

UNA MIRADA DIFERENTE DE LA FISCALIZACION ESTATAL. COMPETENCIA Y POTESTADES EN EL AMBITO DE SU ACTUACION (*)

Analía B. Pérez Cassini

Fundamentos

Conforme al principio de legalidad imperante en los estados de derecho, los órganos estatales deben actuar *secundum legem*, dentro del ámbito demarcado por la ley. Siendo que la regla general es que cada órgano estatal tiene asignado un círculo de atribuciones legales que se denomina en el derecho administrativo “*competencia*”, a cuyo fin se le atribuyen “*potestades*”, demostraremos por los fundamentos vertidos en la presente ponencia que, la autoridad de contralor no puede modificar el texto legal, so pretexto del ejercicio de la “policía societaria” que le fuera asignado, pues ello importaría un verdadero ejercicio del “poder de policía”, por un órgano al que no le fuera atribuida tal competencia. La potestad dada a la autoridad fiscalizadora de interpretar las disposiciones legales aplicables a los sujetos sometidos a su contralor, no otorga potestades de legislación no concedidas por ley.

1. Preliminar

A raíz de numerosas resoluciones dictadas en los últimos años por la Inspección General de Justicia, la temática relativa a los límites a la actuación de los organismos de contralor societario, cobró nuevo tratamiento y generó nuevo debate. Así sucedió en el marco de las

(*) Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación J078, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Jornadas de Derecho Societario en homenaje al profesor. Enrique Butty, realizadas en el mes de marzo de 2007 en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, en las que esta temática cobro nuevos aires.

Es en ese marco en el que se inscribe la presente ponencia, persiguiendo la intención de precisar conceptos que han resultado merecedores de extensos y dispares comentarios doctrinarios y de disímiles interpretaciones del plexo normativo vigente.

Procuraremos por la presente precisar el alcance de la intervención estatal en la sociedad y economía mediante la fiscalización de las sociedades comerciales abiertas y cerradas, en cuanto vehículos motores de ese ejido y verdadero ropaje jurídico empresarial.

Trataremos la problemática expresada, analizando puntualmente la situación de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto autoridad estatal de contralor en esa jurisdicción provincial a la luz de conceptos dados por el derecho administrativo tales como “poder de policía”, “policía societaria”, “competencia” y “potestad”.

Ello sin perjuicio de que las consideraciones expuestas resulten también aplicables a otros organismos estatales a los que se les haya encomendado tal función, aunque siempre con el reparo de la necesaria consideración de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En las modernas y actuales democracias el sistema jurídico normativo descansa sobre una piedra angular, la ley de leyes: la Constitución (Nacional y, en su caso, provinciales o estatales) que establece los derechos y libertades fundamentales de los individuos que habitan ese estado y que estructura todo un conjunto de poderes y órganos a través de los cuales el Estado organiza y ejerce el poder que le ha sido conferido por el pueblo, con miras a garantizar el bien común y la pacífica convivencia fundada en el respeto por los derechos por ella amparados.

Tales derechos no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Ello *“para evitar que el mismo no se transforme en abusivo o perjudicial para los demás...”*⁽¹⁾.

(1) Tanzi, Héctor José, “Poder de policía”, artículo publicado en la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de San Isidro, enero/abril 2000.

2. Fundamentos

Surge entonces la necesidad de la actividad estatal limitadora de las actividades de los particulares, tendiente a “conservar la armonía de todos, a establecer reglas de buena conducta calculadas para evitar conflictos y tendientes a proteger la vida, la propiedad y la salud de los habitantes y del pueblo en general” (2).

En este punto, la doctrina tanto nacional como extranjera refiere al concepto de “poder de policía”, señalando un concepto amplio y otro restringido del mismo.

Así, en un sentido restringido el poder de policía ha sido definido como “la limitación de los derechos individuales con el objeto de proteger exclusivamente la seguridad, salubridad y moralidad públicas” (3).

Conforme con un criterio amplio el poder de policía “limita los derechos individuales con el objeto de proteger el bien común tutelando los intereses económicos de la colectividad” (4).

Más allá del criterio que se siga, el poder de policía involucra la idea de poder como elemento del estado, de allí que algunos doctrinarios prefieran hablar a su respecto de “actividad estatal limitadora de los derechos individuales”, consistente en la regulación de su ejercicio, sean derechos expresa o implícitamente reconocidos por la Constitución, cuya nota típica está dada porque su ejercicio le compete al órgano legislativo.

Su fundamento estriba en la necesidad de asegurar el bienestar y la vida del complejo social.

El poder de policía se distingue de la función de policía, que es un “*aspecto de la función administrativa, la cual persigue la ejecución de las leyes de policía...*” (5).

