

LA DISTORSIÓN EN LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS DE SOCIEDAD Y EN LOS DEMÁS CENTROS DE IMPUTACIÓN

POR DAVID A. KULMAN

Ponencia

El derecho societario como rama del derecho privado, trata en esencia de relaciones asociativas cuyo germen lo proporciona el ejercicio libre de la voluntad basado en el interés de obtener beneficios dentro de un contexto de producción o intercambio de bienes o servicios, pero cuando el derecho societario se anquilosa por encontrarse subsumido a la asfixiante intervención del Estado, sus principios se tornan una quimera y su debate se vuelve estéril.

En la actualidad –incluyendo algunos años para atrás– estamos siendo testigos de nuevos modos de *intervencionismos totalitarios* en la economía y sectores productivos, particularmente apegados a la mala utilización de figuras asociativas que desnaturaliza su esencia.

Invariablemente hay que asumir el compromiso de preservar las instituciones, aquéllo no sólo se cumple con el estudio erudito de sus contenidos, sino también batallando para evitar su aniquilación. En tal sentido, la realidad que se observa hacen ver que por un momento hay que levantar la mirada y advertir que el contexto dentro del cual se discuten nuevos y avanzados conceptos jurídicos, se encuentran en riesgo de sucumbir, por lo tanto, es necesario no darle la espalda a la realidad, debiendo para ello brindarle el apoyo necesario a las instituciones encargadas de impartir justicia.

El profesional del derecho –y también como ciudadano– debe considerar su especial función dentro del proceso de cambio, reflexionando sobre esta extraña etapa en la vida política por la que estamos atravesando, que desgarran nuestro sistema

jurídico construido a fuerza de estudios y práctica judicial. La comunidad de profesionales comercialistas deben repudiar estas conductas, que a la postre devastarán todos y cada unos de los sectores productivos, porque en sustrato y respecto de una definición que nos tiene orgullosos, las sociedades comerciales resultan ser una herramienta sustancial en la organización jurídica de los mayores factores de producción.

Eventuales extorsiones del Estado o de personas o empresas vinculadas para adquirir paquetes o parte de paquetes de acciones, o el abuso en el ejercicio de sus derechos patrimoniales y políticos deben estar acotados en su regularidad conforme la sólida doctrina autoral y judicial que asegura el normal desenvolvimiento de las sociedades privadas.

1) Introducción

El estudio de la sociedad comercial, ya sea como negocio jurídico o como sujeto de derecho, junto a los efectos en las relaciones intersubjetivas que ellas encarnan, tiene una importancia destacada en la medida que contribuye al progreso del derecho que la regula.

Pero este desarrollo se encuentra íntimamente vinculado con los sistemas políticos dentro de los cuales se desenvuelven, al extremo de quedar condicionados en su progreso de acuerdo a la concepción política de los estados reinante en un momento determinado.

Yadarola se ha ocupado con destacada suficiencia sobre el impacto de los diversos sistemas de gobierno en el desarrollo del derecho, realizando distintos estudios tendientes a comprender la gravitación de estos contextos nacionales en el progreso de los derechos individuales y en particular del derecho societario frente a las diversas épocas y a los diferentes sistemas políticos.¹

En él se puede advertir la relevancia que posee la propiedad privada para el progreso de un país, porque les otorga previsibilidad y seguridad jurídica a sus ciudadanos. Este principio a su vez extiende sus efectos en relación con el capital de inversión, posibilitando la generación de recursos, los cuales estarán

¹ Yadarola, Mauricio L. "Sociedades comerciales"; "La intervención del Estado en la economía"; "Democracia y demagogia. Repercusiones económicas". En *Homenaje a Yadarola*, Tomo II, UNC, 1963.

protegidos nuevamente en una relación de equilibrio entre un ecuánime tributo al lucro y el derecho de propiedad sobre el resultado de la inversión.

