

## LIMITES DE LAS ATRIBUCIONES ESTATALES EN EMPRESAS DESARROLLEN ACTIVIDADES SUJETAS A CONTROL ESTATAL PERMANENTE

Juan Pablo Orquera

El control que el Estado efectúa sobre las empresas que desarrollan fiscalizadas por disposición legal; como actividad jurídica debe estar guiada siempre por la búsqueda de fines axiológicos superiores, los cuales estarán determinados por el interés legítimo a proteger, no pudiendo limitarse esa fiscalización al mero cumplimiento del requisito normativo. Porque aunque la finalidad normativa se cumpla; si aquellos intereses resultan conculcados, el control deviene en directa violación a los derechos constitucionales de los interesados.

### INTRODUCCION

A esta altura del desarrollo de la ciencia jurídica resulta impensable que alguna actividad, denominada de interés *público* o *general*, no resulte controlada por el Estado.

Este esquema general admite antecedentes constitucionales <sup>(1)</sup>. Pero entendemos que aún en la hipótesis, el Estado debe ser limitado en el régimen general de control <sup>(2)</sup>, y que esos principios han sido genéricamente aceptados por la Jurisprudencia nacional <sup>(3)</sup>.

(1) Ya JOAQUIN V. GONZALEZ, sostuvo (MANUAL DE LA CONSTITUCION ARGENTINA, Ed. Estrada Bs.As. 1.983, pgs. 438 y 439) que: "...*todos los derechos, además de las limitaciones que la misma Constitución consigna, pueden ser restringidos en su ejercicio por las leyes que provean a su realización práctica...*"

(2) Este poder del Congreso, o de la ley, no es tampoco absoluto. Puede limitar el uso de los derechos, pero sin desconocerlos ni alterarlos en su esencia. Y dijo, el constitucionalista citado respecto del art. 14 "*es de principios y de experiencia, de reconocimiento de la integridad de los derechos, y de defensa contra las invasiones del Poder Legislativo en la esfera reservada la soberanía nacional, no conferida a los poderes del gobierno. Porque no sólo puede haber en los pueblos presidentes o reyes que se hagan tiranos, sino también legislaturas o parlamentos que conviertan su potestad de dictar leyes en verdadero despotismo, o den leyes injustas para usurpar otros poderes u oprimir la libertad de los derechos de los individuos del pueblo*" (Ob. cit. par. y pg. cit.)

(3) Es también doctrina recibida aquella que emana de la Corte Suprema de Justicia de la V Congreso Argentino de Derecho Societario,

El esquema a que venimos haciendo referencia no se limita a las normas constitucionales de los arts. 14 a 19, sino que resulta de la normativa general de la Constitución Nacional<sup>(4)</sup>. Por lo que entendemos que la interpretación que debe darse a las disposiciones fundamentales, no puede ser limitada a las normas tutelares del trabajo, propiedad y comercio, sino que se vinculan estrechamente con el mismo ejercicio de la libertad del ciudadano.

Si a lo dicho agregamos que la *legalidad* debe ser la regla del accionar estatal, concluiremos que el campo de actuación de los órganos de control permanente queda constreñido a los estrictos límites que la norma jurídica -de rango legal- le marquen<sup>(5)</sup>.

Además, el fundamento del control estatal está dado, en definitiva, por la necesidad de protección de los intereses particulares, que se ponen en juego. Coincidimos con Bielsa cuando sostiene que el Derecho Público viene a proteger al Derecho Privado creemos que en el caso es más apropiado hablar de interés privado<sup>(6)</sup>.

Nación conforme a la cual: "...las cláusulas constitucionales no deben ser interpretadas de manera que las ponga en conflicto unas con otras, sino que las armonice y respete los principios fundamentales y que la interpretación de los preceptos constitucionales debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y adoptando como verdadero el que concilie y deje a todas con valor y efecto". (Fallos: 289;200, 296;300, 301;771, entre muchos otros).

