

FISCALIZACION Y CONTROL PERMANENTE DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS CERRADAS Y ABIERTAS

Cámara de Sociedades Anónimas

La Cámara de Sociedades Anónimas propone:

a. La eliminación de la fiscalización de las sociedades anónimas cerradas, tal como hoy se la practica, por la autoridad de control de su domicilio, sin que tal eliminación afecte la registración de aquellos actos societarios impuestos por la ley y la presentación de sus balances. Para ello deberán modificarse las normas que establecen el control de legalidad previo a la registración de los actos societarios mencionados.

b. Reformular la fiscalización por la autoridad de control de las llamadas sociedades anónimas abiertas, atribuyendo su control permanente a los organismos competentes en razón de la forma de negociación de sus valores, su objeto o la naturaleza de sus acciones.

c. Que, en las sociedades que cotizan sus títulos valores en Bolsa, el control de los balances, de los sucesivos aumentos de capital y modificaciones estructurales, debe ser ejercido exclusivamente por ésta, eliminando así la duplicación de la fiscalización producida por la actual intervención de la Comisión Nacional de Valores. De esta manera, este organismo limitaría su intervención a autorizar la oferta pública por primera vez.

La Cámara de Sociedades Anónimas presentó al Congreso Argentino de Derecho Comercial celebrado en Buenos Aires del 24 al 27 de setiembre de 1990 el tema la presente ponencia. La gentileza del organizador de ese acontecimiento científico, el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, nos ha permitido reiterar, la presentación de estas ideas, por entender que, son de absoluta vigencia,

atento que la cuestión no ha sido legislativamente resuelta aún, no obstante la existencia del proyecto del Poder Ejecutivo a consideración del H. Congreso de la Nación ⁽¹⁾

FISCALIZACION Y CONTROL PERMANENTE DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS CERRADAS Y ABIERTAS

La presente ponencia de la Cámara de Sociedades Anónimas tiene por objeto analizar el régimen de las así llamadas sociedades anónimas cerradas y abiertas a la luz de la Ley de Sociedades Comerciales vigente ("LSC") y de otras leyes específicas (por ejemplo, las leyes 17.811, 22.169 y 22.315), para demostrar la conveniencia de reformular la fiscalización de las sociedades anónimas cerradas y el control permanente de las sociedades anónimas abiertas por parte de la autoridad de control.

1. El control permanente en la LSC

De acuerdo con la LSC, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de control de su domicilio durante su constitución, funcionamiento, disolución y liquidación, aquellas sociedades anónimas que; (i) hagan oferta pública de sus acciones o debentures; (ii) tengan un capital superior a un monto que se actualiza de tiempo en tiempo y que actualmente asciende a ciento sesenta millones de australes (A 160.000.000, equivalente a U\$S 30.000 aproximadamente al 15 de junio del corriente año; (iii) sean de economía mixta o se encuentran comprendidas en la Sección VI (Del Capítulo II de la LSC), el cual se refiere a la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria; (iv) realicen operaciones de capitalización, ahorro o cualquier forma de dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros; (v) exploten concesiones o servicios públicos; (vi) sean controlantes de, o controladas por otra sociedad sujeta a fiscalización conforme a alguno de los supuestos anteriores.

2. Los fundamentos del control permanente de las sociedades anónimas abiertas por la autoridad de control. Su análisis crítico

Según lo indica la Exposición de Motivos de la LSC, las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones están sujetas al control permanente del Estado, porque lo exige la protección del ahorrista que, actuando aisladamente,

(1) Senado de la Nación, DAE año 7 No. 118, pág. 1257, Mensaje 2022.

se halla imposibilitado de actuar en su propia protección. Conforme dicha Exposición de Motivos, el Estado tiene un alto interés en hacer efectivo tal amparo, para asegurar la afluencia del ahorro público a estas sociedades que, por su dimensión, permiten la consecución de objetivos económicos vinculados estrechamente al desarrollo económico del país. Los mismos fundamentos, según dicha Exposición de Motivos, imponían extender tal fiscalización a las sociedades anónimas de economía mixta y a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria ⁽²⁾.

A las sociedades de capitalización y ahorro se les extiende el control permanente en virtud de la *experiencia nacional*. Una suerte de Teoría de la Institución fundamenta el control permanente de las sociedades anónimas cuyo capital social exceda un monto determinado. La necesidad de que *los fines de interés público* no sean burlados por el empleo de técnicas jurídicas que permitan eludir la consecución del objeto perseguido por esta fiscalización, fundamentan la extensión del control permanente a la controlada o controlante de una sociedad anónima sujeta al control permanente del Estado.

En el fondo, la principal razón del control permanente es la tutela por parte del Estado de alguien que asume es indefenso, o de ciertos fines perseguidos por el Estado que podrían verse burlados o afectados por el accionar de otros.

Las razones invocadas por la Exposición de Motivos de la LSC para fundamentar el control permanente de ciertas sociedades anónimas deben ser analizadas hoy, desde un punto de vista crítico.

