

Comisión IV.

SOBRE FUNCIONES DE LA AUTORIDAD DE CONTROL EXTERNO DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES, ACERCA DE LA CONVENIENCIA DEL CAMBIO DE SISTEMA DE CONSTITUCIÓN Y DE UNA INCOHERENCIA EN EL RÉGIMEN VIGENTE

VÍCTOR ZAMENFELD.

I. Consideramos de interés determinar a los fines de este trabajo, las facultades que la ley 19.550 pone en cabeza de la que llama "autoridad de contralor de las personas jurídicas", esto es, del organismo del poder administrador nacional (Inspección General de Personas Jurídicas) o provincial encargado de realizar el control externo, de legalidad, de las sociedades por acciones.

Sabido es que dicha autoridad, cuya organización es de exclusiva competencia local, ha visto reducido el marco de sus funciones con relación al código de comercio vigente hasta el año 1972 por la Ley de Sociedades, que al establecer modalidades de fiscalización discriminó a las sociedades por acciones atendiendo a su importancia, al monto de su capital, su dimensión, la forma de ocurrir al público, el objeto (exp. de motivos, cap. II, sec. V, XII).

En este trabajo nos limitaremos a analizar las facultades del órgano o autoridad de control, ateniéndonos estrictamente a las que enuncia la ley 19.550, y sin considerar aquellas que leyes provinciales de organización de tales organismos les han otorgado en ejercicio del poder de policía local.

II. Son ellas:

En la etapa de constitución

1) conformar* el acto constitutivo y el reglamento si hubiere sido previsto en el contrato (arts. 5, segundo párrafo, 167, 299 y 300, L.S.);

* Conformar, es decir: verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales (art. 167, L.S.).

2) conformar las reformas del estatuto y el reglamento inscritos en el Registro Público de Comercio (arts. 5, 167, 299 y 300, L.S.);

3) aprobar el programa de fundación en los casos en que se recurra a la constitución por suscripción pública (art. 168, L.S., que fija un plazo de 15 días para el pronunciamiento);

4) aprobar la valuación de los aportes en especie (art. 53, L.S.), controlando su efectiva integración (art. 187, tercer párrafo, L.S.) y designando peritos, de ser necesarios (arts. 51, primer párrafo, y 53, inc. 2, L.S.);

Luego de regularmente constituida

5) aprobar el contrato de fideicomiso en los casos en que el empréstito se realice recurriendo a suscripción pública (art. 339, último párrafo, L.S., disponiendo de un plazo de 15 días para el pronunciamiento);

6) fiscalizar en forma permanente el funcionamiento, la disolución y el proceso de liquidación, en el caso de las sociedades comprendidas en el art. 299, L.S.;

7) fiscalizar a las sociedades no comprendidas en la enunciación del art. 299, L.S.; si lo considera pertinente y previa resolución fundada, cuando: a) lo soliciten accionistas que representen el 10 % del capital social o lo requiera un síndico. El control se limitará a los hechos que funden la petición (art. 301, inc. 1, L.S.); b) en resguardo del interés público (art. 301, inc. 2, L.S.);

8) fiscalizar, cuando se realice por sorteo, la amortización total o parcial de acciones integradas (art. 223, inc. 2, L.S.);

9) convocar a asambleas: a) de accionistas, cuando omitiesen hacerlo el directorio o el síndico en los casos previstos por la ley o cuando, requeridas por accionistas que representen no menos del 5 % del capital social o una representación menor si así estuviese previsto en el contrato, aquellos órganos rehusaren su convocación (art. 236, párrafos 1º y 3º, L.S.);

b) de debenturistas, cuando así lo solicitare alguno de los fiduciarios o un número de tenedores que representen, por lo menos, el 5 % de los debentures adeudados (art. 354, 3er. párrafo, L.S.), sólo respecto de los emitidos a partir de la vigencia de la ley 19.550 (art. 1, inc. e, ley 19.880);

c) de tenedores de bonos de goce y participación, a solicitud de cualesquiera de ellos, cuando se trate de modificar sus condicio-

nes de emisión y se demuestre que la sociedad no ha dispuesto su convocatoria (arts. 232 y 236, L.S.);

10) presidir las asambleas por él convocadas (arts. 242, 2º párrafo, L.S.);

11) autorizar el reemplazo de las firmas autógrafas en los títulos y acciones que emita la sociedad, estableciendo en cada caso los requisitos que garanticen su autenticidad (art. 212, segundo párrafo, L.S.);

