

PLENARIO COMISIÓN III

“ROL DEL ESTADO EN MATERIA SOCIETARIA”

Sesión Plenaria de clausura, relato que formaliza el Presidente de la Comisión II, Dr. *Efraín Hugo Richard* de las tendencias advertidas conformes ponencias y debates de comisión en torno al tema “El Rol del Estado en el Derecho Societario”.

Dr. *EFRAIN HUGO RICHARD*

Esta síntesis intenta reflejar los debates generados en el seno de la Comisión III al influjo de más de 25 ponencias. No implica un relato en la forma tradicional, sino meditaciones y reflexiones que intentan señalar los ejes de lo acaecido, conforme a las instrucciones recibidas de la Comisión Organizadora por los Presidentes de Comisiones, en un intento de sistematizar en un todo orgánico el recto contenido de las ponencias y el singular brillo y agudeza del debate que generaron, lo que implica una labor imposible no sólo por mis limitaciones sino por el tiempo que se nos ha concedido.

Por eso, en primer lugar, mi agradecimiento a los ponentes por la creatividad de sus comunicaciones, a los que intervinieron en los debates enriqueciendo aquel contenido y a los miembros de la Comisión Dres. Bonfanti, Araya, Mercado de Sala, Benseñor, Sadler y Ragazzi que contribuyeron a un debate orgánico, y no por eso menos vehemente, permitiéndonos el tratamiento de todos los trabajos girados a esta Comisión. También nuestra disculpa a aquellos que no verán señalados sus nombres, aunque vean apro-

piadas las ideas, ni reconozcan sus ponencias que aparecerán englobadas en los temas, conforme a las indicadas disposiciones.

El rol del Estado en el derecho societario fue señalado no sólo en esta Comisión, sino en el resto de la actividad de este Congreso, por cuanto existen ciertos ejes comunes en torno a la tipicidad, la información y el control, el mercado de capitales, que imponen su trato. Por eso dentro de esta tercera Comisión nuestra búsqueda es enmarcar ciertas tendencias dentro de una sistematización del relato, de ninguna forma en el orden en que se trataron las ponencias, y subrayando particularmente la creatividad que en la impronta del debate se fue generando.

Hablar del rol del estado, implica reconocer la existencia de hétero-tutelas en relación al nacimiento y actividad de la sociedad, actividad que es una forma de darse la actividad de la empresa, y por ello, o ese rol del estado es justificado, porque parece ser que las soluciones contractualistas no satisfacen la totalidad de los intereses en juego que se conjugan en relación a la actividad empresarial. Pero particularmente, lo que interesa reconocer cuáles son los fundamentos de esa actividad del estado que no se da solamente en el control, sino en la actividad legiferante, así como también en su aplicación y penetración en el derecho mercantil como empresa pública; o sea cuáles son los roles del estado, sino también cuáles son los fundamentos de esa actividad y dentro de qué límites deben realizarse esa actividad.

La primer constatación que uno debe hacer, dentro de esos límites, es el recuerdo al principio de la libertad de autotutelas de los socios y de la misma sociedad para asegurar la actividad empresarial, en principio como un límite a la actividad del Estado, como protección a los derechos individuales de raigambre constitucional; en segundo lugar, el recuerdo de la pirámide normativa, la Constitución Nacional, las normas generales y las normas especiales que siempre deben intentarse interpretar, en congruencia y subsistencia de todas ellas. En tercer lugar, en una interpretación de la actividad del Estado en que su ingreso dentro de la actividad societaria y empresarial no debe estar destinada a solucionar conflictos individuales, sino exclusivamente a tutelar intereses que no pueden ser solucionados por las tutelas directas ejer-

cidas por los socios o la sociedad; y en último lugar, por el reconocimiento a la capacidad originaria de las normas contractuales para solucionar los propios conflictos o sea las previsiones iniciales de los socios, en orden a la forma de constituir la sociedad, al tipo social elegido, que implica un reconocimiento a las formas societarias, dentro de las cuales es aceptable un rol particular del estado y en ellas en que debe desestimarse prácticamente cualquier actitud de heterotutela por parte de la actividad administrativa y esto nos lleva, inmediatamente, a buscar los fundamentos del control del estado, frente a la ruptura del principio contractualista o la insatisfacción de las respuestas del principio contractualista en ciertos tipos societarios y también aún dentro de las sociedades cerradas, de la ruptura del principio de mayoría, tal cual como vemos en las soluciones de los artículos 301 y 302 de la actual ley de sociedades. Es que en ciertas circunstancias parece ser determinante que el estado debe intervenir en tutela, no por la propia intervención, sino en la tutela de otros intereses ajenos a la propia sociedad y a los socios y esto fundamentalmente en orden a la inversión, o sea al accionista inversor, al mercado mismo y a la comunidad, en orden a la actividad empresaria, conforme a alguno de sus objetos, o sea a objetos de la sociedad.