(2) Cámara Federal de Capital, causa: “Swift de La Plata c/ La Nación”, publicada en J.A., t. 45, p. 41 citada por Tanzi, Héctor, ob. cit..

(3) Rodríguez, Marcela y Gabat, Claudio, “El poder de policía en las constituciones de Argentina y de los Estados Unidos de Norteamérica. Su interpretación a través de la jurisprudencia. Análisis comparativo”, artículo publicado en J.A., 1988, t. III, p. 23 y ss..

(4) Rodríguez, Marcela y Gabat, Claudio, ob. cit..

(5) Barraza, Javier Indalecio y Schafrik, Fabiana Haydée, “Actualidad en la Jurisprudencia sobre el poder de policía en la Constitución Nacional”, artículo publicado en L.L., 1998, t. F, p. 1052 y ss..

De modo que el ejercicio válido del poder de policía supone una ley formal -esto es, norma emanada del órgano legislativo-, que lo habilite, impersonal, general, abstracta y objetiva, mientras que la función de policía supone actividad de los órganos administrativos tendiente a la aplicación y ejecución de las leyes dictadas en ejercicio del poder de policía ⁽⁶⁾.

Nuestra Constitución Nacional en su texto anterior al que quedara fijado tras la convención constituyente de 1994, *no recepitó* expresamente la expresión "*poder de policía*", pero sí albergó su noción en los textos de los arts. 14 y 28 ⁽⁷⁾.

Ahora bien, el estado interviene en la economía, entre otras formas regulando lo relativo a la constitución, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales por cuanto su actividad incide en el mercado, en la inversión, en el ahorro, en la generación de empleo, en la producción, más allá de las concepciones políticas y económicas dominantes en cada época histórica.

Por eso, la fiscalización estatal societaria reconoce su fundamento en tales repercusiones de la actividad societaria, como también en la necesidad de asegurar los derechos de ejercer el comercio (art. 14 C.N.), asociarse con fines útiles (art. 14 C.N.), de propiedad en sentido lato y en sentido estricto (art. 17 C.N.) y de protección de la salud, seguridad, interés económico, a la información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno de los consumidores (art. 42 C.N.). También estriba en el poder de legislación para promover el bienestar general conforme lo estatuido por los arts. 18, 19 y 42 C.N..

(6) Villegas Basavilbaso en su *Tratado de derecho administrativo*, t. V, definió a la función de policía diciendo que es "*una función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, salubridad y moralidad públicas y de la economía pública en cuanto afecta directamente a la primera*", mientras que definió al poder de policía diciendo que es "*la potestad legislativa que tiene por objeto la promoción del bienestar general regulando a este fin los derechos individuales expresa o implícitamente reconocidos por la Ley Fundamental*".

(7) Art. 14 C.N.- "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio..."

Art. 28 C.N.- "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Tal actividad presupone el previo ejercicio del poder de policía por el legislador e implica el ejercicio de la función de policía por los órganos administrativos y/o judiciales competentes.

Merece señalarse que la actividad fiscalizadora societaria se distingue de la actividad registral relativa a los actos de tales personas jurídicas.

Cabanellas ⁽⁸⁾ ha dicho en tal sentido que la primera implica “controlar en distintas etapas de la formación y existencia societaria el cumplimiento de las normas que rigen la constitución y existencia de las sociedades”, mientras que la segunda supone “la inscripción de estatutos, contratos y determinados actos para darles ciertos efectos entre las partes o frente a terceros”.

Asimismo ha señalado tal autor que “la distinción se ve algo complicada en materia societaria debido a que los organismos a cargo de los registros pertinentes y particularmente del Registro Público de Comercio tienen atribuciones que exceden el mero registro y forman parte en cuanto a su contenido jurídico efectivo, de la fiscalización societaria estatal”, citando como ejemplo lo normado por los arts. 6º y 167 2º párrafo de la Ley de Sociedades Comerciales vigente.

La fiscalización estatal societaria supone “control del cumplimiento de los requisitos impuestos por la L.S.C. y por las leyes tributarias a las sociedades en su acto constitutivo y sus modificaciones cuando se trate de sociedades cerradas y en los demás actos de la vida societaria en forma permanente cuando se trate de sociedades abiertas” ⁽⁹⁾.

Debe orientarse exclusivamente a comprobar las irregularidades que puedan afectar el fin público de la entidad, sin entorpecer el regular funcionamiento de la sociedad. Así en los términos del art. 302 L.S.C., la autoridad de contralor debe controlar y en su caso sancionar, si la sociedad o sus socios realizan actos contrarios a la ley, estatuto o reglamento, pero no puede examinar el mérito, oportunidad o conveniencia de los actos sometidos a su examen.