12) recabar a las sociedades sometidas a control permanente (art. 299, L.S.) la presentación de un ejemplar de la documentación contable que la ley exige, si no fuese remitida dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de su aprobación (art. 67, 2º párrafo, L.S.);

13) exigir a las sociedades comprendidas en el art. 299, L.S., cuando lo estime necesario, la presentación de un estado de origen y aplicación de fondos para el ejercicio terminado y otros documentos de análisis de los estados contables (art. 62, tercer párrafo, L.S.);

14) dictaminar, a requerimiento del juez de registro, sobre la autorización que en cada caso se solicite para el empleo de medios mecánicos u otros de contabilidad (art. 61, último párrafo, L.S.);

15) peticionar ante el juez del domicilio de la sociedad, si lo considera procedente, a) la declaración de nulidad de las resoluciones asamblearias que sean violatorias de la ley, el estatuto o el reglamento (art. 251, L.S.);

b) la suspensión de las resoluciones de sus órganos, si fuesen contrarias a la ley, el contrato o el estatuto (art. 303, inc. 1, L.S.);

c) la intervención de su administración, por resolución fundada:

I) cuando lo considere necesario, en resguardo del interés público; II) en los casos citados en 15, b, de éste, si se trata de sociedad que haga oferta pública de sus acciones o debentures, o si realiza operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requiera dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros (art. 303, inc. 2, L.S.);

d) la disolución y consecuente liquidación de la sociedad, cuando no fuese posible remediar, mediante intervención judicial, las causas que refieren los casos citados en c. (art. 303, inc. 2, segundo párrafo, L.S.);

e) la disolución y consecuente liquidación, en los casos del art. 94, L.S., incisos 3 (cumplimiento de la condición a la cual subordinó la sociedad su existencia), 4 (consecución del objeto para el cual se

formó o imposibilidad sobreviniente de lograrlo), 5 (pérdida del capital social, salvo el caso del art. 96, L.S.), 8 (reducción a uno del número de socios durante más de tres meses), y 9 (sanción firme del retiro de oferta pública o de la cotización de sus acciones, salvo resolución de asamblea extraordinaria que se reciba dentro de los 60 días y conforme el art. 244, L.S.) (art. 303, inc. 3, L.S.);

f) su liquidación, en el caso de expiración del término de constitución, no prorrogado antes del vencimiento del plazo (arts. 94, inc. 2, 95 y 303, inc. 3, parte final, L.S.);

16) imponer sanciones a la sociedad, sus administradores y síndicos (art. 302, L.S.);

17) conceder y sustanciar las apelaciones que se interpongan contra sus resoluciones (arts. 169 y 306, L.S.);

18) conformar el contrato constitutivo, el reglamento en él previsto, las reformas de uno y otro y controlar el funcionamiento, disolución y liquidación con las modalidades establecidas en la ley de sociedades recién reseñados, a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido para las leyes de la Nación que pretenda realizar ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social, establecer sucursal o cualquier otro tipo de representación permanente en la República, a la que el tribunal haya decidido someter a las normas aplicables a las sociedades por acciones (arts. 118 y 119, L.S.);

19) llevar legajos de las sociedades (art. 369, inc. p, ley 19.550, conforme a ley 19.880) y la Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación, el Registro Nacional de Sociedades por acciones (art. 8, L.S.).

III. Atento a la amplitud de funciones que se asigna a la autoridad de control en los casos del art. 299, L.S. (ver II, nº 6, de éste), pareciera lógico concluir que la mayoría de las facultades precedentemente enunciadas se han formulado respecto de las sociedades del art. 300, L.S., pues no habría sido necesaria tal casuística para las primeras, por estar sujetas al más amplio control de funcionamiento, disolución y liquidación.

Sólo en el control de constitución no hallamos diferencia en las facultades de la autoridad de control sobre las sociedades por acciones, a las que fiscaliza de igual modo en esa etapa, sin discriminarlas.

IV. Sabido que el control estatal o externo de la sociedad por acciones, tal como se da en nuestros días es desconocido por la

legislación comparada, más allá de las fronteras sudamericanas (Ecuador, Bolivia, Colombia, Paraguay, Chile y Uruguay, tienen organismos similares a los nuestros).

Por supuesto que es general el control de algunas variedades de sociedad, pero ello acontece en razón de su objeto, y no del tipo (caso de bancos, suscripción pública y cotización en bolsa de títulos, valores, seguros).

