

AVANCES Y RETROCESOS EN MATERIA DE FISCALIZACIÓN ESTATAL DE SOCIEDADES COMERCIALES

MARÍA CELIA MARSILI y CARLOS SAN MILLÁN

PONENCIA

Con esta ponencia los autores exponemos los avances y retrocesos ocurridos con respecto a la simplificación del control estatal de las sociedades comerciales.

El planteo de esta cuestión se complementa, con reflexiones tendientes a explicar la fenomenología del control para que este análisis resulte útil en las futuras formulaciones normativas.

FUNDAMENTOS

1. Antecedentes

1) En el Congreso Argentino de Derecho Comercial, celebrado en Buenos Aires, en setiembre de 1990, bajo el título "*Necesidad del replanteo del régimen de fiscalización estatal de las sociedades comerciales*", presentamos una ponencia en la que se describía el sistema legal vigente respecto de los actos societarios sometidos a intervención estatal y se formulaba una propuesta orientada a su simplificación. Se sugirieron, entonces, las modificaciones a introducir en los diversos supuestos de intervención del Estado comprensivos de: las sociedades comerciales en general, las que hacen oferta de sus títulos valores, las que los cotizan, las que realizan operaciones de capitalización y ahorro o requieren dinero o valores del público, las que tienen por objeto la intermediación financiera y la actividad aseguradora, las de bolsas y mercados de valores y agentes de bolsa, las sociedades de economía mixta y anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades que explotan concesiones o servicios públicos y las funciones respecto de las sociedades controlantes y controladas.

Para formular la propuesta, en aquella oportunidad, se tomaron en consideración, entre otros argumentos, los siguientes:

- a) El concepto de desregulación como mecanismo impulsor del desarrollo, particularmente aplicable en materia de fiscalización societaria, en tanto des- traba y atrae a las fuerzas creadoras de riqueza.
- b) Una tendencia orientada a la simplificación en la legislación específica sobre la materia, que surge de haberse tornado optativa la sindicatura, posibilidad introducida por la reforma al régimen de sociedades comerciales por la ley 22.903 de 1983. En estos casos, el control interno retorna a los socios por vías del art. 55 de la ley 19.550, sin reforzarse el control estatal.
- c) También puede evaluarse como indicativo de un objetivo simplificador el sistema que implantaron las leyes 22.315 y 22.316 para la Capital Federal, por el cual se unificó en un sólo organismo estatal, la Inspección General de Justicia, la registración y la fiscalización de las sociedades.
- d) Asimismo, con alcance para la Capital Federal, la transferencia del ejercicio del control de legalidad a manos privadas a través del denominado sistema de precalificación. Las leyes 23.283 de 1985 y 23.412 de 1986 y dec. 2016/86 brindaron sustento normativo a un sistema que permitió, al ahora Ministerio de Justicia, celebrar convenios con entidades públicas o privadas para que estas le brinden cooperación técnica y financiera.

Los convenios suscriptos con el Colegio de Escribanos, el Público de Abogados y el Consejo Profesional de Ciencias Económicas tuvieron como finalidad propender al mejor funcionamiento de la Inspección General de Justicia y, a tal fin, se previó la posibilidad para los administrados de realizar los trámites societarios, por la vía tradicional, o bien mediante un sistema que reduce y acelera aquél, pero que requiere una precalificación por profesional competente.

El mecanismo, como es notorio, es revelador de un régimen que debió idearse en respuesta a las demandas de los administrados.

2) La revelación de estas situaciones, que operaban en apoyo de nuestra postura orientada a la simplificación y desregulación en materia societaria, nos llevó a una propuesta que en sus aspectos fundamentales, propició la creación de un organismo federal de control societario, sustitutivo de la Inspección General de Justicia y de la Comisión Nacional de Valores para actuar en el ámbito de la Capital Federal. Respecto de las sociedades comerciales, en general, excepto las contempladas en el art. 299 (Ley de Sociedades), se postuló su inscripción en el organismo a cargo del Registro Público de Comercio sin sumisión al control de legalidad del art. 6º de la citada ley.

En cuanto a algunos supuestos previstos en el art. 299 se proyectaron soluciones acordes con la premisa general.

2. Avances

Desde la propuesta formulada por los autores en el Congreso de Derecho Comercial celebrado en el año 1990, hubo avances y retrocesos.

La cuestión del control societario, planteada en los términos que la desarrolla el capítulo precedente fue contemplada en el proyecto de ley elaborado por una Comisión creada por resolución de la Secretaría de Justicia 28/91 a fin de introducir modificaciones al régimen legal de fiscalización societaria, que fuera elevado al H. Congreso de la Nación como Mensaje N° 2022.

