

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

REPRESENTACIÓN Y CONTROL DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES(*) (965)

MAX M. SANDLER

SUMARIO

I. Administrador o representante. - II. Características del administrador o representante. - III. Los conflictos por la inscripción. - IV. Injerencia estatal en la constitución, control y fiscalización. - 1. Proyecto Malagarriga - Aztiria. - 2. Proyecto Bomchil. - 3. Régimen instituido. Sociedades cerradas y abiertas. - 4. Fiscalización privada.

I. ADMINISTRADOR O REPRESENTANTE

El terreno experimental suscitado en torno a la vigencia del nuevo régimen de sociedades comerciales, obliga reiterar la radical distinción en punto a la naturaleza jurídica del representante de las sociedades por acciones advertida por la doctrina. Para una parte de ésta, adherida al sistema clásico, los administradores resultan "mandatarios" de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

asamblea. La otra tendencia de mayor recepción, alcanza ubicar su figura como la del "órgano" necesario de la sociedad, emergente de la ley y con absoluta independencia de los cuerpos colegiados.

Partiendo del principio que la sociedad anónima se genera con el contrato, tiene asidero la teoría del mandato. Empero, las modernas legislaciones van aceptando el principio de organicidad, y por ende rechazan todas aquellas tendencias que pretenden radicar la naturaleza jurídica de la representación en la teoría del mandato.

Existe una suerte de conducto directo, que hace que la dirección de una empresa dependa a manera de "organigrama" directamente de la asamblea. Los autores modernos admiten los inconvenientes de considerar como mandato la función que ejercen los administradores(1)(966).

Pero, ya sea que la naturaleza jurídica resulte calificada dentro de la institución del mandato, ora que impere la teoría del órgano, es menester apreciar si existen en rigor de verdad diferencias entre la figura del administrador con la del representante.

En la sección 8ª., intitulada "DE LA ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN", aparecen destacadas las características comunes exigidas para los que responsabilizan los actos de las sociedades en su actuación con los terceros. Dicha sección se ocupa en establecer precisamente los límites que obligan a la sociedad por los actos de sus representantes o administradores, así como las cualidades que deben exigirse a estos estableciendo en dicho capítulo, toda una estructura común a los distintos tipos de sociedades y que al abortar en exigencias de publicidad y registración, ocasionó desde la vigencia una serie de conflictos que conmueven a distintas entidades empresarias y profesionales, motivando un desconcierto discriminatorio poco alentador para quienes entienden aplicable su exigibilidad y quienes se resisten a un sistema de vertientes netamente burocráticas y costosas no propuesto por el legislador.

El anteproyecto Malagarriga - Aztiria, inspirado en el Código de Honduras de 1950, la ley mexicana y el Código italiano se aparta de la norma impuesta por el art. 1964 del Código Civil, por el que la administración de la sociedad se reputa un mandato general, otorgando al administrador el carácter de mandatario que ejerce los negocios ordinarios, por lo que la sociedad no sólo requiere ser administrada sino que, por ser una persona ideal, exige también quien la represente. Es aquí donde deliberadamente parece confundirse la administración con la representación y donde la gestión de los negocios no encuentra más limitaciones que las que se expliciten en los instrumentos de constitución.

El anteproyecto se orienta en la ley francesa de 1966, otorgando a los administradores ilimitadas facultades, excepto aquellos actos que resultaren "notoriamente extraños" con el objeto social, de acuerdo con el principio impuesto por el artículo 302 del Cód. de Comercio.

Se aparta de lo establecido por el art. 410 en su segunda parte en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sentido que nada puede hacer un socio sin el otro. Ninguno puede, sin nueva convención, obrar en ausencia del compañero, aun en el caso de que éste se hallara en imposibilidad personal de concurrir a los actos de administración, declarando la inoponibilidad a los terceros de la organización plural de la administración, ello con el fin de proteger la seguridad jurídica de aquellos que contratan con la sociedad.

Es así que el proyecto modifica su criterio en cuanto a las facultades irrestrictas, convirtiendo en ilimitadas las facultades del administrador respecto de terceros, y conforme con la expresada pauta del art. 302 del Cód. de Com., prevista para los socios de sociedades colectivas, hace extensible a todas las sociedades la limitación, cuando los actos resulten notoriamente extraños al objeto social.