Es del caso, entonces, cuestionar la validez y eficacia del control estatal en razón del tipo para la sociedad por acciones, tan arraigado entre nosotros y que tan diversas opiniones en favor y en contra ha generado.

Parece indudable validar la opinión que sostiene que en alguna jurisdicción (Capital Federal, provincia de Buenos Aires, por ej.) resulta imposible controlar seriamente a gran número de sociedades (actualmente más de 40.000 en Capital Federal; más de 15.000 en provincia de Buenos Aires. Claro que se trata de números totales, que no descuentan las sociedades ya liquidadas, lo que reduciría en un 30 % el número total, que es igualmente grande. En algunas provincias, en cambio, el total de sociedades es reducido y llega a límites bajísimos, si consideramos sólo las del art. 299, L.S.).

Atendiendo a este criterio, la distinción entre sociedades de control estatal permanente (299, L.S.) y limitado (300, L.S.) eventualmente extensible (301, L.S.), parece práctica. Se controlarán más eficazmente las sociedades de mayor relevancia.

Así, el número de sociedades a controlar se reduce notablemente. Como dato de interés se puede señalar que en la provincia de Buenos Aires, alrededor del año 1972 se realizó una estadística sobre sociedades controladas, según el criterio del nuevo ordenamiento. En resumen se advirtió que las sociedades del art. 299, L.S., no llegan siquiera al 5 % del total de entidades registradas, y de ese 5 % la mayoría se dedicaban al transporte automotor de pasajeros.

V. Halperin sostiene, para distinguir el criterio de control que ha impuesto la ley 19.550, que "mientras el régimen del art. 318, C. Com. derogado, hundía su raíz en el poder general de policía y subordinaba la autorización a un objeto que no fuera contrario al bien común, la regulación traducida en los arts. 299 y siguientes halla su fundamento —sin limitarse a la autorización para funcionar— en el poder de policía de la prosperidad (art. 67, inc. 16, de la Constitución) y está inspirada en la creciente socialización del derecho y en el control del poder económico del Estado" (Halperin, *Sociedades anónimas*, 1974, cap. XVII, II, n^o 2, ps. 740/1).

No parece muy clara la distinción que establece el desaparecido maestro. Al contrario, pareciera que el liberal código de comercio de 1889 fue mucho más estatista y socializante en este punto, que la ley que hoy nos rige. Como que el régimen de la autorización ha desaparecido en el régimen vigente.

Parece indudable que el régimen de control instaurado en la ley 19.550 tuvo en cuenta nuestra particular idiosincrasia en materia de sociedades anónimas. No son muchos los países en que puede advertirse tal multiplicación de la forma anónima. Razones fiscales, de evasión al régimen del derecho de familia y otras similares, han dado lugar a la proliferación que se advierte entre nosotros. Frente a esa realidad, el legislador ha entendido como tarea imposible realizar el control integral de las sociedades por acciones, lo que es exacto. Ante ello, ha abdicado parcialmente tales facultades y ha instaurado un sistema incoherente.

Así, la autoridad de control llega a controlar sorteos (*supra*, nº 8) y presidir asambleas (*supra*, nº 10), menesteres que no revelan precisamente la importancia de su cometido. El análisis meramente enunciativo de sus funciones, efectuado en II, revela cómo se ha puesto en su cabeza, disímiles e innecesarias —en algún caso— funciones.

De todos modos, fluye de la lectura de tales funciones que el espíritu del legislador no se ha podido desprender de las ideas tenidas en la mira por el codificador de 1889.

El interés público puede llevar a controlar sin limitaciones a la sociedad (*supra*, II, nº 7, b) e incluso a solicitar y obtener su liquidación (*supra*, II, 15, c, 1). Si ello es así durante la vida de la sociedad, ¿por qué no concederle similar facultad cuando la constitución?

VI. — Ello nos lleva directamente a la necesidad de que, encarada en su momento alguna revisión legislativa del régimen vigente, se opte por alguna sistemática más coherente que: 1) mantenga las facultades y el régimen de control externo instituido, *bajo el régimen de la autorización*; o 2) limite sensiblemente las facultades de la autoridad de control o aun las elimine, instaurando plenamente el sistema normativo o reglamentario.

En tal caso, el control de funcionamiento se realizaría no en razón del tipo, sino del objeto social y limitado a él, tal como actualmente lo realiza el Banco Central, Superintendencia de Seguros, Comisión Nacional de Valores, etc. En todo caso, y atendiendo razonables críticas, como las de Zaldívar ("J. A.", 1973, doctrina, p. 114), quien señala la estéril superposición burocrática de controles, debe-

rán exceptuarse del control que impone la ley 19.550 durante su funcionamiento, disolución y liquidación, a las sociedades que en virtud de leyes especiales se hallan sujetas al control de organismos específicos a los que se transferirán las facultades que la ley confiere a la autoridad administrativa (I.G.P.J. y similares de provincia).