3. Sociedades anónimas cerradas y abiertas. Su distinción

La distinción generalizada entres sociedades abiertas y cerradas, en orden a proponer pautas diferentes de las adoptadas por el régimen vigente, conducen a profundizar el análisis de la LSC.

En ese orden de ideas, se advierte que la denominación de sociedades anónimas abiertas y cerradas no condice exactamente con el contenido de las normas en análisis. En efecto, sociedades cerradas son aquellas que no están incluidas en el Art. 299, pero en ese artículo encontramos que no todas las

(2) Adviértase, sin embargo, que los fundamentos mencionados en la Exposición de Motivos de la LSC para sujetar a las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones al control permanente del Estado, no pueden válidamente aplicarse a las sociedades anónimas de economía mixta y con participación estatal mayoritaria. En efecto, aquellos fundamentos son la protección del ahorrista que no puede actuar en su propia protección y el aseguramiento de la afluencia del ahorro público a las sociedades anónimas que hacen oferta pública de sus acciones. Ninguna de estas razones son aplicables a las sociedades mencionadas en segundo lugar, excepto que, precisamente, éstas hagan oferta pública de sus acciones.

sociedades incluidas en sus incisos son aquellas que hacen oferta pública de sus valores, las que en todo caso, se limitan a las del inciso 1o.). El resto, son incorporaciones de supuestos que por las razones expuestas precedentemente el legislador ha entendido que deben estar sujetas a fiscalización permanente. Por lo tanto, más que el distingo entre sociedades abiertas y cerradas correspondería hacer referencia a sociedades que están o no sujetas a fiscalización permanente. La LSC no establece expresamente qué implica estar sometida a fiscalización permanente. Ello más bien surge de la lectura de los textos que regulan los organismos locales de control. En el caso de la Capital Federal, por ejemplo, encontramos la Ley 22.315, que, como ley orgánica de la Inspección General de Justicia, la autoriza al dictado de normas que establecen que las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización permanente, excluidas las que lo son por la Comisión Nacional de Valores, deberán presentar al organismo, en forma previa, la documentación relativa a la convocatoria a asamblea. En consecuencia, es esto, en la práctica, lo que distingue a unas y a otras.

Para avanzar en el análisis acerca de la procedencia de mantener este distingo, es necesario recordar la génesis del control societario en la legislación vigente. Del régimen de la autorización para funcionar regulado por el Código de Comercio, se pasó en la LSC al sistema normativo, que resulta un híbrido que mantiene la intervención previa del organismo de control para la constitución de las sociedades anónimas, aún cuando tal intervención no importa el análisis de oportunidad.

Esta solución olvida que la personalidad jurídica de las sociedades por acciones implica, en la práctica, un reconocimiento de la excepción al principio general de la responsabilidad ilimitada de los socios.

Este beneficio es otorgado por el Estado como un incentivo para el logro de la acumulación de capitales que se considera necesario para su aplicación a actividades empresarias en mérito a la consecución de fines útiles para la comunidad, como es la creación de bienes y servicios. De modo que, siendo la limitación de la responsabilidad por esta vía una excepción al principio general de la responsabilidad patrimonial plena, está demás el tutelaje al que la ley somete la conducta de los recurrentes a este sistema.

Se entiende que si los que eligen esta vía de limitación de la responsabilidad no cumplen con las exigencias de la ley para ser acreedores del beneficio, deben soportar las consecuencias de sus actos, conforme su valoración judicial. En tal sentido, entonces, parece suficiente la inscripción en un registro público de la constitución de estos entes cuya anotación en el sistema actual y en el propuesto no tiene efectos saneatorios, sino solamente de publicidad.

Las sociedades por acciones, pues, deberían poder constituirse libremente, o sea sin la necesidad de la intervención previa de organismo alguno.

A esta altura del razonamiento, debe dejarse a salvo el interés del público, en cuyo caso la fiscalización para atender a este bien protegible justifica el control de las sociedades cuya actividad pueda afectarlo, por parte de los organismos específicos que tiene a su cargo la regulación de dicha actividad.

En consecuencia se hace necesario reformar el Art. 299, limitando la fiscalización permanente a los supuestos en que el interés del público pudiera ser afectado.

En este orden de ideas, debería analizarse la conveniencia de modificar el régimen de tutela establecido por la Ley 17.811 para las sociedades que hacen oferta pública de sus valores por resultar potencialmente afectados los intereses señalados. En efecto, el régimen vigente refleja una sobreabundancia y superposición de controles a raíz de las facultades de fiscalización atribuidas a los organismos existentes tales como la Comisión Nacional de Valores y las Bolsas de Comercio. Para evitarlo se debe adjudicar a aquél organismo el control de las que sólo hagan oferta pública de sus valores (en los términos establecidos por la Ley 22.169), y a las Bolsas de Comercio el de las que hayan obtenido su cotización bursátil.

Ello permitirá que, una vez admitida al régimen de oferta pública por primera vez, la sociedad que cotiza en bolsa pueda centralizar sus trámites de aumento de capital ante esta última institución, con información de su resultado a la Comisión Nacional de Valores.