De esta manera el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato, o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social (art. 58 primera parte).

Los negocios realizados por y con terceros requieren indagar acerca de las facultades que emanan de los distintos órganos de representación, y es así que se produce una suerte de desconcierto que a veces atenta con la seguridad jurídica que se exige.

Toda esta gama de conflictos, creados a veces por razones de distancia, justifica la segunda parte del art. 58, que reza: "Este régimen, se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el pacto se celebra en infracción de la representación plural". Es decir, que si la expresión volitiva del órgano de representación, ya sea por defecto, vicio del consentimiento u otra razón la torna ineficaz, quedan a salvo los derechos de los terceros, excluyendo, como quedó dicho, a quienes tuvieren conocimiento del defecto o vicio por el cual el acto se realizaba en infracción de la representación plural.

Los redactores justifican esta solución como única salida para atenuar los conflictos entre los intereses de los terceros y de los socios, sumada a la tónica actual del tráfico mercantil, que en los casos de obligaciones documentadas en títulos de crédito circulatorios, la naturaleza de los derechos que confieren, atentan con una investigación a veces compleja, de la capacidad del representante de la sociedad que suscribe un documento, lo endosa o avala.

No pocas veces ha tenido oportunidad de pronunciarse el tribunal. La Cámara Comercial, Sala B, de la Capital Federal, en el caso "Kohn S. Inastillex S. A." publicado en J.A., t. III, 1966, pág. 373, dijo: "La sociedad anónima actúa representada, en principio por su presidente, y los conflictos internos que se produzcan entre sus órganos, o en el interior de algunos de éstos, no pueden afectar a los terceros para quienes son válidas las actuaciones de quien o quienes se hallan en el desempeño de sus funciones". Y la misma Sala en el caso "Frigorífico Setti

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

s/quiebra" (J.A., 1967 - IV - pág. 311) expresó: "El tercero de buena fe no tiene por qué hacer investigaciones acerca de la composición regular de los órganos de la sociedad anónima, ni respecto al cumplimiento de los recaudos exigidos para su actuación, desde que la seguridad de los negocios exige que no debe preocuparse de la corrección de las deliberaciones de tales órganos.

Los conflictos internos que se producen entre los órganos de la sociedad anónima o en el interior de alguno de ellos, no pueden afectar a los terceros, para quienes son válidas las actuaciones de quienes se hallan en el desempeño de sus funciones, ya que así lo exige la buena fe y la seguridad de los negocios. Por ello, la eficacia interna de las limitaciones tienen asidero en la ley, permitiendo que la última parte del citado art. 58 determine.

"Estas facultades legales de los administradores o representantes, respecto de terceros, no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción".

II. CARACTERÍSTICAS DEL ADMINISTRADOR Y REPRESENTANTE

No se conformó la ley con precisar las potestades de los administradores y representantes. Necesitó enfatizar las características esenciales para el ejercicio del cargo, que habrán de revestir connotaciones comprensivas también a quienes integren los órganos de fiscalización.

Características referidas a su modo de obrar, como medio de evaluación para regular la responsabilidad, el art. 59 determina: "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios".

"Los que faltaren a sus obligaciones son responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resulten de su acción y omisión". El obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, reconoce como antecedente la ley española de 1951, y también la ley de sociedades de responsabilidad limitada de Alemania.

Teniendo en cuenta el término de prescripción establecido por el inc. 1º art. 848 del Cód. de Com., el anteproyecto de los doctores Malagarriga - Aztiria establecía en su art. 36 que "la responsabilidad de los administradores no cesa aun cuando hayan procedido de acuerdo con una resolución tomada por los socios, mientras la indemnización deba cubrir intereses de terceros o de socios disidentes. Las acciones de responsabilidad contra los administradores prescriben en el término de tres años. El administrador que se considere libre de responsabilidad debe demostrarlo".