En dicho proyecto, que no fue objeto, hasta ahora, de discusión parlamentaria, se propuso un sistema, cuyas características más destacadas son las siguientes:

- 1) El Registro Público de Comercio inscribe, dentro de los diez días de su presentación, todo documento conformado previamente por abogado o escribano. La inscripción no tiene efecto saneatorio.
- 2) El Registro sólo puede rehusar la inscripción por falta de cumplimiento de ciertos requisitos, algunos de ellos formales, u orden judicial.
- 3) La omisión del Registro, de inscribir el documento en término, autoriza a requerir la intervención del tribunal de apelaciones de la jurisdicción.
- 4) El control del funcionamiento y liquidación queda limitado a las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones o de otra manera capten ahorros del público y a cargo de la Comisión Nacional de Valores.
- 5) Se deroga la ley 22.315, orgánica de la Inspección General de Justicia.

La doctrina expuesta encontró también repercusión normativa en el proyecto de modificación integral de la ley 19.550, elaborado en el ámbito del Ministerio de Justicia por la Comisión creada por Resolución N° 465/91.

Allí, se repiten las ideas contenidas en el anterior y se estructura un régimen de control donde quedan sujetas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, debentures u otros instrumentos de participación o deuda o aquellas que de otra manera capten ahorros del público con la promesa de prestaciones futuras, y no estén sujetas a otra fiscalización administrativa por razón de su objeto, ¹ o lo determine el Poder Ejecutivo Nacional. Además, por el Anexo C de ese proyecto se deroga la ley 22.315, orgánica de la Inspección General de Justicia, pero se establece que el Poder Ejecutivo Nacional pondrá en funcionamiento el órgano u órganos que, en el ámbito de la Capital Federal tendrán a su cargo el Registro Público de Comercio y las funciones que, según el Cód. Civil y la ley 19.836, correspondan a la autoridad administrativa respecto de asociaciones y fundaciones.

El mérito de estos antecedentes consiste en que implican un avance en esta materia, en una línea orientada en el sentido de nuestra propuesta. ²

¹ Los antecedentes normativos e históricos de la fiscalización de estas sociedades están descriptos en la ponencia de Carlos SAN MILLÁN, presentada a este mismo Congreso, bajo el título "Impropia calificación de las funciones a cargo de la Inspección General de Justicia como servicio público".

² (MARSILLI María Celia y SAN MILLÁN, Carlos: "Necesidad del replanteo del régimen de fiscalización estatal de las sociedades comerciales", ponencia al Congreso Ar-

Por su parte, la ley 23.697, de emergencia económica, especialmente en su capítulo XVII, ya tiende a afianzar el mercado de capitales, a desburocratizar y a desregular. En otras palabras, podríamos decir que fue uno de los evangelios de este proceso, con el cual el criterio que sustentamos guarda coherencia y sentido finalista.

Las propuestas legislativas reseñadas, revelan preocupación por el tema planteado y, bueno es señalar, que las más específicas le han otorgado un tratamiento que armoniza con las ideas que, en reuniones científicas y publicaciones, venimos sosteniendo.

Si bien las iniciativas referidas anteriormente no han prosperado todavía, es evidente que subsisten y aún se han reforzado las razones que impulsaron los criterios propugnados y que académicos, empresarios y profesionales están maduros para recibir y aplicar soluciones que favorecerán la inversión, el desarrollo y los procesos de integración en marcha.

3. Retrocesos

Todo proceso de avance y modernización importa un combate permanente contra quienes en actitud atávica se oponen por múltiples razones.

En ese sentido debemos alertar sobre algunos retrocesos que provocan que nuestro país demore su modernización.

Veremos algunos ejemplos en el campo de la normativa societaria.

3.1. La precalificación

Advertimos que en la búsqueda de soluciones se ha acudido a criterios como el de la precalificación que, si bien representan un avance significativo, encaminado a la aceleración de trámites, no configura una solución de fondo, sino más bien un modo de institucionalizar y fortalecer un sistema que se aspira a erradicar.

Por lo demás, el sistema de precalificación se aplica exclusivamente en la Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires para ciertos casos y no en el resto del país. Esta diversidad, entendemos, que no solo afecta una legítima aspiración a un tratamiento igualitario (con respeto, por supuesto, de las facultades reservadas a las jurisdicciones locales) sino que puede desalentar al inversor externo o miembros del mercado integrado a quienes, sin duda, sorprenderá la falta de uniformidad de los requerimientos y su atipicidad.³

gentino de Derecho Comercial, 1990). También publicada en *Revista de Derecho Económico*, año II, n° 14.

³ Sobre el problema de la armonización de las legislaciones de los países del Mercosur puede consultarse *La Ley*, t. 1994-E, p. 1044. MARSILI, M.C. "La armonización de las legislaciones societarias de los países del Mercosur".