(4) Diremos que en nuestro ordenamiento constitucional surge, con toda evidencia la llamada garantía innominada -equivalente a la garantía del debido proceso sustantivo o de razonabilidad-, la cual se refleja en la vigencia de las cláusulas que tienden a proteger tanto, el valor insustituible de la integridad del interés público general, como también a la libertad de contratación y ejercicio de industria lícita. Recordemos que la gran preocupación de ALBERDI, expuesta tanto en su proyecto (art. 20), como en las Bases, era precisamente que todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución no pudieran ser borrados de un plumazo por las leyes dictadas en su aplicación: "*La Constitución, decla, debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán excepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto más de una vez...*". Así el artículo 28 de nuestra Ley Fundamental, se levantó como un valladar extraordinario a la arbitrariedad administrativa, judicial o legislativa. Ese artículo se convierte así en la estructura lógica donde se apoyan todo el contenido de los derechos y libertades individuales, reforzándose así todo el régimen de los derechos de los artículos del 14 al 18.

(5) JOSE ROBERTO DROMI, DERECHO ADMINISTRATIVO ECONOMICO T II, pg. 551, Ed. Astrea 1.980: "*En el Estado de derecho la Administración sólo puede actuar de conformidad con la ley. Se sustenta en la y tiene en vista el fiel cumplimiento de las finalidades señaladas en la ordenación normativa. Como es sabido, la relación que vincula la Administración a la ley es más estricta que la que existe entre la ley y el comportamiento de los particulares. En efecto, en cuanto a la actividad privada se puede hacer todo lo que no está prohibido; en la actividad administrativa sólo se puede hacer lo que está permitido. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción, puesto que, además de esto se exige todavía una relación de subsunción.*"

(6) BIELSA, RAFAEL; REGIMEN JURIDICO DE POLICIA; pg. 67 Ed. La Ley 1957. "*Deslinde ente lo público y lo privado. Sin la existencia de un derecho público se debilitaría el derecho*

Sentados estas pautas liminares, entraremos en el tema propiamente dicho en materia de sociedades comerciales.

## EL REGIMEN DE LA LEY 19.550

La piedra fundamental de todo el sistema de control que establece la ley 19.550 (t.o.), es el artículo 299, que enumera todas las sociedades que se encuentran sometidas a un control estatal permanente, sea en su constitución y durante su funcionamiento, disolución y liquidación <sup>(7)</sup>.

Esta categoría especial de sociedades, sometidas a un control francamente excepcional, resulta de la enumeración que el legislador estableció en el mentado artículo. De ella, extraemos la primera conclusión y consiste en que la misma es taxativa <sup>(8)</sup>. Creemos que resultaría violatorio del principio constitucional de reserva (art. 19 C.N.), una interpretación que sea por vía de analogía o interpretación extensiva entendiéndose que se puede extender el sistema de control a otras sociedades que las establecidas en los seis incisos del art. 299.

Apoya nuestra hipótesis el texto de los restantes artículos del título, y la opinión de la Comisión Redactora, en la Exposición de Motivos, que refieren concretamente a la situación descripta. Por lo que la actuación del órgano de contralor (Inspección General de Justicia, o el que corresponda a la provincia respectiva), se limitará a controlar el acto de constitución, salvo los casos especiales de pedido especial de los accionistas, o se encuentre en juego el interés público (Art. 301) <sup>(9)</sup>.

*privado, porque a cada paso éste sería atacado, menoscabado, aniquilado por la falta de protección del Estado, sin la cual los hombres pasarían la vida atacándose, privando los unos a los otros de sus bienes, y éstos no podrían ser objeto de producción y de intercambio de servicios."*

(7) VERON, ALBERTO VICTOR; SOCIEDADES COMERCIALES-LEY 19.550 y Modificaciones, comentada, anotada y concordada. To. 4, pg. 508. Comentario al Art. 299.

(8) ROMERO, JOSE IGNACIO, REVISTA DE DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES NRO. 100-1984-530. "La ley establece una categoría excepcional de sociedades que están sometidas a un control francamente excepcional, de tal forma que la enumeración contenida en el artículo debe entenderse taxativa, y el control para ellas previsto, aplicable solamente a su caso particular. En este caso, el control no es ya limitado para la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y fiscales en el acto constitutivo y sus modificaciones, sino que se amplía a todo el funcionamiento de la sociedad, comprendiendo todos los actos de la vida societaria".