Solamente en una nación donde se pueda discutir libremente las instituciones jurídicas, sin que ello implique una utopía en su aplicación o el ejercicio de los derechos, entonces se puede concluir que existe un debido Estado de Derecho.

Muchas son las razones para creer que nuestro país persiste en el esfuerzo de encaminarse a consolidar un Estado de Derecho, porque han sido admitidas y florecidas la diversidad de las teorías nacidas de una evolución propia o extranjera, aún a expensas de la inquebrantable oposición del Estado durante largo tiempo.

El desarrollo alcanzado por nuestra legislación societaria y nuestra jurisprudencia, basados en una destacada doctrina que ha procurado y defendido el sostenimiento de las más distinguidas instituciones jurídicas, debe ser tomado como una noble conquista durante el transcurso del tiempo. Pero esto no es suficiente cuando estas instituciones terminan siendo usadas en perjuicio de la misma gente, por parte del Estado.

En la actualidad se ha llegado a una proliferación desmedida de figuras asociativas, dentro de las cuales se encuentra la sociedad comercial, cuyo único propósito es aprovechar los beneficios del sujeto de derecho para promover determinadas actividades, pero carentes de todo interés asociativo, cuestión que no sería extraordinaria si no fuera porque esa utilización del sujeto es aprovechada por el Estado, provocando el apartamiento en el manejo de fondos al sistema de ordenación y control de las finanzas públicas, recurriendo para ello a contratos tales como la sociedad anónima, o la sociedad del Estado, el novísimo invento del fideicomiso públicos, o también, los contratos de agencia, entre otros.

En la actualidad, el artificio del contrato de fideicomiso público ha superado ampliamente al del contrato de sociedad anónima o al de la sociedad del Estado, encontrando sus razones en el ágil y sombrío manejo de los fondos públicos, aun cuando desde el Estado se esmeran en contrariar estas críticas, sobre la base de normas igualmente complacientes que legitiman tales conductas. La sociedad anónima, por su parte, está siendo objeto de pesquisas orientadas a resolver actos de corrupción por haber sido utilizadas en estos actos de intermediación.

En las presentes líneas se pretende contribuir a la crítica de estas maniobras, tratando de advertir hasta qué punto el

Estado, destinatario de la confianza pública, puede abusar de los beneficios que otorgan los diferentes contratos creadores de centros imputativos.

II) La función del derecho frente al Estado

Sin hacer de este punto un desarrollo sobre ciencia política, cabe destacar que diversos han sido los sistemas políticos que se han desarrollado en el mundo, pero fueron muy pocos los que tuvieron un resultado envidiable en relación con la protección y el desarrollo del derecho societario y en particular, al desarrollo de la "seguridad jurídica" como un factor concluyente de un estado de derecho.

Para llegar a este estado de derecho pleno, los sistemas políticos más cuidados jurídicamente trataron de distanciarse del "totalitarismo" en todas sus expresiones, más aún, trataron de reducir la intervención del Estado en beneficio de los derechos individuales o sociales.

De modo tal que tradicionalmente el equilibrio en un sistema jurídico se formó entre: a) La potestad del Estado como regulador de las actividades productivas; b) Frente a los individuos como destinatarios directos de aquellas medidas; porque el incremento de la intervención del Estado está siempre ligado al deterioro de la iniciativa individual o del grupo por ser éstos los motores del desarrollo jurídico y económico.²

Nuestro país en los últimos cien años fue escenario de las más diversas concepciones políticas y cada una de ellas ha dejado su marca en el progreso del derecho, algunos reforzando, en cambio otros, debilitando el Estado de Derecho.

El derecho en la concepción de Ihering en su obra *El espíritu del derecho romano* lo definió como "el organismo objetivo de la libertad humana", cuyo contenido es la norma jurídica reguladora de las conductas y la finalidad es asegurar la libertad; pero como la conducta y la libertad son productos del espíritu, el derecho es una fuerza del espíritu que se cultiva en la conciencia.