En el caso de responsabilidad, la ley establece el principio que la aprobación de los estados contables no implica liberación de responsabilidad de los administradores y de los síndicos (art. 72), y en el caso especial de las sociedades anónimas, reglamenta el régimen de la responsabilidad en los conocidos supuestos de actos en intereses

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrarios, actividades en competencia o mal desempeño del cargo, por cuya virtud se regula un régimen represivo para asegurar una administración leal y prudente, extendiendo la norma del art. 59 a la "violación de la ley, estatuto o reglamento y cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades y culpa grave" (art. 274).
Exceptúase de responsabilidad al director que:

a) Participó de la deliberación o resolución o la conoció y dejó constancia - escrita - de protesta;

b) Diere noticia al síndico, antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, o al reglamento, y si no media oposición del cinco por ciento del capital social por lo menos. En caso de liquidación coactiva o concursal de la sociedad, la extinción de la responsabilidad es ineficaz (art. 275).

También se siguen estos principios a los síndicos o miembros del consejo de vigilancia.

III. LOS CONFLICTOS POR LA INSCRIPCIÓN

Toda designación o cesación de administradores debe ser inscripta en los registros correspondientes, e incorporada al legajo de la sociedad. También debe publicarse cuando se tratare de sociedad de responsabilidad limitada o sociedad por acciones. La falta de inscripción hará aplicable el art. 12, sin las excepciones que el mismo prevé.

De esta manera el artículo 60 completa la sección referida a la administración y representación.

Este artículo es reproducción del anteproyecto Malagarriga - Aztiria, tomado de su art. 37, con el agregado referido a los efectos de la falta de inscripción.

Responde la ley al principio de publicidad, por el que de conformidad con el art. 36 del Cód. de Com. corresponderá al Registro Público de Comercio la inscripción de los documentos que instrumenten los "poderes" que se otorguen por los comerciantes a "factores" o "dependientes" para dirigir o administrar sus negocios mercantiles, y las revocaciones de los mismos.

La inscripción - como vemos - se refiere a la designación o cese de administradores, y en los casos de designaciones por sociedades de responsabilidad limitada o sociedad por acciones, estos actos deben publicarse. Conforme con el art. 14, cualquier publicación que se ordene sin determinación del órgano de publicidad o del número de días por el que debe cumplirse, se efectuará por una sola vez en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponda.

La designación o cesación se inscribe en consecuencia e incorpora a legajo formado para cada sociedad con los duplicados de la toma de razón, cuya consulta es pública (art. 99).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se advierte que en este caso particular la ley distingue al administrador del representante, ya que la obligación le cabe exclusivamente al administrador, omitiendo aquí - creemos deliberadamente - toda referencia al representante.

No resulta caprichosa esta distinción, ni puede imputarse a un mero olvido. Si la sociedad se entiende como un ente organizado, creado en el acto de su constitución, debe existir alguna explicación por la cual la ley confunde las características del administrador con la del representante, y aquí impone la anotación de la designación y cesación, solamente para el caso de los administradores.

Precisamente la razón por la que la doctrina se inclina por el principio de organicidad en punto a la naturaleza jurídica, contraria a la del mandato, impide toda suerte de confusiones respecto de uno como de otro. Esta distinción ha sido admitida por la doctrina ya sea en las sociedades por acciones como las de responsabilidad limitada, y en las sociedades por interés cuya personalidad jurídica también ha sido aceptada(2)(967) como que la representación de la sociedad está funcionalmente ligada a la administración, cuya designación depende - según los tipos de sociedades - ya sea en el acto constitutivo para las de interés, o por medio del sistema deliberativo - resolutivo de las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones. De allí la necesidad de posibilitar a los terceros el conocimiento de las designaciones y caducidades, como medio de propender a la seguridad jurídica por los actos de los administradores.

