

## IMPROPIA CALIFICACIÓN DE LAS FUNCIONES A CARGO DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA COMO SERVICIO PÚBLICO

CARLOS SAN MILLÁN

### PONENCIA

La ley 22.316 (B.O. 7/11/80) optó para la Capital Federal, en función de la previsión de la ley 22.280 (B.O. 3/9/80), por incorporar a la Inspección General de Justicia la función registral que estaba a cargo del poder judicial. Así, se materializó la buena doctrina.<sup>1</sup> No sólo porque además importaba inaugurar la tendencia hacia la eliminación de la superposición y a simplificación de funciones a cargo de distintos organismos del Estado.

Quedó, sin embargo, algo pendiente de resolver, que luego habría de provocar efectos que debieron evitarse en el campo del reordenamiento del rol del Estado en el ámbito de la problemática societaria.

En efecto, el decreto 1547/78 (B.O. 19/7/78) autorizó a la I.G.J. a percibir tasas por los "servicios" prestados en el ejercicio de sus funciones.

No obstante su palmaria inconstitucionalidad, el decreto no fue impugnado por los administrados, quizás no por otra cosa que por la moderación de los montos allí fijados.

Pero, el tema cobra ahora actualidad ante el dictado del dec. 360/95 que aumentó exponencialmente esos montos.

<sup>1</sup> ZALEDIVAR, ENRIQUE: *El control externo de las sociedades comerciales, S.A.*, doct. p. 114; IMAZ, Juan Ignacio: "La simplificación del control societario como aliento al mercado de capitales". 2º Congreso de Derecho Societario, com. III, p. 373; Ponencia de la Cámara de Sociedades Anónimas en V Congreso de Derecho Societario (Córdoba, 1992), "Fiscalización y control permanente de las S.A. cerradas o abiertas"; MARSILI, MARÍA CELIA y SAN MILLÁN, CARLOS: "Fiscalización Estatal Societaria", *Revista Derecho Económico*, año 2, nº 14, p. 141.

El tema fue asumido con toda su gravedad por la Cámara de Sociedades Anónimas, la que en cumplimiento de sus fines específicos impugnó de inmediato la decisión del Ejecutivo.<sup>2</sup>

Ello, compartido por la comunidad afectada, fue recogido en el ámbito judicial, aun cuando al concluir estas líneas el fallo judicial no haya adquirido el estado de definitivo.<sup>3</sup>

Las reflexiones vertidas sobre el particular mueven a profundizar algunos aspectos de la cuestión lo cual nos ha de permitir ubicar su estricta situación jurídica.

Resulta curioso verificar la evolución de los fundamentos, razones y conceptos que rodean esta equivocada normativa. Esta se apoya en dos conceptos así erróneamente utilizados: "servicio público" y "tasa".

La causa fuente de la decisión de imponer la tasa creada por el dec. 1547/78 es "los servicios que presta el Organismo" (véase su considerando, párr. 4º). Este criterio fue recogido por el dec. n° 1493/82, reglamentario de la ley orgánica de la I.G.J. n° 22.315. En el art. 2º, inc. c), se autoriza a ese organismo a percibir tasas por los "servicios" prestados en el ejercicio de sus funciones.

El error consiste justamente en calificar de "servicio" la actividad estatal que, en el caso, es el mero ejercicio de una "función".

En tal sentido se expresa la doctrina distinguiendo "servicio público" de "función pública". La primera expresión no se dirige a la vida del Estado sino a la satisfacción concreta y práctica de sus habitantes. La "función pública", en cambio, sustenta la existencia del Estado (FIORINI, BARTOLOMÉ A.: "Derecho Administrativo", t. II; DIEZ, MANUEL M.: "Derecho Administrativo", t. II, Plus Ultra, p. 10).