3.2. Resolución n° 8/94 de la Inspección General de Justicia

El organismo local de control con base en "la necesidad de actualizar antecedentes de las sociedades y contratos de colaboración empresarial inscriptos en el Registro Público de Comercio, y los deberes que la normativa vigente impone a cargo de determinadas sociedades", resolvió que los entes sujetos a control presenten la documentación que ya fue presentada en su momento.

Si bien esta medida sirve —según la Inspección General de Justicia— para la "racionalización y reorganización de los archivos de este organismo" implica, como se ha dicho, un retroceso para la tendencia liberalizadora fijada por las políticas gubernamentales y las normas reseñadas.

En efecto, la medida importa subliminarmente la ratificación de las funciones de fiscalización, tal cual hoy están concebidas, las cuales por lo expuesto *ut supra* están en franco cuestionamiento.

Además, el reconocimiento expresado en los considerandos de la Resolución citada, acerca del déficit estructural del organismo, recrea la desconfianza en el inversor al disuadirlo por los costos adicionales a que se somete a los administrados, sin una razón suficiente para ello.

Tampoco resulta oportuna una medida de tal naturaleza atento la sanción por la H. Cámara de Diputados de un proyecto de ley que facilita la disolución de sociedades por acciones, habida cuenta que las que opten por dicho régimen liberatizarán al organismo y no es razonable que se vean afectadas por la exigencia de trámites y gastos inútiles.⁴

3.3. El decreto n° 360/95

Por orden de aparición, corresponde ahora dedicar nuestra atención al contenido de este decreto que logra agravar la situación existente.

Con fundamento en la necesidad de "uniformar" en un cuerpo normativo las disposiciones relativas a "tasas y multas" (primer considerando), el decreto fija una tasa para iniciar el trámite de inscripción de una sociedad en \$ 3.000 (art. 1°), además de una tasa anual equivalente al 1% del capital social más la cuenta ajuste de capital resultante de sus estados contables, la que no podrá superar los \$ 3.000.

Esta medida provocó reacciones que se tradujeron en acciones judiciales, solicitadas periodísticas y proyectos de ley derogatorios.⁵

⁴ Régimen para la disolución y liquidación de Sociedades por Acciones: Orden del Día —Cámara de Diputados 1049, 29/11/94; H. Senado— expte. n° CD 132/94.

⁵ Autos "Jaimar S.A.: s/amparo ley 16.986" Expediente n° 11.968/95 con sentencia del 29.5.95 que hace lugar al amparo y declaran consecuentemente la nulidad del art. 3° del dec. 360/95. Proyecto de comunicación presentado por el Senador Hipólito SOLARI YRIGOEY (Senado, 16/6/95). Proyecto de ley de los Diputados José Gabriel DUMÓN y Juan Octavio GAUNA (abril 1995). *La Nación* del 5/4/95.

Las medidas que instrumenta el decreto han recreado el debate sobre la necesidad de la fiscalización externa de las sociedades por acciones.⁶

3.4. El decreto 754/95

Este decreto viene a ratificar las expresiones de la doctrina respecto a la impotencia del Estado de llevar adelante la función de control societario en el actual estado de cosas.

La nueva normativa es modificatoria de los arts. 9º y 10 del dec. 1493/82, reglamentario de la ley 22.315, orgánica de la Inspección General de Justicia, que instrumenta medidas de diferente orden. En sus arts. 1º a 4º establece un nuevo régimen para la solicitud de inscripción y rúbrica de libros que, en el futuro, se formalizarán ante escribano público.

Si bien la individualización y rúbrica de libros es una función del Estado que debe mantenerse, la recurrencia a otras alternativas como la referida en el texto subexamen, importa el reconocimiento palmario de aquella afirmación, fruto del análisis de la realidad.

Pero, al margen de lo expuesto, el aspecto que importa un retroceso en la línea de liberalización de los trámites societarios es la obligatoriedad impuesta a la precualificación instituida por el Convenio de Asistencia Técnica del 24 de marzo de 1987, en concordancia con la ampliación dispuesta por el Convenio del 7 de marzo de 1990 prevista por el art. 5º, del decreto citado.

Ello no importa desconocer la posible aceleración de los trámites mediante tal remedio. Simplemente, es necesario tomar conciencia que dichos trámites, en general, carecen de sentido jurídico. Por tanto, no corresponde el esfuerzo de acelerar aquello que, por definición no debiera existir.

4. El futuro

La comunidad jurídica, conforme lo reseñado precedentemente, ha dado señales, de las que no hay que apartarse.

Dichas señales conducen a la desregulación que, como se sabe, no es un valor en sí mismo; lleva a la atracción de capitales y es una herramienta de política económica, en tanto nuestro país, como resulta obvio de la mera lectura de algunos datos, entre ellos, los que surgen del presupuesto nacional, necesita captar capitales y crear las condiciones favorables para su acceso o retorno.