VII. — Por nuestra parte, optamos por la posición primera, aquella que postula el retorno al sistema de la autorización.

Aún hoy nos parece atinada la reflexión de Vélez Sarsfield en su nota al art. 45 del C. Civil, cuando señaló que “otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del gobierno para crear la persona jurídica. La extensión ilimitada de las corporaciones de diversas clases, no siempre es conveniente o indiferente a los pueblos”.

Y si puede sostenerse en países de avanzada evolución económica, con Brunetti (*Tratado*, t. II, n^o 481), que el sistema de la autorización es de índole policíaca, por lo que “no se comprende cómo pueda hoy subsistir todavía” (pese a lo cual en la misma Italia, cuando la sociedad supera determinado monto de capital, o en Suecia, cuando se emiten acciones al portador, se exige autorización administrativa previa a la constitución, lo que nos revela cómo el sistema normativo o reglamentario no funciona tan plenamente como se sostiene), parece también indudable que muy diversas son las tradiciones y las condiciones en que están los países que tomemos como modelo, como para implantar lisa y llanamente la solución por ellos adoptada. Por lo demás, tales circunstancias, las imperantes en nuestro país, subyacieron en el espíritu de la ley 19.550. De allí su apuntada incoherencia: liberal en el proceso de constitución, estatizante durante el funcionamiento de la sociedad por acciones.

Es que si el interés público es una pauta a considerar para extender el control (art. 301, inc. 2, L. S.) y aun para disolver una sociedad (art. 303, inc. 2, L. S.), ¿por qué no tenerlo en cuenta desde la constitución —como lo imponía el derogado art. 318, C. Com.—, siendo que es elemental que un mejor y más eficaz control es el que se establece desde el origen?

Pensamos, de todas maneras, que la decisión a adoptar es eminentemente política, de allí que se haya formulado en forma dual la propuesta, en VI de éste. Es merituación política la que decidirá adoptar en plenitud uno u otro sistema, y ello creemos que impone la revisión total de la Ley de Sociedades en punto al control estatal de la sociedad por acciones, lo que postulamos igualmente.

Esto implica también, aunque incidentalmente, adherirnos a la posición que ya desde la exposición de motivos de la ley 19.550 (cap. I, sec. II, n° 1) exponía al proponer reunir en un solo organismo el control de la constitución y las demás tramitaciones de las sociedades mercantiles.

La circunstancia de que resulte indispensable revisar el régimen de control y constitución de las sociedades, tema de alguna extensión que evade una simple ponencia, no impedirá formular proposiciones concretas, que implicarán instrumentar un primer paso que apunte a aquél, más vasto, de la reforma integral.

VIII. En suma, se propone:

1) como solución de inmediata concreción, propiciar la sanción de una ley que exceptúe del control que impone la ley 19.550 durante la constitución, el funcionamiento, disolución y liquidación, a las sociedades por acciones que en razón de su objeto y en virtud de leyes especiales se hallen sujetas al control de organismos estatales específicos (Comisión Nacional de Valores, Banco Central, etc.). A estos últimos organismos se transferirán las facultades que la ley 19.550 otorga a la autoridad local de fiscalización (I.G.P.J. y sus similares de provincias), que sumarán tales funciones a sus facultades propias;

2) la revisión del sistema de constitución de sociedades mercantiles, como se ha expuesto en VII, en el sentido de concentrar en un solo ente la función de sustanciar todas las tramitaciones;

3) revisar igualmente el sistema de control estatal de constitución y funcionamiento de las sociedades por acciones, reconociendo la carga política que implica decidir acerca de la conveniencia de readoptar total o parcialmente (a la manera sueca o italiana u otra similar, como se expuso *infra*, en VII) el sistema de la autorización en el proceso constitutivo, y optando, en definitiva, por un sistema coherente al respecto, que implique:

a) mantener las actuales atribuciones de las autoridades locales de control estatal, dentro del sistema de la autorización para la etapa de creación del ente; o

b) reduciendo sensiblemente —o aun eliminándolas— las facultades de dichos organismos, en un sistema de constitución normativo o reglamentario.

Por nuestra parte, optamos por la reimplantación del sistema de la autorización.