El art. 11 de la ley española de sociedades anónimas ordena, entre los distintos supuestos que deben contener los contratos constitutivos, la "designación del órgano y órganos que habrán de ejercer la administración indicando quiénes ostentan la representación de la sociedad". Algunos notarialistas españoles pretenden deducir que la ley deja un amplio campo a la autonomía de la voluntad para decidir sobre la estructura del órgano administrativo. "Esta autonomía se ejercerá, primeramente, en los estatutos, ya en el acto constitutivo de la sociedad, ya mediante las posibles modificaciones de los mismos por el procedimiento que se establece en la propia ley y que para poder apreciar quién ejercerá el poder de representación se ha de estar a lo que establezcan los estatutos y en algunos supuestos concretos a lo que resulte de los acuerdos tomados por la Junta General o el Consejo de Administración"(3)(968). El registro mercantil es propiamente de transcripciones y no de inscripciones, y aunque al registrador se le encomiendan facultades calificadoras, no por ello los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro, cuya función es de mera publicidad. Por virtud del art. 110, "el nombramiento de Comisión Ejecutiva o de Consejero Delegado, y en general la delegación permanente de todas o parte de las facultades del Consejo de Administración, así como los poderes generales que en su caso acordare conceder la Junta General, y la modificación o revocación de todos estos actos, constarán en escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La registraci3n ordenada se refiere a los cargos de administradores, los que con suficiente mandato conferido por acto de escritura p3blica ser3n presentados para su publicidad y registro. Es as3 que lo constitutivo y confirmatorio es el documento p3blico notarial en el que queda establecida la designaci3n del administrador.

Es menester, pues, diferenciar entre REPRESENTACI3N, que se refiere a la actuaci3n externa, y la ADMINISTRACI3N, que hace a la interna. "Si el estatuto de la sociedad no se3ala que la representaci3n legal estar3 a cargo del presidente y del secretario general, sino que le da a 3ste el deber de refrendar su firma, ello no hace a la validez de la actuaci3n externa" (La Ley, C3m. Nac. Comerc. Sala "A", mayo 1973).

La falta de inscripci3n obliga a los otorgantes y son inoponibles a los terceros, sin que las excepciones que prev3 el art. 12 tengan relevancia en este caso. Es decir, que en las sociedades por inter3s o de responsabilidad limitada en n3mero menor de veinte socios, los terceros puedan alegarlas contra la sociedad y los socios.

As3 existe una clara distinc3n entre la administraci3n con un sentido amplio y general, entre la direcci3n o conducci3n personal de los negocios sociales.

Puede advertirse en el derecho comparado, donde el t3rmino administrador se refiere al cargo que en otros pa3ses denominan como director (Francia, B3lgica, Espa3a para los primeros y Estados Unidos y diversos pa3ses iberoamericanos en el segundo). Es as3 que esta confusi3n de la de nominaci3n tambi3n influye como para que, sin perjuicio que la legislaci3n exige la inscripci3n y cese del cargo de los administradores, se acople la exigencia para los directores. M3xime cuando se pretende inscribir la designaci3n de todo el 3rgano de representaci3n, para los supuestos de directores que no representan por s3 solos a la sociedad.

Desde la sanc3n legal, al no existir pronunciamiento expreso, es obvio que el desconcierto obliga a requerir la inscripci3n de los 3rganos de representaci3n, sin tener siquiera en cuenta que la ley se refiere al administrador, y por si fuere por dem3s incongruente, se mandan inscribir las designaciones y ceses de los 3rganos completos, en total olvido de la norma impuesta por el art. 268 que confiere la representaci3n de la sociedad al presidente del directorio. El estatuto "puede" autorizar la actuaci3n de uno o m3s directores. En ambos supuestos se aplicar3 el art. 58. "Como vemos, no se refiere para nada a la obligaci3n de inscribir la designaci3n del presidente".

De lo que se colige que el desconcierto en torno a las exigencias de la inscripci3n perdurar3n hasta tanto se regule normativamente con sentido pr3ctico y reposando en la verdadera interpretaci3n legal, cu3les son los cargos que corresponder3 inscribir. En nuestro concepto solamente deber3n efectuarse inscripciones de los administradores en cuyo caso el Registro deber3 otorgar certificaciones que acrediten la vigencia del cargo. Mas no de los directores que integran 3rganos representativos y de administraci3n necesaria. Hacemos esta distinc3n para contribuir a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

clarificar el desconcierto sucedido en torno a la exigencia de la inscripción, porque ello ocasiona una antipática discriminación entre quienes exigen la referida inscripción de los órganos de representación, y quienes entienden que no corresponde, sino en el caso de "factores", "administradores" o "apoderados".

La antedicha inscripción permitirá a los terceros la contratación en los términos y con las salvedades del art. 58, sin que por supuesto ello suponga un denso trámite burocrático, que en tal caso atenta con la característica de rapidez que se exige para los actos de comercio. El plazo para proceder a la inscripción será de 15 días de la fecha del otorgamiento (art. 39 del Cód. de Comercio).