A las tradicionales características que la doctrina fue encontrando en el pasado como propias del servicio público, los autores modernos añaden: 1) la protección del usuario; 2) que esas actividades tienden a estimular y proteger la libre competencia en beneficio de los consumidores (art. 42 C.N.); 3) la libertad de elección (art. 42 C.N.); 4) las actividades estatales calificadas por ley como servicio público son las que tienden a satisfacer necesidades; 5) el concepto tiende a ser más restringido aunque de mayor precisión jurídica, calificando las necesidades a satisfacer como "primordiales" y de "naturaleza económica";<sup>4</sup> 6) admisión de la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control (art. 42 C.N.).

Como puede advertirse la función de la I.G.J. no participa de las nuevas características expuestas.

Por lo tanto, aquélla no reviste las características de servicio público. Y, por lo tanto, no corresponde que la función de la I.G.J. sea "remunerada" con tasas.

<sup>2</sup> Información Empresaria, n° 260, abril 1995, p. 35.

<sup>3</sup> Fallo 24/4/95, expte. n° 11.968/95. (Juzgado Nac. de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 10, a cargo de la Dra. Liliانا Heiland).

<sup>4</sup> CASSAGNE, JUAN CARLOS: "Reflexiones sobre la regulación económica y el servicio público", *ED.* 8/2/95, n° 8664.

El financiamiento de su actividad debe atenderse con otros recursos del Estado.

La actividad de la I.G.J. no es de utilidad para las sociedades ni sus socios o constituyentes, sino que es de utilidad para la comunidad o sea, en otras palabras que la "función" que ejerce la I.G.J. a través de las "facultades" conferidas por la ley responde a la protección o salvaguarda del interés general.

En tanto, de acuerdo a los conceptos que nos suministra el derecho administrativo y el fiscal, tal actividad estatal al no ser un servicio público no puede ser remunerada con tasa.

En concreto, es útil recordar la evolución normativa del concepto. El decreto sin número de fecha 22 de julio de 1893 (Registro Nacional 1893, t. II), crea el cuerpo de inspectores de sociedades anónimas que exploten Concesiones o privilegios del Poder Ejecutivo de la Nación. En su texto (considerando 1º y art. 4º) se establece que aquellos serán remunerados por las sociedades y que su función se limitará al cumplimiento de las leyes y estatutos y las obligaciones estipuladas en favor del público. El Decreto sin número del 21/11/1893 (B.O. 23/11/1893) consideró que era conveniente hacer extensiva la intervención del cuerpo en inspectores a las demás sociedades por acciones que funcionen en el país.

Por tanto, al extender las facultades de fiscalización se desdibujó el sentido original que fundamentaba la creación de aquel cuerpo.

Prueba de ello es que, con los años, vuelven a crearse entes específicos con aquellas facultades. Véase así los decs. 62/90, 64/90 y 1185/90 (para los servicios públicos de telecomunicaciones se crea la Comisión Nacional de Telecomunicaciones), la ley 24.065 (crea el Ente Nacional Regulador de la Electricidad), el dec. 214/92 (crea la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos—C.N.C.T.—), la ley 24076 (crea el Ente Nacional Regulador del Gas), el dec. 999/92 (crea el Ente Regulador Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios), el dec. 233/92 (crea la Comisión Nacional de Regulación Ferroviaria), el dec. 104/93 (crea la Comisión Nacional de Transporte Automotor) y el dec. 1540/94 (crea el Ente Nacional Regulador Nuclear).

El decreto sin número del 27/4/23 que define la competencia del organismo firmado por el Presidente Alvear y su Ministro de Justicia Celestino I. Marcó, en su primer considerando decía "que es necesario organizar la Inspección General de Justicia en forma que le permita desempeñar eficientemente las funciones que le incumban respecto de los servicios públicos a cargo del Ministerio de Justicia, como auxiliar en su gestión administrativa.

El uso de esta expresión se explica porque condice con la época en que estaban en voga las ideas de la escuela realista, que fundara León Dugruit, que propone un concepto amplio de Servicio Público, seguido por Gastón Jése y Maurice Hauriou. Estas ideas estaban afincadas en la jurisprudencia francesa de 1873 a partir del arret Blanco del Tribunal de Conflictos.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, 9ª edic., p. 306.