(8) Cabanellas, Guillermo. “Concepto y estructura de la fiscalización estatal de sociedades”, artículo publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Bs. As., vol. 29, Nº 169/174 (enero/diciembre 1996), p. 42 y ss..

(9) Romero, “Fiscalización o control externo de sociedades por acciones”, citado por Cabanellas, obra ya citada, p. 19.

Como toda actividad estatal, la fiscalización societaria ejercida por los organismos de contralor debe ajustarse a los límites dados por las garantías reconocidas en el estado de derecho: razonabilidad y legalidad.

De modo que sólo puede ser ejercida dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional, la provincial y las normas dictadas en su consecuencia, en particular, sus normativas propias - leyes orgánicas o similares- Código de Comercio y L.S.C..

Cualquier acto de fiscalización societaria contrario a ello resultará violatorio de derechos y garantías individuales, y por ello, inconstitucional e inválido.

Es claro que en la estructura de división de poderes estatuida por nuestra Constitución Nacional (y provinciales) la función legislativa en sentido formal y, por ende, el poder de policía competen al órgano legislativo. Mal podría entonces la autoridad de contralor societario, en ejercicio de la función de fiscalización de sociedades comerciales, arrogarse el poder de policía en la materia por cuanto se trata de una función asignada a otros órganos distintos, ello por más que persiguiese una finalidad altruista como podría ser evitar el uso desviado o abusivo de determinadas instituciones societarias ⁽¹⁰⁾.

Conforme el principio de legalidad imperante en los estados de derecho como el nuestro, los **órganos estatales deben actuar *secundum legem***, esto es, deben desenvolverse con sujeción al ordenamiento jurídico, dentro del ámbito demarcado por la ley (entendida como ley formal y reglamento administrativo). Al decir de Marienhoff, "*dentro del bloque de legalidad*"⁽¹¹⁾. Así la actividad estatal es limitada y la observancia de la ley es requisito para la validez de los actos así desplegados.

Siguiendo al célebre administrativista citado, en función del principio referido cada órgano estatal tiene asignado un círculo de atribuciones legales que determina su capacidad legal, lo que se denomina en derecho administrativo "competencia": "complejo de

(10) Están contestes con tal aseveración Lisdero, Alfredo y Petrossi, Maximiliano en su artículo: "Algunas reflexiones respecto del alcance de las facultades regulatorias de la Inspección General de Justicia", publicado en E.D. del 16/2/07, p. 1 y ss..

(11) Marienhoff, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. 70 y ss..

funciones atribuido a un órgano administrativo". Su observancia es fundamental para la validez de los actos realizados por el mismo.

La regla general es la incompetencia de la administración, de modo que la competencia del órgano estatal debe surgir *expresamente* de una norma formal. Además la competencia es improrrogable, por lo que no surge de la voluntad del órgano que la ejecuta.

Para desarrollar los actos propios de la competencia asignada a cada órgano se le atribuyen "potestades".

La potestad es "la competencia que tiene el órgano para crear relaciones jurídicas dirigidas a terceros sobre su libertad, sus derechos y obligaciones", es decir, es "el poder en virtud del cual su titular puede alterar la esfera jurídica del administrado" (12).

Tales potestades deben ser previamente atribuidas y delimitadas por ley, debe mediar habilitación normativa previa; sin ellas el órgano estatal no puede actuar válidamente.

De modo que para determinar si el acto emanando de la autoridad de contralor es inválido debe estarse a las disposiciones de las normas que rigen su obrar (13).

La competencia y las potestades de la autoridad de contralor encargada de la fiscalización societaria -sea IGJ, DPPJ u otras- están determinadas por:

1. la Ley de Sociedades Comerciales vigente;
2. el Código de Comercio;
3. su propia ley orgánica.

Tales disposiciones determinarán la validez de sus actos.

En el caso de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, su función fiscalizadora y de registración encuentra sustento en:

- la Ley de Sociedades Comerciales, arts. 6º, 7º, 118, 119, 167, 168, 299, 300, 301 y 302 y conchs..

- La ley nacional 21.768 que permitió el pase de la función registral de sede judicial a sede administrativa según lo que resolviera cada jurisdicción y la ley provincial 9118/78 que le asignó la función registral.

(12) Lisdero, Alfredo y Petrossi, Maximiliano, obra ya citada.

(13) Comparte este criterio Toia, Bruno Gabriel, "Límite de facultades de la Inspección General de Justicia", artículo publicado en L.L. del 2/2/07.