² Yadarola, Mauricio L. "Sociedades comerciales". En *Homenaje a Yadarola*, Tomo II, UNC, 1963. Allí sostuvo: "... el control no implica la absorción de funciones, vigilar no es dirigir. Todo exceso en la intervención estatal produce un retraimiento de energías privadas, que son las que alimentan la vida colectiva".

En este contexto el derecho subjetivo y objetivo, va a estar definido por la concepción que se tenga respecto de los valores éticos de conducta como de los principios de libertad que se adopte, provocando una alteración de la posición del Estado frente a las personas. Cuando la concepción del Derecho trae como consecuencia la pérdida de los valores y la disminución del derecho de las personas entendidas en su individualidad o como grupo, entonces entra en *crisis* y se avanza hacia el *totalitarismo*.

Nuestro país experimentó el *totalitarismo* como forma de gobierno, momentos en los cuales el derecho societario se transformó en una herramienta de intervención en los sistemas productivos, aniquilando la inversión y la iniciativa privada. Sin dudas que por ser el derecho el resultado consiente de las personas, es indudable que existirá discrepancia en relación con el concepto de "valores" y de "libertad", circunstancia que motivó una nueva idea de totalitarismo.

La idea de libertad que inspiró las revoluciones del siglo XIX en América, sin duda no es la misma que se discute en la actualidad. En el mismo sentido, la idea de totalitarismo que existía antes de las revoluciones, no es el que se conoció durante el siglo XX. Las ideas que motivaron las revoluciones en el siglo XIX estaban marcadas por una idea de libertad, pero emparentada con la soberanía de los pueblos, lo que llevó a la consolidación de la Democracia.

Pero las ideas totalitarias nunca dejaron de existir y su presencia se renueva bajo nuevas formas de ejercer el poder, esto por el hecho de que siempre y en todo momento van a existir mentes débiles incapaces de progresar en un contexto de igualdad, por lo que recurren a la demagogia³ y al envilecimiento de la persona como modo de dominación. Sin dudas que la presencia

³ Yadarola, Mauricio L. en "La intervención del Estado en la economía". En *Homenaje a Yadarola*, Tomo II, UNC, 1963. "La demagogia es una forma de irracionalismo que mientras aplasta los ideales de la democracia envolviendo en los engaños y seducción de las masas, estimula sus instintos para lanzarlos a la barbarie de cualquier forma de totalitarismo, de izquierda o de derecha. Los mitos que la demagogia crea tienen siempre el poder de anular la facultad de raciocinio; de ahí su poder de penetración, pues es más fácil desencadenar los instintos que obtener frutos de la razón. Perón inventó el mito del justicialismo mientras aplastaba toda expresión de ideales y de pensamientos; así le fue fácil mantener el engaño y dominar al pueblo que creyó en el mito".

de la "masa" como fenómeno social, permitió la instalación de estos modos de ejercer el poder.

Esta referencia al buen gobierno y al mal gobierno, está estrechamente ligada al progreso del Estado de Derecho, un gobierno totalitario evidentemente buscará el debilitamiento de los sistemas electivos y el control de gestión, utilizando discursos demagógicos que mantendrán cautiva y esperanzadas a las "masas"; además, buscará intervenir en los sistemas productivos ejerciendo una dominación formal y material, es decir, ya sea mediante nuevas leyes que legitimen su dominación, o bien, participando directamente en la economía.

De este modo es que las nuevas concepciones totalitarias necesitan de la Democracia para ejercer sus políticas serviles, sobre la base de discursos políticos orientados hacia una universalidad pero cuyos beneficios resultarán distribuidos entre unos pocos, generando de este modo una gran cantidad de marginados sin expectativa de progreso.

III) Efectos del uso distorsivo

Tradicionalmente el intervencionismo en nuestra economía estuvo marcado por la estatización de determinadas actividades, circunstancia que se vivió con mayor extensión durante la década de 1950 y sobre el cual se está regresando pero a menor escala.