Posteriormente, la ley 18.805 (B.O. 9/10/70), ya no califica la función de la Inspección como servicio público. Sólo se limita a expresar que "es necesaria la acción del Estado en resguardo del interés público".

El dec. 1547/78 (B.O. 19/9/78) es el que autoriza por primera vez a la I.G.P.J. a percibir tasas. Si buscamos los fundamentos encontramos que uno de sus considerandos dice que el ejercicio de las facultades atribuidas a la I.G.P.J., con relación a las sociedades que persiguen fines de lucro, "beneficia en forma directa a dicho sector" en tanto que por las garantías de legalidad que brinda, permite la creciente utilización de los tipos societarios por quienes deseen llevar adelante en forma organizada actividades industriales, comerciales o productivas, con tales fines. El control del organismo, como se comprende no es un beneficio ni un servicio, como lo señala el considerando 4º a favor de los "beneficiarios" sino como se ha dicho una función del Estado que se cumple mediante las facultades otorgadas al organismo de fiscalización.

El considerando 5º parece que permite vislumbrar la real causa del decreto: el financiamiento del organismo.

Allí debemos entender la causa de la ley 23.283 (B.O. 5/11/85)<sup>6</sup> que introduce en el orden nacional el sistema de "cooperación técnica".

Las leyes 22.159, 22.280, 22.316, 22.315 no se refieren a que las prestaciones de los organismos estatales a que aluden presten servicios públicos, sino que puntualizan sus facultades o funciones.

Una vez establecido que no hay servicio público y que, por lo tanto, no puede fijarse tasa por esa actividad del Estado analicemos, ello no obstante, los requisitos de aquélla.

El primer elemento que caracteriza el hecho generador de la obligación tributaria es que debe estar previsto en la ley.<sup>7</sup> Este elemento está ausente en la normativa citada ya que, esa tasa, fue impuesta por decreto.<sup>8</sup>

Recuérdese que el dec. 1493/82 señaló, a posteriori, al regular la ley 22.315, que las tasas deberán ser probadas por la autoridad competente, lo cual no ha ocurrido en el caso.

Tampoco se puede sostener que el control que ejerce la I.G.J. es "necesario" ya que hay legislación comparada que no lo prevé.<sup>9</sup> Entre nosotros así lo ha considerado el proyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Y normas sucesivas dec. 2471/85 (B.O. 6/1/86), ley 23.412 (B.O. 26/12/86), dec. 2016/86 (B.O. 3/2/87) y ley 23.979 (B.O. 18/9/91).

<sup>7</sup> ARAÚJO FALCAO, Amílcar: Depalma. Bs. Aires. 1964. JA. 1965-VI, p. 8.

<sup>8</sup> Dec. 1747/78.

<sup>9</sup> Nos remitimos a las citas de la nota (1).

<sup>10</sup> Publicado por Astrea, 1993. art. 167 y concordante y anexo C.

### **CONCLUSIONES**

Por todo lo expuesto, es necesario reconsiderar el alcance de la función de fiscalización externa de las sociedades anónimas, de modo tal que:

*a)* La actividad estatal en materia societaria se limite a la registración pues la ayuda estatal que actualmente presta el organismo de control al corregir los actos presentados para su registración es innecesaria, en tanto la irregular o atípica elaboración de aquellos afecta la imitación de responsabilidad de los socios a favor de los terceros.

*b)* Se mantenga la fiscalización externa para las sociedades anónimas que hagan oferta pública.

*c)* Se mantenga la fiscalización externa de las sociedades anónimas por su objeto o actividad cuando estos se refieran a los servicios públicos.

*d)* Se reorganicen los organismos de fiscalización externa conforme la eliminación de esas funciones según se propone.

*e)* Se deja sin efecto la fuente de recursos originados en la tasa como consecuencia de la eliminación de tal control externo.

*f)* Los conflictos societarios sean atendidos por el Poder Judicial.