En este aspecto se presenta también otra interesante cuestión, relativa a las facultades que se le confieren al señor juez de Registro, quien puede oponerse a los documentos que se le presenten, tal como sucede con las atribuciones que surgen de lo dispuesto por el art. 6° de la ley, en tanto su misión consista en el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, de los contratos de constitución.

Esta atribución, implícita para todos los casos en que se pretendan inscribir instrumentos emanados de sociedades, no importa convalidar los vicios de nulidad, dotando al documento de eficacia jurídica. La certificación de vigencia resultará imprescindible si pretendemos cumplir acabadamente con la norma impuesta por el art. 60, ya que no puede oponerse a terceros por defecto de la inscripción de la designación o la caducidad de los cargos, donde revista suma importancia determinar la capacidad jurídica de los administradores dentro de la categoría de instrumentos que justifican la personería(4)(969).

Ello se comprende porque en el anteproyecto se recomendaba reestructurar el Juzgado de Registro de la Capital Federal, regulando el procedimiento y suministrándole los medios materiales para cumplir con sus funciones con total y lamentable olvido que esta exigencia también problematiza el ámbito de las demás provincias, con recursos escasos como para proveer un sistema registral acorde con la pretendida exigencia.

La designación y cese de los administradores deberá inscribirse en "los registros correspondientes e incorporada al respectivo legajo de la sociedad" (art. 60).

Es indudable que cuando la ley quiso referirse al Registro Público de Comercio, lo ha dicho concretamente y en caso es indudable que la remisión al art. 8° es concreta: "Registro Nacional de Sociedades por Acciones". Tanto este Registro como los legajos respectivos se encuentran suspendidos por virtud de lo expresamente dispuesto por el art. 369 inciso b) del decreto - ley 19880 que reforma la vigencia de la ley, atento los conflictos para su puesta en marcha y permitir una adecuación contemporánea de las sociedades con una incorporación registral acorde. Pero es del caso, que como en sede de la Capital Federal se habilitó un "Libro Especial" para el mentado artículo 60 se entiende que funciona la exigencia registral para los administradores. Y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

también para todos los directores.

El factor o gerente ya tiene marcado el régimen de registración en el Código. Es indudable que la aparición del Registro Nacional de Sociedades por Acciones, como el legajo que se forma con los testimonios remitidos por el Registro Público de Comercio, exige que las designaciones de los administradores sean registradas en los libros pertinentes. Cómo pueden los terceros tener conocimiento de estas designaciones, si no es por medio de la anotación y emisión de constancias de vigencias. Pero no puede seguirse a ello, que los órganos de representación, donde inclusive detentan cargos directores que no ejercen la "representación" sino como meros integrantes de los órganos ejecutivos, también son objeto de registración. Pues ni más ni menos porque se hizo costumbre la confusión administrador - representante.

Vemos como nada más lógico que exclusivamente las designaciones y cese de funciones se exijan al administrador. Pues bien, nada más atinado que un pronunciamiento revisionista de la ley, para concluir el desconcierto concitado en torno de estas pretendidas exigencias, que hacen vulnerar el principio de apariencia para la seguridad jurídica, creando - como dijimos - fastidiosas discriminaciones entre quienes exigen de estas anotaciones y quienes entienden que no es menester se refieran a los directores de las sociedades por acciones.

No debemos olvidar por último que si bien es cierto que el artículo 60 ordena inscribir "en los registros correspondientes e incorporada al legajo de la sociedad", expresamente el artículo 371 dice: Registros. Régimen. Los registros mencionados en este título se regirán por las normas que se fijen por vía reglamentaria". Esta reglamentación aún no ha sido posible dictarla, no sólo por el desconcierto sucedido en torno a la exigibilidad de las designaciones y ceses, sino que no estamos convencidos sobre qué es lo registrable y respecto de quiénes. Pues bien, ¿a qué demandar inscripciones de los órganos de representación, si no tenemos en claro que sean a éstos a los que se refiere la ley, y aun en este caso no se tiene cabal concepto a qué registros reglamentariamente organizados se refiere?