En la actualidad los mecanismos de participación del Estado se advierten bajos nuevas modalidades afectadas por la utilización alterada, ya sea del contrato de sociedad comercial, como de otros centros imputativos, obviamente dentro de un contexto intervencionista propio de los Estados totalitarios.

Nuestro país está viviendo una patología institucional aprovechando décadas de irresponsabilidad política. De este modo la cultura de la intervención como criterio de dominación estatal hizo que se aprovechara de los recursos que brinda nuestro sistema jurídico plasmando un nuevo perfil diferente pero que en definitiva corresponde siempre al mismo principio absolutista.

Actualmente, el Estado nacional posee participaciones en sociedades cuya actividad productiva tiene una gran relevancia en la economía nacional, entre las más importantes está Edeonor S.A., Distribuidora de Gas Cuyana, Gas Natural BAN, S.A. San Miguel, Siderar S.A., Consultatio S.A., Banco Macro S.A., Telecom Argentina S.A., Papel Prensa S.A., entre otros.

A partir de esta situación, el Estado a través del Sigen o de la AGN, pretende auditar estas empresas sobre la base de su pertenencia a las mismas, pero con un claro propósito inquisidor.

En el mismo sentido y pretendiendo aprovechar el control pleno, ha promovido la constitución de sociedades del Estado (empresas de loterías, empresas mineras, empresas de provisión de servicios, empresas de distribución de energía, etc.) ejerciendo un control absoluto, pero paradójicamente esta intervención lo hace sobre la base de nuevos sujetos de derechos o centros imputativos, disipando o distrayendo todo control por la falta absoluta de transparencia y de inspecciones "efectivas".

A esto se le suma la formación de fideicomisos públicos financieros que no sólo le permiten desviar recursos como los fondos especiales, sino que además gozan de una mayor discrecionalidad en su manejo al carecer de controles serios sin tener definido objetivos, por ser poco precisos y susceptibles de ser modificados sin ningún tipo de acción por parte de organismos de fiscalización.

Estas anomalías no son exclusividad del Estado nacional, sino que se da en todos los otros órdenes, ya sea que se trate de gobiernos provinciales o municipales.

La cuestión puede plantearse en estos términos: ¿hasta qué extremo el Estado puede participar o celebrar negocios asociativos pensados y reglados para la actividad privada, sin quebrantar un sistema de garantías constitucionales?

Sin dudas que en la actualidad ha quedado definida la aptitud del Estado de participar en la actividad comercial, ya sea de modo directo o participando con capitales privados. En nuestro país la participación del Estado en la formación de esta actividad esta regulada sobre la base de las sociedades del Estado (Ley 20.705), de economía mixta (Ley 12.962) y participar estatal mayoritaria (artículo 308 Ley 19.550), o bien, participando en alguno de los tipos previstos por la Ley 19.550.

Las tres primeras modalidades asociativas se caracterizan por encontrar en el Estado una condición de supremacía en la formación de la voluntad del ente, mientras que en las segundas se caracteriza simplemente por participar en un sentido minoritario, lo que no quita que luego en el devenir de la existencia del ente el Estado no adquiera una superioridad participativa, pero no desnaturaliza su carácter de entidad privada.

La distinción es relevante porque a partir de este origen, la sociedad será un ente de índole público o privado. Los primeros estarán limitados a una norma que le dé origen y su

funcionamiento quedará fiscalizado por el régimen de Administración Financiera de cada jurisdicción.

Paralelamente, las sociedades privadas tendrán su origen en un acuerdo de voluntades, al cual podrá concurrir el Estado inicialmente o con posterioridad adquiriendo participación, pero se caracterizará por que su funcionamiento estará reservado a las normas del derecho societario. Así lo expresa Messineo cuando explica que la participación en actividad comercial ajena o el denominado "accionariado del Estado" sucede cuando éste suscribe o adquiere acciones de sociedades por acciones, pero la presencia de la entidad pública, como accionista aún cuando adquiera la mayoría de las acciones, no altera el carácter de la sociedad, es decir, en el sentido de *publicitarla*.⁴

La distinción lleva a resolver la modalidad que tendrá la participación y el desempeño del Estado dentro de las sociedades comerciales y en particular, dentro de las sociedades anónimas en las que participa en la actualidad.

