

3

PONENCIA AL IVº CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO

COMISION III.

Autor: Mario Oscar Kenny

LIMITE A LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL  
PARA RESOLVER CONFLICTOS SOCIETARIOS

El artículo 5º de la ley 22315 dispone en su segundo párrafo que "son de competencia judicial las resoluciones de las cuestiones que versen sobre derechos subjetivos de los socios de una sociedad comercial entre sí y con respecto a la sociedad".-

Se hace necesario entonces definir el concepto de la frase "derechos subjetivos de los socios" empleada por la norma, a los fines de establecer las cuestiones o conflictos societarios cuyo tratamiento queda reservado a la Justicia y excluido por ende del ámbito de competencia de la autoridad de control.-

Dado que la denominación "derecho subjetivo" se aplica a fenómenos diversos (1), dentro de la órbita del derecho societario, y en atención a lo dispuesto por la ley 22315, aquel debe ser concebido como la situación en que se encuentra una persona que puede, por medio de una manifestación de voluntad, exigir de otra el cumplimiento de su deber, y obtener la ejecución de una sanción por el órgano del Estado contra el infractor, por medio de otra manifestación de voluntad, dirigida en ese sentido.-

Guillermo E. Ragazzi, refiriéndose a la norma en estudio (2), ha entendido que "el principio determinante que moviliza la actuación del Organismo es la existencia del "interés público" comprometido en la cuestión planteada".-

No me parece que para hallar una interpretación adecuada baste hacer referencia al "interés público", concepto difuso que no delimita claramente el género de cuestiones nacidas a propósito del contrato de sociedad en las que pueda entender la Inspección General de Justicia de la Nación, la Comisión Nacional de Valores o entidades similares de las Provincias.-

Y ello con más razón en cuanto se aprecia que, en materia societaria, se está, en definitiva, en el campo de intereses patrimoniales privados, cuya regulación muestra -como señala Fargosi (3)- la existencia de algunas normas imperativas, pero que no están destinadas a la protección de valores esenciales, cuya preservación interesa fundamentalmente a la comunidad.-

Para tratar entonces de establecer aquella delimitación, conviene tener presente que la ley 22315 trata de evitar que la so-

ciudad y sus socios soliciten la intervención del organismo de control - éste lo haga de oficio - en los conflictos societarios donde las partes involucradas persiguen preponderantemente un interés propio, viniendo para ello en cuenta la prohibición establecida por el artículo 95 de la Constitución Nacional que vedá, en principio, el ejercicio de una actividad jurisdiccional contenciosa por un órgano del Poder Ejecutivo.-

2. Volviendo al concepto de derecho subjetivo, dice el jurista francés Roubier (4) que en esencia se trata de una prerrogativa <sup>siendo</sup> concedida a los particulares en su interés, porque tal es también una ventaja para la comunidad. Y esta concesión a los particulares hace que éstos consideren tal derecho como su bien, su propiedad, de ellos pueden transferir, o asimismo abandonar (5). Por el contrario, el ordenamiento jurídico también da lugar a situaciones objetivas que han sido creadas en el interés general de la sociedad: se trata de estatutos legales, que se imponen a los sujetos de esas situaciones, a los cuales no les es posible sustraerse por su sola voluntad. Entre otros, éste es el caso del régimen legal societario y su principio de "tipicidad", en cuanto establece las condiciones indisponibles por los particulares, en base a las cuales el derecho de asociarse con fines útiles reconocido por el artículo 16 de la Constitución Nacional se plasma en la existencia de un ente mercantil con personalidad jurídica propia. Más adelante precisaré esta afirmación.-

En el ordenamiento jurídico, tanto el general como todas sus particularizaciones, existen normas que se refieren a la forma para realizar ciertos actos, las cuales no tienen por función crear derechos subjetivos ni imponer obligaciones, sino acordar a los particulares facilidades para concretar sus derechos (v. gr., el de "asociarse con fines útiles"), otorgándoles potestades para crear, en ciertas condiciones, derechos y obligaciones dentro de un marco coercitivo.-

