempo y dinero de difícil justificación y que a menudo desalienta las inversiones y atenta contra la confianza en el sistema, debido a las notorias incongruencias que se ponen de manifiesto entre una autoridad administrativa de control y otra e, incluso, entre los distintos funcionarios que se desempeñan en una misma repartición administrativa.

Como ya dijimos, la finalidad de la registración que dispone la parte general de la ley 19.550 no es otra que la tutela del interés de los terceros de buena fe, a quienes, a partir de tal inscripción se les impone la oponibilidad de los actos registrados. Sin embargo, la oponibilidad del acto no implica su validez y, por ende, surge de una presunción que admite prueba en contrario y en caso de ser declarado judicialmente nulo, el acto se tornará inoponible.

Es fundamental ubicarnos en el contexto histórico en que las normas se fueron sancionadas: hacia 1967 se concebía un Estado paternalista; los terceros que buscaban conocer la información básica de la sociedad, tenían que confiar en registros manuales que llevaba celosamente el juez del registro. Hoy la tecnología modificó radicalmente los procesos de registración, y se imponen los registros

digitales y de público acceso no sólo para los terceros, sino también para quienes vaya a requerir un registro.

Es importante reconocer que los tiempos cambiaron, y las facultades que otrora tuvo la autoridad administrativa de control hoy son cubiertos por formularios tipo que garantizan ahorro de tiempo, dinero, esfuerzo humano, y fundamentalmente, objetividad, lo que trae aparejada seguridad jurídica, puesto que ya no varía de una provincia a otra y aún dentro de la misma provincia, de una jurisdicción a otra y aún dentro de la misma jurisdicción, de un escritorio a otro. Todos los requerimientos de la UIF/GAFI se cubren a través del sistema informático y pueden ser verificados en el ámbito del Registro Público sin necesidad de una fiscalización administrativa previa.

El camino hacia la flexibilización y simplificación de los trámites de constitución de sociedades reclamado por los operadores del derecho, fue introducido por la ley 19.550 al adoptar el sistema de libertad reglamentada y eliminar la autorización estatal para constituir y modificar los contratos de sociedades anónimas. El trayecto continuó con la ley 26.994 que modificó el art. 6° ley 19.550 eliminando la potestad registral de verificar el cumplimiento de requisitos legales y fiscales previos y siguió en el art. 38 de la ley 27.349 que reduce la facultad de la autoridad registral y excluye la competencia de la autoridad administrativa de contralor que el art. 167 de la ley 19.550 aún concede en materia de sociedades anónimas.

La facultad de revisar administrativamente el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales para pasar luego a un nuevo control de los mismos requisitos, en cabeza de la autoridad judicial registral, como ocurre en algunas provincias como la de Santa Fe, tiene una explicación histórica y data de la época en que las sociedades anónimas nacían a partir de una concesión del Estado que ejercía un fuerte poder de policía.¹

¹ El poder de policía nació como la potestad discrecional de regular el libre ejercicio de los derechos constitucionales de los habitantes. De ahí que sólo el poder legislativo tiene competencia para ejercerlo, ya que, en la actualidad, los temas de índole civil, como los relativos a las sociedades, gozan de la plena posibilidad de ser recurridos ante la autoridad judicial y deben ser liberados del ejercicio de aquel poder de policía por parte de las autoridades administrativas. El art. 76 C.N. prohíbe que el poder legislativo delegue en el poder ejecutivo sus funciones. Es por ello que, si bien al Poder Ejecutivo o las delegaciones con competencia administrativa se les puede conferir las facultades necesarias para reglamentar los pormenores necesarios para la ejecución de sus deberes, cuando la reglamentación desnaturalice o altere el contenido de las disposiciones legislativas, ella debe ser considerada irrazonable y desproporcionada. Ese control se establecía para que el juez u organismo de contralor, según el caso, en el carácter de tercero imparcial, efectuaran el debido examen del instrumento a inscribir, verificaran si el mismo cumplía o

El más reciente paso en este camino, lo da el Anteproyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades presentado al Senado de la Nación el 5/6/19, Expte. S-1726/19, que propone eliminar la competencia de la autoridad administrativa de control en materia societaria, manteniendo exclusivamente en cabeza del Registro Público, la facultad registral.

En este contexto, se proponen dos caminos alternativos para garantizar a los terceros interesados, la legalidad de los actos inscriptos si se excluye toda forma de fiscalización: a) adoptar el modelo que para cada instrumento proveerá el Registro Público respectivo, tal como ya se ha probado con relación a las S.A.S. conforme lo prevé la ley 27.349 o b) acompañar el instrumento constitutivo con un dictamen profesional otorgado por el abogado o escribano público que intervino en la elaboración del instrumento en ejercicio de las amplias facultades que da la ley para la autonomía de la voluntad y cuidando los aspectos sustanciales (tipicidad, estipulaciones nulas, estructura orgánica, suficiencia del capital social, etc.)².

Los datos objeto de registración no deben ser otros que aquellos que el tercero necesita conocer al vincularse con la sociedad: existencia de la sociedad, tipo adoptado, sede, monto de capital suscrito, designación de los miembros de sus órganos de administración y fiscalización. Si al consultar el legajo de la sociedad faltan datos, el acto no será oponible frente a terceros.

No es función del Estado tutelar los intereses de los socios, ellos tendrán los procedimientos que da el sistema orgánico interno de solución de conflictos y la propia ley societaria para dirimir sus diferencias en torno a las cláusulas del contrato a las que han adherido.

En suma, estamos en un tiempo en el que es menester fortalecer la función de la empresa como generadora de trabajo y riqueza. Como operadores del Derecho debemos acompañar este requerimiento con herramientas que mejoren la práctica jurídica simplificándola y facilitándola, desburocratizando e insertando

no con las normas legales y fiscales aplicables y, según el tipo, otorgaran una presunción de legalidad al acto, estabilidad a la sociedad y seguridad al tráfico jurídico al impedir que se inscriban actos adolescentes de vicios. Sin embargo, con el tiempo, se instituyó un reglamentarismo que excede las facultades reconocidas a la autoridad administrativa alterando el principio de división de poderes y en ocasiones, legislando sobre la propia letra de la ley especial, sin lograr con ello, garantizar la legalidad de los actos que luego se presentan ante la autoridad registral para su inscripción.

² ROMERO, José I. “Sociedades irregulares y de hecho”, Depalma, Buenos Aires, 1982; NISSEN, Ricardo A. “Ley de sociedades comerciales comentada y anotada”, Abaco, Buenos Aires, 1983, Tomo 1, p. 102, CNCom. Sala C 21-5-79, ED 84- 289, MACOA S.A. y otras.

a nuestro derecho societario en el marco de las corrientes universales que sólo sostienen la registración como medio de publicidad dando por superadas corrientes anacrónicas sin por ello abrir el camino hacia el uso abusivo o ilegal de la figura societaria.