(9) EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEY 19.550, Cap II, Sec. V, Tit. 12, : "La sociedad anónima abierta es la que hace oferta pública de sus acciones (art. 299, inc. a), entendiéndose por la cotización en bolsa o la invitación que se haga a las personas en general o a sectores o grupos determinados a suscribir, adquirir o realizar cualquier acto jurídico con acciones, cualquiera sea el medio por el que se haga esa invitación (ley 17.811). Esta clase o subtipo de sociedad anónima está sujeta al contralor permanente del Estado, porque lo exige la protección del ahorrista, que actuando aisladamente se halla imposibilitado de actuar en su propia protección... 7.- Cuando la sociedad anónima no se halla

En consecuencia, cabe preguntarse ahora ¿cuales actos son los que resultan sujetos al control estatal? . Entendemos que uno de los puntos centrales de la cuestión es este. Porque el alcance del control, parte precisamente de los actos que se permite al Estado controlar. A efectos de dilucidar la cuestión entendemos que cabe considerar en particular cada uno de los supuestos que contempla el art. 299 en sus seis incisos.

a) Sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones o debentures. Aquí el control se ha de puntualizar en el objetivo de protección de los intereses de los accionistas, que en el caso solo tienen la denominación de tales, ya que en realidad, y conforme a pacífica doctrina en realidad se trata de *ahorristas* <sup>(10)</sup>, que colocan sus fondos en las mencionadas sociedades al solo efecto de obtener una utilidad, pero no, por ejemplo para ejercer sus derechos parapolíticos. Ello nos indica claramente cual es la actitud del sujeto a proteger, y en consecuencia, el perfil del interés comprometido, sin perder de vista siempre en interés general que se refleja en sociedades como la considerada, en punto al ahorro y el desarrollo de un mercado de capitales sólido y transparente; y que en definitiva hacen, por vía del efecto multiplicador de la inversión, a la consecución de los objetivos de la Nación en materia económica <sup>(11)</sup>.

b) Sociedades anónimas cuyo capital supere determinados montos. Sin lugar a dudas; el fundamento legal de ésta norma es la gravitación que tienen estas empresas dentro del reducido mercado societario nacional.

c) Sociedades de economía mixta o sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria. Además del directo interés estatal de neto corte patrimonial, se advierte que en general el objeto social de estas compañías se vincula con actividades vinculadas con la defensa nacional, y otras actividades esenciales del Estado. (Arts. 308/314 de la ley 19.550; y la ley 12.962) <sup>(12)</sup>.

d) Sociedades anónimas que realicen operaciones de capitalización con la promesa de prestaciones futuras. En este caso el bien jurídico tutelado es la fe pública. Y en este inciso quedarían incluidas aquellas empresas que realicen

incluida en ninguna de las categorías analizadas precedentemente, la actuación del órgano de contralor se limitará al acto constitutivo dentro de los límites del art. 167, analizado, y corresponderá a las autoridades locales (art. 300)."

(10) Esta es la denominación que por igual utilizan, RICARDO AUGUSTO NISSEN, (LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES To. II, pg. 733), ERNESTO EDUARDO MARTORELL (SOCIEDADES ANONIMAS, pg. 431), y ALBERTO VICTOR VERON (Ob. cit. pg. 509, v. nota. 24), nos indica claramente cual es la actitud del sujeto a proteger, y en consecuencia, el perfil del interés comprometido.

(11) NISSEN, RICARDO A. Ob. y pg. cit., MARTORELL, ERNESTO E. Ob. y pg. cit.

(12) El ejemplo de estas sociedades lo dan HIDRONOR SA., AFNE SA., como sociedades con participación estatal mayoritaria; y SOMISA, como sociedad de economía mixta.

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

intermediación financiera y actúen en el mercado asegurador. También aquellas compañías que tienen por objeto captar fondos de pequeños ahorristas para la adquisiciones de bienes de uso, que por la redacción del inciso también quedarían en el grupo <sup>(13)</sup>.

e) Sociedades anónimas que exploten servicios públicos. En este caso el interés a tutelar consiste en la continuidad de la prestación del servicio público, y se refleja el directo interés del estado en la cuestión <sup>(14)</sup>, que ha cedido parte de sus atribuciones a particulares para que ellos extiendan los beneficios del servicio al resto de la colectividad.

f) Sociedades anónimas, controlantes o controladas de las incluidas en los supuestos anteriores. En este supuesto lo que se pretende tutelar es la buena fe contractual. En cuanto, mediante una clara aplicación de la doctrina del *disregard of legal entity*, se alcanza a aquellas sociedades y sujetos, que sirviéndose del ropaje de otra sociedad, explotan los resultados económicos de una de las sociedades contempladas en los incisos precedentemente citados <sup>(15)</sup>.