Y en este punto de los fundamentos del control del estado, se planteó como eje fundamental la redefinición del control estatal. En primer lugar en orden a su racionalización, en orden a su efectividad, en orden a la no acumulación de datos imprecisos, innecesarios y no sistematizados, que lejos de facilitar el control lo impiden y lo alejan. En la disminución de los controles, eliminando la duplicación de los mismos y la eliminación también de los controles vacuos, buscando la eficiencia de los mismos y por otra parte centralizarlos en actividades en que el estado pueda tener intervención en cuanto exista un interés tutelable concreto y no una indefinición burocrática en esa participación. Por otra parte, en el reconocer el límite de la actividad del estado central en orden a las facultades provinciales, con un objeto concreto, en relación a la centralización del control de las cooperativas; por otra parte en el reconocimiento de cuáles son los bienes jurídicos tutelados y particularmente dos, el mercado o la actividad propia de la empresa, y entonces en estos con-

troles tener en cuenta, dividiéndolos cuando son controles de constitución, o sea en torno al nacimiento o al reconocimiento del nacimiento de la personalidad o del sujeto, donde debe tratarse que el control sea mínimo, simplificado, buscando que se realice en el orden al continente y no al contenido, particularmente porque en este caso, los socios y la sociedad puede prevenir en las normas contractuales su propia autotutela y eventualmente este control del estado, aparece casi confundido con la publicidad en orden a la mínima tutela de los intereses de los terceros que contraten con la sociedad y por otro lado de esta simplificación la unificación de este control que particularmente reconociendo la conveniencia de que éste sea en sede judicial, pero si fuere en sede administrativa tratando de perfeccionar ese control de legalidad que siempre debe entenderse como sub-jurisdiccional.

En otro orden de estos controles, al lado de constitución, el de funcionamiento por la actividad objeto de la sociedad o sea el control de funcionalidad o empresa, donde se admite la posibilidad que el estado, por interés general de la comunidad, ejercite un control de cierta permanencia como es por ejemplo en la posibilidad de intervenciones cautelares del Banco Central en una orden de ampliación de la Ley de Sancamiento, en orden a la crisis de las entidades financieras y ampliándolas a límites no entendidos en esa ley, como son las referencias a las cooperativas, también en este orden de ejemplo se trabajó en cuanto al objeto o actividad a la radiodifusión, sugiriendo la necesidad de la fijación de políticas del estado o sea una heteroplanificación en orden a entenderlo a esto un medio de cultura, un medio de aseguramiento de la soberanía, sin perjuicio de la reivindicación provincial, o sea una heteroplanificación del estado en ese orden para permitir la autoplanificación que por supuesto implica evitar los excesos de la ingerencia estatal.

Dentro de este control también se asistió a la preocupación de aquellas sociedades sin actividad que pululan en el medio como una forma de tratar de facilitar la disolución de las mismas, comentando las experiencias Uruguayas, en orden a alguna disposición normativa, pero que paradójicamente por informe de los juristas uruguayos que nos acompañan, no había traído los efectos pensados,

sino que se mantenía la generación de las sociedades de fachada dispuestas a ser vendidas para el cumplimiento de objetos variados.

Por último, en orden al control, se destacó la fraterna participación profesional de los especialistas en las ciencias jurídicas y en las ciencias económicas, delimitándose sus ámbitos propios que encuentran un marco propicio dentro de la actividad empresarial para ofrecer un asesoramiento integral. Pero este rol del Estado en la parte de control, aparece en otra faceta como penetración dentro del derecho societario en la empresa pública, algunos autores lo han llamado como una de las facetas de la publicización del derecho mercantil pero, lejos de ello, entendemos que la irrupción de la empresa pública es una renuncia a su régimen propio administrativo que enriquece el derecho mercantil, aplicando a estas empresas públicas las normas del sistema en cuanto sean compatibles y disminuyendo al mínimo la concurrencia de las normas administrativas.

Los enfoques que se hicieron en torno a la empresa pública tuvieron distintas vertientes, una entendiéndolo como un camino del Estado hacia la privatización de sus empresas, buscando a través de una organización de su administración y particularmente en una regulación de su patrimonio que evite esa continua inyección de fondos generales del Estado, un ordenamiento de su economicidad como salida hacia la actividad privada, evitando lo que muchos autores han llamado el nuevo feudalismo del derecho. Esta presencia de la gran empresa pública monopólica, rompe todas las estructuras de los estados aún en los países capitalistas, impidiendo una correcta planificación. En este orden de congruencias de normas, aparece evidente la necesidad de interpretar la ley de sociedades del estado con preeminencia de las normas de derecho privado, atento la renuncia que el estado hace de su propio sistema de las normas de contabilidad, conforme dispone el Art. 6 de la ley, y una aplicación eventualmente supletoria y concurrente de las disposiciones del derecho público.