El sistema de publicidad y registro para la designación y cese del mandato de los directores merece una atención distinta, en cuanto a la dinámica, tanto para proceder a su registración, como para obtener vertiginosamente - como exigen los negocios comerciales - la acreditación de su existencia.

Esta confusión, que aún no ha podido analizarse con la profundidad que el tema requiere, y permite pasivamente asistir a las demandas de ciertas instituciones bancarias que exigen las aludidas inscripciones, fue especial motivo en el debate notarial.

Es así que la XIV Jornada Notarial Argentina celebrada en la ciudad de Mar del Plata, en punto a la representación de las sociedades comerciales, declaró que para su acreditación se requiere:

- Para comprobar la existencia de la sociedad, el contrato constitutivo,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sus modificaciones, reglamento en, su caso, y su inscripción en el Registro Público.

- Estudiar la capacidad de la misma con relación al acto a otorgarse, teniendo en cuenta su tipo y objeto. Los actos notoriamente extraños al objeto social no pueden ejecutarse sin la previa modificación del contrato.

- La documentación de la que surja la integración del órgano de representación.

- En los casos en que la ley o el contrato diferencien el órgano de administración, la designación del representante social.

- Si el órgano administrador fuere colegiado, el documento que exteriorice su manifestación de voluntad de efectuar el acto, salvo en el supuesto que sea un acto ordinario de mera administración, comprendido en el objeto social.

- Tratándose de actos en los que, por su naturaleza, la ley o el contrato exijan una manifestación de voluntad que exceda la competencia del órgano de administración, el documento que acredite la decisión adoptada por el órgano que correspondiera.

Con relación al requisito formal de inscripción que exige el art. 60 de la ley 19660, es necesario para legitimar al representante de una sociedad comercial en el negocio jurídico.

Pendiente la inscripción, la representación puede ser ejercida por el reemplazado, sin que ello signifique privar al nuevo órgano administrador de su poder de decisión.

Fuera del ámbito notarial, las designaciones o cesaciones pueden ser opuestas a la sociedad por los terceros contratantes.

Como vemos, se parte del principio de la exigibilidad de la inscripción del órgano de representación, tornándolo como necesario respecto del representante de una sociedad comercial en el negocio jurídico. Es cierto. No puede dudarse de la eficacia respecto de terceros de aquellos actos que emanados de representantes, su calidad se extraiga de un documento idóneo con los requisitos de publicidad y registro. De esta manera no es menester tediosas investigaciones respecto de la capacidad del representante. Nos preguntamos: ¿Por qué entonces se hace deambular a las empresas con los respectivos libros de actas de los órganos deliberativos y ejecutivos entre Bancos y notarías, si nos bastamos con la publicidad e inscripción de la designación? ¿Aún corresponde demandar la publicidad e inscripción? ¿Es eso lo que pretendió el legislador? Todo un concierto de interrogantes.

Ante todo nos parece presurosa la exigencia respecto de aquellas sociedades en las que las designaciones deben registrarse en los libros que de antemano la ley les exige se anoten las emisiones volitivas respecto tanto de las designaciones, ausencias, ceses, como la de la realización de actos extraordinarios. Con esto es suficiente.

Como vemos, no se tiene muy en claro qué designaciones son las que exigen la publicidad y registro. Por nuestra parte, creemos que:

- Se refieren solamente a los administradores no contenidos en los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contratos.

- No implica la obligación respecto de los órganos de representación.
- Los registros aún no fueron reglamentados.

<p style="text-align:center">IV. INGERENCIA ESTATAL EN LA CONSTITUCIÓN, CONTROL Y FISCALIZACIÓN DE SOCIEDADES POR ACCIONES</p>

La estructura jurídica de las sociedades por acciones, una vez transcurrido el proceso generador de su personalidad, requiere que la institución de la fiscalización, consagrada en todo el derecho comparado, controle sus actividades.

El Estado tiene reservado en la mayoría de los casos el derecho de fiscalizar el cumplimiento de la ley, ya sea confiriendo autorización para el reconocimiento de la personalidad jurídica, interviniendo en los actos de su desarrollo y hasta cancelar la autorización conferida.