El Estado, a diferencia de la persona física, se organiza y funciona sobre la base de los principios de la administración pública, principios que se forman, además de la eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, sobre la base de la sujeción plena a las Leyes.

De tal modo que la actividad comercial del estado o su función descentralizada de asistencia a través de nuevos entes jurídicos, sólo resulta admisible a partir de determinadas normas que direccionan esta actividad, de este modo no resulta posible la innovación o la improvisación en la órbita del Estado, circunstancia que sí es admisible a la persona física.

Con esto se pretende anotar que el Estado sólo puede descentralizarse a partir de nuevos entes jurídicos de carácter público —dentro de los que se expuso—, o bien, de carácter privado, resumidos éstos en los tipos de la Ley 19.550, previa determinación de las pautas de funcionamiento y gestión de los funcionarios del Estados dentro de las sociedades privadas, por medio de una norma expresa.

Durante varios años y mediante los modos de entes públicos, el Estado ha demostrado su vasta capacidad de mal administrador y de peor competidor, aniquilando o desalentando la participación de capitales privados en determinados sectores

⁴ Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1954, p. 231.

de la economía. Pero también ha demostrado en los últimos tiempos, su infausta conducta como consocio, promoviendo las mayores luchas intestinas a la que se pueda tener registros a partir de su participación minoritarias en sociedades privadas, con el sólo efecto de promover sus políticas intervencionistas.

El primero de los escenarios mencionados, formados por la presencia opresiva en el mercado de los entes públicos, es una realidad que no puede ser revertida sino por medio de nuevas concepciones públicas respecto de la función del Estado, reduciendo su injerencia y promoviendo la participación privada. Pero la intrusión insidiosa como consocio, puede ser defendida con los mismos recursos que brinda el derecho societario.

La presencia de una minoría desleal permitió la construcción de elevadas doctrinas referidas al “abuso de las minorías” elaborando recursos tales como la remoción de sus administradores, síndicos, acciones de responsabilidad e incluso la exclusión de ellas.

Sin dudas, el Estado totalitario –en su espíritu dirigista– tiene la ventaja de contar con la capacidad de dictar sus propias normas que lo autoricen a realizar las conductas tiránicas respecto de sus participaciones o control en las diversas actividades descentralizadas, pero de ninguna manera estas normas de naturaleza administrativa entrarán en conflicto con el derecho societario. Esto es así porque dichas normas administrativas tienden a proteger el desempeño de los funcionarios con relación a esa parte del Estado que le fue confiado, mientras que el derecho societario posee exclusiva competencia para regular la relación asociativa planteada “dentro” del ente privado. Para que la apetencia reguladora del estado en su faz “Ejecutiva” avance sobre las normas mismas del derecho societario, necesita de la anuencia igualmente complaciente del Poder legislativo.

Esta cuestión aleja la idea de pretender regular la gestión de las sociedades o las relaciones internas nacidas del contrato de sociedad a partir de una norma administrativa del Poder ejecutivo, el Estado carece de esta potestad, salvo que se arrogue la aptitud de sancionar leyes, violentando el principio republicano de gobierno.

Aún cuando pueda disponer de instrucciones hacia sus funcionarios dependientes del Poder ejecutivo, estableciendo el modo en que deben comportarse dentro de las sociedades de índole privado, aquellas normas siempre quedan circunscritas a las pautas marcadas por la ley societaria, el estatuto o el reglamento del ente y nunca pueden sobreponerse a ellas.

Pero si este equilibrio se quebranta y se sobreponen los intereses del Estado por sobre las garantías de las personas, será la participación de los jueces la que deberá devolver el equilibrio, de lo contrario, el sistema en su conjunto se corrompe absorbiendo la *tiranía* al Estado en su integridad.