- El decr. 8671/76 que atribuye al órgano que el Poder Ejecutivo Provincial determine las funciones de registración, fiscalización y disolución de sociedades comerciales y el decr. 284/77 que le atribuyó la calidad de órgano de aplicación en virtud de lo normado por el decr. 8671/76.

De la lectura de sus textos, no resulta determinado de modo alguno, dicha dirección autorización o competencia para soslayar los principios rectores de legalidad y división de poderes, mediante el dictado de resoluciones que impliquen avanzar sobre lo estatuido por el legislador nacional en materia de sociedades comerciales.

La autoridad de contralor societario en la provincia de Buenos Aires, no puede so pretexto de ejercer la función de policía que le fuera asignada, modificar el texto legal de la L.S.C., pues ello importaría un verdadero ejercicio del poder de policía por un órgano al que no le fue atribuida tal competencia. Ya he precisado la distinción entre poder de policía y policía en materia societaria.

Así, mal podría la DPPJ de la provincia de Buenos Aires válidamente y por la vía de la emisión de resoluciones administrativas- aún cuando la realidad demostrara la necesidad de la adopción de tales soluciones- por ejemplo

- Regular el capital social mínimo;
- Fijar en abstracto el monto de la garantía real que deben prestar los directores de S.A.;
- Consagrar la exigencia de un objeto social principal único;
- Imponer formas jurídicas para determinados actos societarios no exigidas por la L.S.C.,
- Exigir requisitos adicionales a los previstos en la L.S.C. para inscribir sociedades extranjeras;
- Determinar el número de directores de las Sociedades anónimas.
- Todo ello importaría un claro avance sobre lo dispuesto por la L.S.C., que sólo puede ser estatuido mediante una reforma de dicho cuerpo legal, efectuada por el Honorable Congreso de la Nación, más no bajo el pretexto de interpretar o ejecutar dicha normativa o de ejercer potestades discrecionales.

La labor que entraña la tarea fiscalizadora de sociedades comerciales no puede encubrir actividad legisferante -ejercicio del "poder de policía"- . Así lo manda el Estado de derecho establecido por nuestra Carta Magna Nacional y Provincial.

Tampoco puede invocar la autoridad de contralor -DPPJ Bs. As.- la analogía o la interpretación extensiva para echar mano a potestades

atribu
para e
se refi
cuanto
inferio
T
instit
igual j

3. Co

1.
socied
admin
en un
2.
ser rep
policía
3.
abiert
dinám
L.S.C.
sobre
4.
societ.
El res
el resp
en ser
5.
dispos
no oto
6.
puede
-v.gr.
compe
le fue
princi

atribuidas a otro órgano ni puede invocar su facultad reglamentaria para establecer recaudos no fijados por la L.S.C. Esa última facultad se refiere únicamente a su organización administrativa interna en cuanto organismo; aún desconociéndolo, cabe señalar que una norma inferior no puede ir contra lo normado por otra superior.

Toda reforma a la L.S.C. debe ser efectuada por las vías institucionales pertinentes, esto es, mediante una nueva norma de igual jerarquía emanada del Poder Legislativo nacional.

3. Conclusiones

1. Deben distinguirse las funciones registrales relativas a sociedades comerciales de las funciones de policía societaria administrativa concentradas en algunas jurisdicciones de nuestro país en un mismo organismo

2. El derecho de formar o constituir sociedades comerciales debe ser reglamentado por el legislador a través del ejercicio del poder de policía por el legislador para asegurar el bienestar general.

3. La función de fiscalización estatal de sociedades comerciales abiertas y cerradas involucra el control estático o de constitución y el dinámico o de funcionamiento de conformidad con lo estatuido por la L.S.C., pero no el ejercicio de facultad legislativa que importe avanzar sobre la normativa de fondo.

4. No puede justificar tal atribución al órgano de fiscalización societaria arguyendo razones de utilidad, necesidad o conveniencia. El respeto por el estado de derecho y el principio de legalidad implica el respeto por las vías institucionalmente establecidas, esto es, la ley en sentido formal y no la resolución administrativa.

5. La potestad dada a la autoridad fiscalizadora de interpretar las disposiciones legales aplicables a los sujetos sometidos a su contralor, no otorga potestades de reglamentación no concedidas por ley.

6. El órgano de fiscalización estatal de sociedades comerciales no puede exceder su esfera de competencia e invadir la de otros órganos -v.gr., el Poder Legislativo- so pretexto de ejercer sus propias competencias y acudiendo a la amplitud de los términos en que estas le fueran atribuidas: como órgano del Estado debe respetar los principios que lo estructuran: división de poderes y legalidad.