Advirtamos que en muchas ocasiones el control estatal se presenta por vía de más de uno de los supuestos de los incisos analizados, produciéndose así un entrecruzamiento de categorías, causales y controles.

## EL CONTROL ESTATAL - LA ACTIVIDAD DE CONTROL

Ya deslindada la función de policía societaria a cargo del Estado, desarrollada en forma permanente, en las sociedades incluidas en el título precedente, cabe descubrir cual es la ratio última de ese contralor (siempre con el objetivo de verificar sus límites).

En ese rumbo, sostenemos que la función del Derecho, se presenta como una

(13) GAGO, CARLOS B.; GONZALEZ, LUIS M.; DE LIA, JOSE A.; SOCIEDADES POR ACCIONES -ESTUDIO TEORICO-PRACTICO-, T° 1, pg. 223, Ed. RUBINZAL-CULZONI, 1.980.

(14) ESCOLA, HECTOR JORGE; COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, To. 1, pg. 426, Ed. Depalma, 1984. "Todo servicio público, para ser tal, debe estar dirigido a la satisfacción de una necesidad de interés general, o más precisamente, de interés general. Si bien es cierto que esta condición caracteriza a toda la actividad administrativa, y aun es propia de ciertas actividades llevadas a cabo por particulares o administrados, lo que singulariza al servicio público es el hecho de que es creado y establecido justamente para atender esas necesidades, en el convencimiento de que ellas, de otro modo, no serían cubiertas o lo serían de manera impropia o inadecuada."

(15) DOBSON, JUAN M.; EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURIDICA (EN EL DERECHO PRIVADO), Ed. Depalma, pg. 11; "La teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, denominada también allanamiento o redhibición de la personalidad jurídica, ha logrado una ubicación definitiva en la teoría jurídica general. Se trata de un remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular."

de las exteriorizaciones del poder estatal. Y como tal, distribuidor de facultades y deberes de los sujetos que componen la comunidad estatal <sup>(16)</sup>, las sociedades que constituyen la enumeración del art. 299 de la L.S.C., no pueden ser la excepción.

Esta verdad de perogrullo, viene a ser el fundamento del control mismo, que se descompone en dos sentidos, uno referido a la actividad de la *empresa*, que está claramente delimitado en el objeto social, y que se cumple mediante los controles que realiza el Estado, sobre la *actividad económica* de la sociedad. Y otro, que apunta a los aspectos societarios de constitución, funcionamiento, disolución y liquidación, o cuando el ente de fiscalización lo considere pertinente y en protección del interés público, lo cual alcanza a toda otra sociedad por acciones, aunque no se encuentre entre las enumeradas en el art. 299 LSC <sup>(17)</sup>.

Tanto para un supuesto, como para el otro, el límite de la actividad de control, ha de ser, el cumplimiento de las reglas que deben reunir todos los actos administrativos y en su caso jurisdiccionales en general.

En cuanto al primer grupo de Empresas, aclaramos que es particularmente heterogéneo; dado que en él tanto se incluyen las sociedades comerciales del art. 299 LSC, como también cualquier otro tipo societario de la LSC, incluso Cooperativas, etc. En este grupo lo que importa como determinante es la actividad, sin importar la figura asociativa que asuma esa empresa. <sup>(18)</sup>

En tanto, que en el grupo de sociedades diremos que estas empresas, si desean realizar alguna de las actividades de las identificadas en el art. 299, deberán asumir el tipo societario de sociedad anónima. He aquí el primer control. Es decir que solo

(16) KELSEN, HANS; TEORIA GENERAL DEL ESTADO, Ed. Labor 1.934, pgs. 79, 125 y 135.