El 27 de abril de 1923 quedan determinadas las atribuciones de la Inspección General de Justicia respecto de las sociedades anónimas por las que:

- a) Interviene en la creación y funcionamiento de las asociaciones civiles con personería jurídica y sociedades anónimas constituidas en la Capital Federal o en los Territorios Nacionales.
- b) Estudia las solicitudes exigiendo los recaudos reglamentarios cuidando que los estatutos se conformen con la ley; que no contengan cláusulas restrictivas de la nacionalización de extranjeros.
- c) Estudia los reglamentos que dicten las sociedades anónimas, los que no podrán entrar en vigencia sin la aprobación de la Inspección General.
- d) Vigila, fiscaliza e investiga a las sociedades anónimas autorizadas por el Poder Ejecutivo Nacional cualquiera fuere su objeto, naturaleza y estado, cuidando de no entorpecer la marcha regular de la administración social. La vigilancia y fiscalización de las sociedades anónimas se efectuará de manera permanente por el estudio de los balances.
- e) Procede al "retiro de la personería o su autorización cuando la sociedad se niegue a ser inspeccionada y oculte datos sobre su activo o pasivo, o que entre o deba entrar en estado de liquidación o cuya disolución sea sancionada por la asamblea o declarada por las leyes". Por el decreto 7112 del 24 de setiembre de 1952 se confiere a dicha Inspección la facultad de intervenir en todo lo relativo a la concesión y retiro de la autorización para funcionar como sociedad anónima, en comandita por acciones cuando se encuentre comprendida en el art. 381 del Código de Comercio, cooperativas y asociaciones civiles con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personería jurídica, vigilando y fiscalizando el funcionamiento de dichas sociedades.

Diversas leyes pretenden llenar los vacíos de organización que conforme las pautas de la evolución económica se les exige a las sociedades anónimas. Así se establece que el capital de las compañías anónimas podrá ser fijado en moneda nacional de oro, o en moneda nacional de curso legal (ley 4157 de 1902). Las sociedades extranjeras debían comprobar ante los jueces competentes que se constituyeron de acuerdo con las leyes de su país (ley 8867 de 1912). El régimen para las sociedades anónimas y en comandita por acciones para la concertación de préstamos de debentures (ley 8875 de 1912). Y así un rosario de leyes, decretos y reglamentos que desde 1893 imponía el régimen de contralor por parte del Estado.

El régimen de fiscalización reconocía la siguiente clasificación: Interna, realizada por los síndicos; y Externa" efectuada por los organismos dependientes del Estado, caso de la Inspección General de Personas Jurídicas en sede de la Capital Federal u organismos similares en el resto del país. Anticipando la sanción de la ley que regula el nuevo régimen de las sociedades comerciales, se dicta en 1970 el decreto - ley 18805. Concebida precisamente sobre el anteproyecto de la ley general de sociedades, mantiene el régimen de control por parte del Estado sobre las sociedades por acciones, y por medio del decreto 2293/71 se reglamenta la ley orgánica, derogando el decreto del 27 de abril de 1923. Precisamente en materia de fiscalización, el decreto - ley 18805 tiende fraccionar por la fiscalización otorgando un tratamiento "diferencial" en el contralor administrativo de las sociedades por acciones según afecten directa o indirectamente el interés público e incorpora a las sociedades en comandita por acciones al régimen de control.

Interviene en la aprobación del contrato constitutivo y sus reformas (párr. 3.1.1.) y controla toda variación del capital y la disolución y liquidación (3.1.2.).

Este aspecto de la injerencia estatal en torno a la constitución y desenvolvimiento de las sociedades por acciones admite una evolución de la doctrina inspirada en el derecho comparado. Así, Alconada Aramburú considera que la misma se hace necesaria al constituirse la sociedad y cuando modifique su organización o estatutos, reconociendo que si bien no está librada al arbitrio en cuanto atañe a la determinación de los requisitos formales de la ley, depende en forma lata de la verificación que se practica sobre la afectación del orden público, y en su cita al gran maestro Alfredo Colmo, califica a la persona jurídica como una ficción ideada por razones de técnicas, y para quien "la personificación jurídica es, en último análisis, un recurso de técnica"(5)(970).