3. Desde el punto de vista del derecho objetivo, la existencia de los derechos subjetivos requiere, como elemento indispensable, su protección jurídica. Esta protección, que pertenece al derecho habiente, está constituida por las vías procesales que conducen ante el tribunal judicial (público o privado) o administrativo que declaró el derecho, y cuya decisión será puesta eventualmente en ejecución, aún contra la voluntad del sujeto pasivo o prescindiendo de ella (esto último, siempre con intervención de un juez público).-

El sujeto posee así un derecho de acción, formalmente distinto del derecho protegido, que le habilita para recurrir ante la autoridad pública a fin de que lo sea reconocido el derecho violado (o que está a punto de serlo) y, eventualmente, se restablezca la situación alterada, se satisfagan los daños o se sancione al violador.-

Ese derecho de acción, de naturaleza subjetiva y que deriva del derecho constitucional de peticionar a las autoridades, normalmente no es otra cosa que el medio técnico procesal de hacer valer un derecho subjetivo sustancial preexistente, pero también hay supuestos en los cuales se otorga no para defender un derecho subjetivo del accionista, sino para defender el interés general de la comunidad a la que pertenece (sea una sociedad comercial, una asociación o la comunidad política): es decir, asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico (7).-

Este último caso se da en el derecho societario, en cuanto se concede a los accionistas el derecho de impugnar las resoluciones de la asamblea adoptadas en violación de la ley, el estatuto o el reglamento, aún cuando no se encuentre afectado un derecho subjetivo del accionante.-

El ámbito natural donde la acción ha de ser ejercida es el de los tribunales organizados por el Estado: sólo excepcionalmente el derecho-habiente podrá recurrir a un organismo de la Administración Pública para requerir una protección jurídica. Es que aunque la determinación de los derechos subjetivos deba ser hecha en consideración al bien general, más que al particular, la ley no los concede más que en razón de su valor inmediato para los mismos individuos a quienes los destina. Normalmente, la defensa del derecho subjetivo incumbe al interesado o a la persona encargada de sus intereses, y no a un órgano del Estado. Sólo ocurre de otro modo en los casos en que el derecho afecte más de cerca al orden social (8), y esos casos están expresamente contemplados en la ley.-

Cuando en determinada cuestión o conflicto entre particulares éstos pueden requerir la intervención de un órgano de la Administración Pública, es porque en la solución de aquél se encuentra involucrado el interés general, y la protección de este solo interés guiará la actuación administrativa, mientras que la acción en justicia, como protección a un derecho subjetivo no juega solamente a beneficio de la legalidad abstracta, sino también, y sobre todo, en beneficio del justiciable personalmente (9). En el punto que sigue tratare de precisar esta idea.-

4. En principio, cuando los particulares deciden llegar a delante una empresa que exceda el reducido marco familiar, y limitar su responsabilidad por las deudas sociales, necesariamente deberán constituir una sociedad comercial conforme a algunos de los "tipos" previstos por la ley 19550, o una sociedad cooperativa conforme a la ley 20337, y ello con más razón cuando se desarrollen determinadas actividades mercantiles (v.g. entidades financieras, empresas de seguro, sociedades de ahorro con fines determinados) o se requiera el concurso del público para integrar su capital o contraer empréstitos (sociedades por acciones que realicen oferta pública de

sus acciones, debentures u otras obligaciones negociables).-

Se configura así a mi juicio una "situación objetiva", según la terminología de Roubier, donde los particulares que han decidido realizar una actividad empresarial a través de una persona de existencia ideal, deben someterse al conjunto de requisitos "tipificados" o "esenciales" fijados para cada "tipo" societario, que no pueden modificar por su sola voluntad, y cuyo incumplimiento traerá aparejada la sanción de nulidad o la responsabilidad ilimitada y solidaria de los administradores, integrantes del órgano de fiscalización interna y aún de los socios.-

En este sentido, esa "situación objetiva" está dada por la existencia de un ordenamiento normativo compuesto preponderantemente por normas a las que Bertini (10) llama "instrumentales", las que establecen cuál es el comportamiento que debe seguirse si los sujetos desean conseguir determinados efectos jurídicos, para sí y para terceros (11).-