(17) MANUALES DE JURISPRUDENCIA LA LEY-LEY 19.550, bajo el control de JOSE LUIS AMADEO, Ed. LA LEY, pg. 453: "Si bien es cierto que la LSC, distingue a los efectos del control por la autoridad de fiscalización, entre sociedades se hallan sometidas a un control permanente -las enunciadas en el art. 299 LSC- y aquellas otras -no incluidas en la norma citada- en las que el control se limita al contrato constitutivo, sus reformas y variaciones de capital, esa regla no es inflexible, pues las sociedades no incluidas en el art. 299, pueden ser objeto de contralor fuera de los supuestos enunciados por el art. 300 del mismo texto cuando la autoridad misma de fiscalización lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público: art. 301, inc. 2do. LSC)". C.N. COM. Sala B 07.06.76-CONSORCIO INTERNACIONAL. Rev. L.L. 1977-A-497.

(18) Enumeramos algunas de las leyes y decretos que controlaban y controlan la actividad de las empresas consideradas susceptibles de interés público: la ley 11.672, (to. dec. 140890/43) que crea la Comisión de Control de Transportes de la ciudad de Buenos Aires; el dec-ley 19.492/44 ratificado por ley 12.980, que establece todo lo relativo a la regulación del transporte marítimo, fluvial, lacustre, etc.; la ley 19.836, que establece la autoridad de aplicación en el control de las Fundaciones, en cuanto a su autorización para su constitución, funcionamiento, objeto, patrimonio, etc.; la ley 21.801, creadora de la Sindicatura General de Empresas Públicas, etc.

pueden realizar esas actividades sociedades anónimas por imperativo de la norma mencionada

Pero, tanto unas como otras sociedades deben, ineludiblemente someterse al mencionado control estatal. Este se exterioriza mediante el dictado de actos administrativos, que alcanzaran distintos sectores de la actividad societaria, según el caso.

Así el Estado cuando autoriza el funcionamiento de una nueva línea de transportes, o nueva sociedad que cotice en bolsa, por citar dos ejemplos, está poniendo en movimiento todo un sistema de controles que pasan, fundamentalmente, por el cumplimiento de los fines de legalidad, pero nunca de oportunidad o conveniencia<sup>(19)</sup>. Por lo tanto, debe siempre e ineludiblemente someterse el Ente de contralor al estricto cumplimiento de los requisitos de razonabilidad y buena fe<sup>(20)</sup>.

El incumplimiento de esos fines axiológicos, autorizará de por sí a la interposición de todos los recursos e impugnaciones que autoriza nuestro sistema legal, no solo por las causales y vías taxativas que establece la ley<sup>(21)</sup>, sino que en general, su causa, objeto, y el fin de fiel cumplimiento de la ley, resultan requisitos ineludibles<sup>(22)</sup>.

Observamos que conforme a lo dicho en los párrafos precedentes, los Entes de contralor podrían penetrar y participar de toda la vida societaria, precisamente por la amplitud de actividades societarias que resultarían controladas, lo cual es francamente inconstitucional. Por eso proponemos como pauta, para determinar con total precisión los supuestos de actos susceptibles de control, es que estos estén íntimamente vinculados con el bien jurídico que se pretende proteger.

Lo que queremos demostrar, es que hay fines últimos que debe cumplir el Estado en su función de control societario, y que trascienden el simple cumplimiento de la ley, sino que en el curso de esa actividad, todo acto, debe estar destinado a cumplir un fin superior, que en cada caso lo dará el interés jurídico a proteger.

(19) DICTAMENES DE LA PROCURACION DEL TESORO DE LA NACION, (P.T.N.) fecha 27.01.1.982; Asto. EXPRESO SINGER; en igual sentido; ; Asto. TRANSPORTES DEL TEJAR SA. 17.07.1.984, etc.

(20) DICTAMENES P.T.N., Asto. EMPRESA DE OMNIBUS ARAOZ SRL, 13.05.1.983, entre otros.

(21) HALPERIN, DAVID ANDRES; LA IMPUGNACION DE ACTOS EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION Y POR EL BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA; REVISTA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, año 2/Nro. 4, 1.990, pg. 290.

(22) HUTCHINSON, TOMAS; LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, To. 1, pg. 147, Comentarios al art. 7 de la ley 19.549. Ed. Astrea