Se destacó por último, la importancia de las organizaciones de las corporaciones para el desarrollo, tanto los ejemplos uruguayos como algunos viejos ejemplos argentinos, como alternativas de partici-

pación del estado para impulsar o rescatar las empresas. Y este tema de la empresa, de la crisis de la empresa, aparece como un problema social con un interés comunitario ante el intento de ciertos empresarios de mantener el reparto de las utilidades pero socializar las pérdidas, ingresamos así a la problemática del capital de riesgo para la empresa, cuyo ropaje adecuado parece la sociedad anónima abierta, ella introduce el interés del estado para captación de capitales de riesgo en la protección del inversor, con una doble regulación, la regulación de las comisiones de valores, de los mercados y bolsas de valores, como instituciones privadas en ejercicio de concesiones estatales y la irrupción de un nuevo derecho de los títulos participativos, las normas sobre títulos participativos que imponen esta nueva irrupción, una nueva doctrina y una nueva pedagogía del derecho societario. No podemos seguir desde las cátedras enseñando exclusivamente como derecho societario la ley de sociedades, aún incluyendo la ley de cooperativas y aún con algún intento mayor pensando en los contratos asociativos en la sociedad civil del Código Civil, si no incorporamos también las Resoluciones de las Comisiones Nacionales de Valores y todos los derechos normados con diversa jerarquía normativa en orden a los títulos participativos y el mismo reclamo para la doctrina.

En los mercados parece indisoluble su interés para el estado en orden a tutelar las inversiones de riesgo y en este punto fue central, y casi diría unánime, el ataque a la ley de nominatividad de acciones, pese a algunos atenuantes aparecidos en los decretos reglamentarios. No obstante ello quedó bien en claro, que esta era una decisión de política económica donde aparecían enfrentado una política fiscalista frente a un planteo de tutela de inversión. Si bien no se afrontaron las razones que puede dar el derecho societario a la nominatividad obligatoria, como pueden ser los temas de interés contrario. Pero sí se subrayó, ya en estos planteos de desarrollo de los mercados, la necesidad casi diría federalista de incorporar los segundos mercados al funcionamiento de los actuales, en un parangón a aquellos que funcionan en Barcelona, Madrid, y otros países Europeos, de menores requisitos, particularmente con cierta autonomía privada de los mismos y con eventuales auditorías externas, dedicados a la pequeña y mediana industria para revalo-

rizar particularmente los mercados regionales que harían pensar también en la conveniencia de institucionalizar fondos comunes de inversión regional.

Por último, dentro de este marco de un nuevo derecho societario, dentro del cual tiene un rol fundamental el derecho de los títulos de participación, se trabajó sobre la vedette de estos últimos tiempos, la ley de nominatividad accionaria o sea nominatividad no endosable. Desde los planteos de disminuir las sanciones, limitándolas a la suspensión de los derechos como suficientes para el fin fiscalista requerido y evitar las sanciones pecuniarias que conllevan a la incorporación de socios no queridos, hasta la simplificación de la conversión de los títulos que aún dispuesta de pleno derecho pueden traer algunas dificultades en orden a acciones escriturales o no endosables, y también con mejores presiones en orden al quórum y posibilidad de asamblea unánime cuando hubiere acciones con derechos suspendidos por no haberse presentado a la conversión, y por último en torno a la legitimación en la transferencia de las acciones de en cuanto pueda ser realizada exclusivamente por el cesionario o ahora se imponga la carga de realizarla por el cedente, conforme se traduciría del marco de las nuevas normas. Parece así revalorizado dentro de este marco de la ley de la nominatividad obligatoria el rol del Transfer, o sea de la sociedad emisora si es ella la que lleva el registro o de la entidad a que se haya delegado la registración de las acciones nominativas no endosables o de las acciones escriturales, tema no suficientemente tratado en la doctrina argentina, pero que indudablemente merecerá la inmediata atención de todos nosotros.