La legislación societaria contiene una serie de normas que presuntamente fundadas en razones de interés general (es decir, en beneficio de los terceros contratantes, el fisco y los accedentes en suma, de la comunidad), delimitan el marco en el cual será llevado a cabo el desenvolvimiento societario: normas a las cuales podría denominárselas "institucionales", o normas "instrumentales de organización", según Bertini (12).-

Las normas que me refiero contemplan el interés general en cuanto establecen los requisitos mínimos de organización como para que el contrato de sociedad dé origen a una persona de existencia ideal, regulando la responsabilidad de los socios y estableciendo limitaciones a sus intereses particulares en vistas a la protección general del crédito.-

Estas normas reglamentan las condiciones y modos en que debe respetarse el derecho subjetivo constitucional de "asociarse con fines útiles", y sólo indirectamente pueden a su vez conceder derechos subjetivos sustanciales más particularizados (13), como no sean los llamados "derecho-función".-

Estos últimos son aquellos derechos subjetivos de fin aludidos, instituidos no para el servicio de su titular, sino para el servicio de otro (14). Se conceden a su titular en cuanto que está encargado de una función (en este sentido, órgano), al servicio de otro, y toma entonces el aspecto de una competencia para realizar ciertos actos. Ejercen un derecho-función los individuos de los órganos societarios respecto a la sociedad y su objeto.-

La legislación sobre sociedades da lugar también a dere-

chos "de acción" en favor de los individuos que integran los órganos de los socios, sin que ello responda también al otorgamiento de un derecho subjetivo de índole sustancial: se trata de la prerrogativa de acudir ante la autoridad administrativa o judicial con el objeto de restablecer las condiciones de legalidad en que debe desenvolverse el ente societario, o incluso buscar su disolución si ello no es posible.-

5. A la autoridad administrativa -desde el punto de vista de la Ley de Sociedades Comerciales, exclusivamente- le corresponderá intervenir en los conflictos societarios cuando en los mismos esté en juego el cumplimiento del conjunto de normas "institucionales" que hacen a la existencia y supervivencia de la sociedad como persona jurídica y de sus órganos. Esa intervención se producirá de oficio, a pedido de los órganos sociales (en ejercicio de un "derecho-función") o a instancia de los socios (en ejercicio de un derecho subjetivo de acción).-

Vale de suyo entonces que toda cuestión en que sólo jueguen derechos subjetivos de los socios, de cara a la sociedad o a los otros partícipes (o viceversa), queda reservada a la justicia pública o privada (juicio de árbitros), independientemente de si se hallan en juego normas imperativas, en las que no cabe ver preceptos de orden público (14).-

Coincidió entonces con lo expuesto por Yomha (15), en cuanto "no existe duda acerca de que el ente administrativo sólo actúa en defensa de la ley, del orden público societario manifiestamente violado; no supliendo la inactividad de los particulares", los cuales tienen en su poder el instrumento necesario para remediar el abuso: la vía judicial.-

En cuanto a los derecho-función, el control del ejercicio de los correspondientes al directorio de las sociedades importará para la autoridad administrativa -en caso de irregularidades- la facultad de solicitar al Juez las medidas indicadas en los incisos 1 y 2 del artículo 303 LS.-

6. Corresponde ahora establecer en qué forma se estructurará el ordenamiento legal societario, teniendo en cuenta que las normas "instrumentales" pueden ser imperativas (o sea, inderogables por los particulares -a éstas Bertini las llama "absolutas"-) o derogables ("integrativas", según el autor italiano). El carácter de la norma debe deducirse del modo peculiar de su formulación, o de su función, en vistas a los intereses que busca tutelar (16).-

En primer lugar, se encuentran las normas "instrumentales" o "institucionales" conformantes de una "situación objetiva", y que en principio no dan origen a derechos subjetivos de índole sustan-

cial en cabeza de los socios, estas se refieren a los siguientes temas:

- a) Formalidades para la constitución de la sociedad y la modificación del contrato social o estatuto (arts. 4 a 13).
  - b) Licitud del objeto y de la actividad sociales (arts. 18 a 20).
  - c) Sociedades entre esposos (artículos 27 a 29).
  - d) Régimen de participaciones intersocietarias (arts. 30 a 33).
  - e) Reglas de formación y valuación del patrimonio social (arts. 38 a 53).
  - f) Reglas de protección del capital social (es decir, de la llamada "intangibilidad" del capital social, artículos 187, 202 a 204, 212 y 224).
  - g) Documentación y contabilidad (arts. 61 a 73).
  - h) Procedimientos de transformación, fusión, escisión y liquidación (arts. 74 a 88).
  - i) Régimen de responsabilidad de los socios, y miembros de los órganos de administración y fiscalización interna (arts. 56, 57, 125, 131, 141, 146, 150, 157, 163, 164, 182, 183, 224, 271 y 274).
  - j) Reglas sobre administración, representación y adopción de resoluciones sociales (arts. 58 a 60, 127, 128, 131, 132, 136, 137, 139, 143, 147 a 162, 233 a 238, 243, 244, 246, 247, 249 a 254, 255 a 260, 264, 265 a 270, 274 a 279, 280 a 287, 290, 291, 294 a 298).
  - k) Emisión y formalidades de las acciones, y régimen de su transmisión (arts. 207, a 217, 220, 221 y 222).
  - l) Distribución de dividendos o pago de interés a los accionistas (arts. 224 y 225).
  - m) Aumento y reducción del capital social (arts. 188, 190, 191 y 203 a 206).
  - n) Emisión de bonos de goce y de participación, y derechos esenciales que otorgan (arts. 227 a 230).
  - ñ) Emisión, formalidades, régimen de transmisión y garantías de los debentures, y derechos esenciales que otorgan (arts. 325 a 360).
- Otras normas de la Ley de Sociedades Comerciales otorgan en forma directa derechos subjetivos sustanciales a favor de los socios, cuyo respeto no es factor esencial para la existencia de la personalidad societaria, sin perjuicio de que para ello se establezcan normas imperativas. Estas normas, entre otros, consagran los siguientes derechos:
- a) A la información (arts. 55 y 294 incs. 5 y 6).
  - b) A participar en las asambleas (arts. 238 y 239).
  - c) De votar y a elegir los miembros de los órganos de administración y fiscalización interna (arts. 216, 217, 243, 244, 262, 263, 280, 287, 288 y 289).
  - d) A ceder o transferir su participación en la sociedad (arts. 152, 153, 154, 210, 214 y 215).
  - e) A la aprobación o impugnación de los estados contables

y de la gestión de los administradores (arts. 69, 234 inc 1º y conc. cordantes).

f) A percibir las utilidades o beneficios (arts. 13, 68, 71 y 224).

g) A participar en la capitalización de reservas, revalúos o saldos de ajustes contables (arts. 189).

h) A la preferencia para la adquisición de cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada que se pretenden ceder (arts. 153 y 154).

i) A la preferencia para la adquisición de nuevas cuotas o acciones (arts. 151, 194 a 197).

j) A la entrega de los títulos representativos de las acciones, a la acreditación de éstas en cuenta, y entrega de comprobantes de la apertura de cuenta y sus saldos (art. 208).

k) A percibir el valor de amortización de las acciones (art. 223).

l) A retirarse de la sociedad, con reembolso del valor de su participación en caso de disconformidad con determinadas resoluciones sociales (arts. 129, 160 y 245).

m) A que la gestión social se encamine a la obtención de beneficios (arts. 1, 54, 59, 66 y conc.).

n) A percibir la cuota de liquidación (art. 109).