Cuando se evalúa la razonabilidad del control se trata, debe recordarse que el reconocimiento o asignación de personalidad a las sociedades no es sino una manifestación de la potestad del Estado, que tuvo su razón de ser en las circunstancias existentes en la época en que tal criterio se aplicara. Ello ocurría cuando las compañías de co-

⁶ Ponencia de Carlos SAN MILLÁN, presentada a este mismo Congreso.

Ionización contaban con facultades exorbitantes al derecho privado tal cual eran las impositivas y otras propia del derecho público. Esto, entonces, justificaba el control estatal de estas entidades. Téngase en cuenta, que ello nunca había ocurrido con las otras sociedades comerciales que, por cierto, no tenían esas características.

Puede advertirse también de este análisis, que la génesis de la intervención del Estado en la constitución de las sociedades es histórica y jurídicamente distinta del control de funcionamiento, por cuya razón los argumentos que sustentan una función no son válidos para la otra.

Por ello, el ejercicio de la fiscalización ha de efectuarse de modo que dicha actividad no perturbe, más allá de lo necesario y razonable, el desenvolvimiento de los sujetos económicos y, aún más, el de los seres humanos que por ellos actúan y que, sin razón suficiente, deben aplicar sus energías a la ejecución de trámites que no guardan relación con el control que legítimamente se ha de ejercer, distrayendo así esfuerzos que deben estar destinados a la creación, la producción de bienes y servicios o bien a su propio y legítimo desarrollo material y espiritual.

No olvidemos que este último aspecto encuentra, día a día, un mayor emplazamiento normativo, desde una vertiente internacional que, justamente reafirma su fuerza universal, cuya mejor traducción en nuestro país se encuentra en la lectura de los tratados incorporados a la Constitución Nacional.

Por otra parte, no corresponde alentar sistemas que presentan variaciones y tibeos que pueden entorpecer el proceso de necesaria armonización legislativa, presupuesto de la integración, cuya inobservancia puede conducir al fracaso de ésta.

Trataremos por último, un argumento de orden general, sobre cuyos efectos hemos advertido antes de ahora ⁷ referido a la metodología normativa a que se ha apelado para la instrumentación del ordenamiento de control de los actos societarios previsto por el dec. 754/95.

La normativa sobre las exigencias de constitución y otros actos de la vida societaria ha estado tradicionalmente contenida en la denominada legislación de fondo. Este principio no ha sido controvertido por los proyectos que se han ocupado del tema, sea cual fuere la orientación de política legislativa que hayan escogido para su tratamiento. Ello es y debe ser así, pues la recurrencia a otras vías como la del decreto citado y las consecuentes resoluciones que han de dictarse provocan una desjerarquización normativa por la cual se opera una indeseable ruptura en el estatuto de los sujetos societarios, mediante una legislación de segundo orden que no se encuentra legitimada por preceptos autorizantes de delegación. De tal modo, ésta se ejerce sin sustento respaldatorio, creando un precedente poco saludable, desde el punto de vista de la salva-

⁷ En este sentido, obsérvese que desde la suscripción del Protocolo de Ouro Preto, los países miembros del Mercosur han ingresado a un estado de compromiso en cuanto a la legislación comunitaria del cual no se pueden apartar.

guarda de las instituciones y del ejercicio de las competencias de los órganos del Estado.

Podrá argumentarse que ello ya venía ocurriendo en la Capital Federal con la tácita conformidad de los administrados, mas no ha de olvidarse que la irregularidad anotada pudo soslayarse mientras el sistema de precalificación era optativo. De tornarse obligatorio por aplicación del dec. 754/95, no cabe duda que se ha producido una modificación del régimen societario *erga omnes* mediante la imposición de reglas surgidas de un estatuto desgajado de las reglas válidas previstas por la legislación societaria y, por ende, contrapuesto a preceptos constitucionales.

La cuestión anotada es particularmente delicada, produce las ya referidas asimetrías en el tratamiento de los sujetos societarios, según la jurisdicción a que estén sometidos y no se justifica con las facultades atribuidas a las jurisdicciones locales en materia registral, de fuente constitucional. En efecto, esta atribución hace a la organización de los registros mas no a las exigencias y requisitos de los actos de los que se tome razón.

A nuestro juicio, es deber de la comunidad jurídica señalar estos desvíos que, si bien se han producido para satisfacer objetivos valiosos se presentan como peligrosos síntomas que han de ser evitados, pues la consolidación de nuestras instituciones requiere un escrupuloso y estricto ejercicio de las facultades que a cada órgano son inherentes, sin complacencias o perturbaciones que alteren su cauce.