Por último, la problemática del asentimiento conyugal donde hubo una motivación unánime en que la aplicación del régimen de asentimiento conyugal como planteo sociológico, generaba dificultades en el mercado o de los títulos de participación, y que aparecía como innecesario para la protección del bien jurídico tutelado de la sociedad conyugal que ya tenía una suficiente tutela en orden a la nominativización de los títulos y que una aplicación de ese asentimiento conyugal implicaba generar una inseguridad jurídica en el tráfico de los títulos-valores. Frente a esa unanimidad hubo un prolijo análisis doctrinario en orden a la naturaleza del

registro de socios, a la naturaleza de la inscripción, a la naturaleza diferencial de los títulos-valores, de los derechos incorporales, y también a la unidad del derecho como sistema y las preocupaciones de quienes bajo esa óptica recomendaban una actuación legiferante del estado para aventar esa inseguridad jurídica. Parecería que habría quedado satisfecha en la unidad de criterios en orden a los efectos que se podían producir, sean por aquellos que consideraban innecesario el negocio auxiliar del asentimiento conyugal o para el caso de aquellos que entendiéndolo necesario faltara ese asentimiento y esa unidad de efectos se dio en el análisis en paralelo del principio de autonomía que rige para los títulos-valores, que vincula causalmente entre partes y desvincula a los terceros del negocio causal, frente a aquellos que consideraban la necesidad del asentimiento entendían que a través de la apariencia, pero en orden a la limitada oponibilidad y de considerar tercero al cónyuge ante la inscripción registral los efectos aparecían idénticos, en ninguno de los dos casos frente a terceros podría plantearse la cuestión de la falta de asentimiento conyugal, por lo cual en esa vertiente coincidieron quienes consideraban no aplicable a los títulos valores el instituto del asentimiento conyugal, con aquellos que entendiendo su necesidad, que era una tendencia podríamos así decir minoritaria, analizaron con esos alcances los efectos de la falta de ese asentimiento. Podríamos decir que en este estado de las cosas aparece una penetración del principio de autonomía en la teoría general de los negocios onerosos.

Como conclusiones de esta Comisión, podríamos señalar por una parte, que la enseñanza del derecho societario debe integrarse no sólo en una regulación de los contratos asociativos como se señaló en este Congreso, ni en la unificación de las sociedades civiles o comerciales como se señaló en el Tercero, sino por el derecho de los mercados de valores o sea de la oferta pública, y de los títulos-valores de participación y de las normas de control. Frente a ese casi slogan de la llamada publicitación del derecho mercantil, frente a una sociedad totalmente liberal pero que enfrenta una penetración totalmente intervencionista de muchos años y a través de muchos gobiernos, las instituciones típicas del derecho mercantil se van tiñendo con la penetración del derecho público y esa penetración

se da en dos vías, por la acción del estado como sujeto de la actividad empresaria que implicaría una renuncia a actuar como ente del derecho público, como hemos señalado, y por la otra por su intervención como control o en la autorización. Pero todo esto va dentro de lo que hemos dado en llamar el estado de derecho y dentro del estado de derecho la actividad del estado, debemos entender y aquí me permito citar palabras de Jorge Vanossi, en que ese estado de derecho es la suma de limitación más control, es decir, la negación de lo que antiguamente en la época absolutista se reconocía como la posibilidad del soberano de actuar "legis absolutus", es decir, suelto de toda atadura normativa, el sistema encaja en la libertad de creación corporativa, o centro de imputación diferenciada que estamos remarcando y justamente la Corte ha sostenido que no mediando vinculación de orden jerárquico, ni disciplinario, la invocación de razones de conveniencia general, como el fomento industrial o la tranquilidad, no bastan para someter, so color de ejercicio de poderes administrativos reservados, la persona y los derechos de los individuos a la sola discreción ejecutiva.

Y para terminar me vienen bien algunas palabras del Sr. Presidente de la República expresadas el día 15 de abril de 1986 y que el Dr. Enrique Zaldívar ha recordado en este Congreso en una penencia, dice el Dr. Alfonsín: "Me refiero a la modernización de la Administración Pública, esa modernización debe estar dirigida a que la burocracia estatal sea un instrumento y esté al servicio de las necesidades y derechos de la población, ello requiere eliminar una serie de controles previos que sólo sirven para encubrir con formalismos los posibles errores sustanciales que se cometen, debemos ir a un sistema de revisión ulterior de los actos y decisiones administrativas, con serias sanciones para el mal ejercicio de la libertad, debemos hacer participar a la población y en especial a los usuarios de los servicios públicos en el control de la administración, debemos simplificar los trámites administrativos eliminando pasos superfluos, reduciendo el expediente" y esto es —esta invocación del Presidente— la conclusión recibida dentro de la Comisión y que me he permitido transmitir de esta forma a Ustedes y que espero tenga el beneplácito de quienes me han acompañado en la dirección de esta Comisión. Muchas gracias.