ñ) Todos aquellos derechos mas particularizados que otorgue el contrato social o estatuto.-

La legislación societaria establece, también, derechos-función (derechos subjetivos sustanciales pertenecientes a un sujeto como miembro de un órgano, y que representan una atribución de competencia). Entre éstos pueden identificarse los siguientes:

a) Convocación a la reunión de directorio (art. 267), y los demás que derivan de la función de administración social.

b) Los que derivan del cumplimiento de las funciones enumeradas en el art. 281, para el Consejo de Vigilancia.

c) Los que derivan del cumplimiento de las funciones enumeradas en el art. 294, para los Síndicos.-

Por último, la ley concede también en forma expresa derechos subjetivos de acción, ante la violación de algún derecho subjetivo del derecho-habiente (en este caso, sólo ante la Justicia, conforme al art. 5º ley 2315) o ante el incumplimiento de algunas de las normas "institucionales" (ante la autoridad administrativa o la Justicia, salvo que la ley atribuya competencia sólo a esta última). En este grupo de normas se encuentran, entre otras, las siguientes:

a) Impugnación judicial de la valuación de los aportes en especie (art. 52).

b) Acción individual de exclusión de socios (art. 91).

c) Pedido de intervención judicial (arts. 113 a 117).

d) Acción individual de remoción del administrador en la

sociudad colectiva (arts. 129).

e) Impugnación del precio de las cuotas para el ejercicio del derecho de adquisición preferente (art. 154).

f) Acción judicial del accionista privado del derecho de suscripción preferente (art. 195).

g) Petición de convocación de la asamblea a la autoridad de control y a la Justicia (art. 236).

h) Impugnación de decisiones asamblearias (arts. 251 a

253).

i) Acción judicial de remoción de director o gerente (art. 253).

j) Acción individual de responsabilidad contra los directores y síndicos (arts. 279 y 298).

CONCLUSION:

A la autoridad administrativa de control societario le está vedado resolver las cuestiones que se refieren a derechos subjetivos de los socios, aún cuando estén en juego normas jurídicas imperativas. La intervención sólo procederá, entonces, en las cuestiones que se refieran al cumplimiento de las normas "institucionales" de la Ley de Sociedades Comerciales y, en forma limitada, en los casos de imposibilidad del ejercicio de las funciones de gobierno y administración societarias.-



NOTAS:

(1) Ver, al respecto de Aftalión, García Olano y Vilanova, "Introducción al Derecho", Ed. Cooperadora de Der. y Cs. Sociales, 1980.-

(2) Magazzi, Guillermo E.: "La IGJ: su organización. Actuaciones funcionales", art. en la publicación "90º Aniversario IGJ", nov. 1983, pág. 70.

(3) Cargosi, Horacio: Comentario a la ley 22903 en Anales, XLVI-D, pág. 355/360, citando a su vez un voto de Anaya.-

(4) Aubier, P.: "Délimitation et intérêt pratique de la catégorie des droits subjectifs", art. en "Archives de Philosophie du Droit", Tº IX, S. r. Paris, 1964, pág. 89.-

(5) Casse Dabin, J.: "El Derecho Subjetivo", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, pág. 100.-

(6) Bro, Charles S.: "Notas de Introducción al Derecho-Definición de Derecho y de Norma Jurídica", Astrea, 1973, págs. 78/79.-

(7) Ver Aftalión, etc. (ob. cit. nota (1)) y también Dabin, ob. cit., págs. 29 y 30.-

(8) Potulsky, Henri: "Le Droit Subjectif et l'action en justice", art.



on "Archives...", Tº IX, pág. 237.-

(9) Dabin, ob. cit., págs. 18/19.-

(10) Bertini, Alessandro: "Contributo allo studio delle situazioni giuridiche degli azionisti", Giuffrè, Milano, 1951, pág. 14.-

(11) Bertini distingue las normas "instrumentales" de las "materiales", entendiendo por éstas a las normas obligatorias que operan directamente para la composición de los conflictos de intereses, y que dan lugar a derechos subjetivos.-

(12) Bertini, ob. cit., pág. 15.-

(13) Dabin, ob. cit., págs. 275 y ss.

(14) Ver art. de Fargosi, citado en nota (3).-

(15) Yomba, Carlos: comentario a una resolución de la Inspección Gral. de Justicia, en "Temas de Derecho Comercial", nº 1, Ed. Astrea, 1983.-

(16) Bertini, ob. cit., págs. 26/27.-



---



---