Los hechos económicos con influencia en la estructura social determinaron la forma de instituir el régimen de injerencia estatal, explicando el proceso de reforma o la arquitectura legal, sin que ello importe la ruptura con la realidad económica. Dotada de autenticidad e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impidiendo ficciones extrañas. Por ello, entre los diversos sistemas reconocidos sobre la injerencia estatal o la libre contratación, se adopta el sistema mixto que en los distintos anteproyectos reconoce matices diferenciales, a saber:

1. PROYECTO MALAGARRIGA - AZTIRIA

Siguiendo el reclamo de diversos congresos, en especial el de Derecho Comercial de 1940, instituciones, proyectos y opiniones de juristas especializados, se sustituye la autorización del Estado por el régimen reglamentario predominante en la legislación moderna, siguiendo la clásica ley francesa de 1867. Desaparece la exigencia de la autorización administrativa y se remite el contrato constitutivo a la justicia por el procedimiento de inscripción, utilizando la experiencia de la Inspección General de Justicia, Superintendencia de Personas Jurídicas, u otros organismos en las distintas jurisdicciones, a los fines del contralor de la constitución, sujeto su dictamen a la decisión de las autoridades judiciales. Tomando como antecedente el régimen inglés del Board of Trade que puede impedir se registre una compañía con denominación indeseable (Companies Act. de 1948 art. 17) y lo dispuesto por la ley sueca de 1944, el Registro Nacional de Sociedades por Acciones debe expedir certificación de libre denominación a pedido de abogado o de escribano.

Para estos autores, la fiscalización "oficial" se produce solamente cuando las sociedades anónimas recurran a la suscripción pública, exploten concesiones del Estado o tengan constituido a su favor cualquier privilegio por el Estado nacional, provincial o municipal. Como vemos, no existe discriminación respecto de capitales (arts. 356 y 357).

2. PROYECTO BOMCHIL

Tomando como antecedente la ley mejicana en su art. 261 y el Proyecto Pérez Fontana en el art. 24, este autor se refiere al atraso legislativo en materia de sociedades anónimas, en la reforma de 1889, a la que califica de poco feliz, precisamente porque dejaba indemne la intervención del Estado en concesión y retiro de la personería jurídica o en las modificaciones estatutarias, siendo que ya a la época de la reforma, la ley de julio de 1867 de Francia había quebrado el nexo estatal con la sociedad anónima, aboliendo el sistema concesionístico, resabio del siglo XVIII, conocido con la designación de "octroi", que rigió para la creación de las compañías coloniales de aquella época.

La escritura pública y las reformas que se operan deberán ser publicadas una sola vez e inscriptas en el Registro Público de Comercio correspondiente, todo lo que se hará mediante orden judicial, dando vista a la repartición administrativa que tenga constituida u organizada el Poder Ejecutivo, la que deberá evacuarla dentro del término de los diez días, producido lo cual se citará para una audiencia dentro de los cinco días siguientes, en la que se recibirán las pruebas y se dictará la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resolución que ordene o deniegue la solicitud formulada (arts. 21, 22 y 23).

La fiscalización y vigilancia de la sociedad será ejercida por uno o varios síndicos, socios o no (art. 88).

Cuando las sociedades emitan acciones u obligaciones que se ofrezcan en suscripción pública o que se coticen en una bolsa o mercado de valores, uno de los síndicos al menos, deberá obligatoriamente ser contador público nacional (art. 91). Cuando existan fundadas razones de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los directores o síndicos, los accionistas que representen el diez por ciento del capital pueden formular judicialmente la denuncia de tales hechos (art. 95).

3. RÉGIMEN INSTITUIDO. SOCIEDADES CERRADAS Y ABIERTAS

La intervención de la autoridad administrativa en la constitución de la sociedad se "modifica" sustancialmente, según acotan los autores en el proyecto.

Es cierto que la facultad que emanaba del art. 318 del Código de Comercio queda eliminada. Empero, el procedimiento legislado, aunque no subordina requerir "autorización" para el funcionamiento, por cuanto la sociedad queda constituida como hemos visto con la escritura pública (art. 165), el trámite administrativo requiere que el contrato constitutivo sea presentado a la autoridad de contralor para "verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales", y "conformada" la constitución por la autoridad de contralor, el expediente pasará al juez de Registro, quien dispondrá la inscripción si la juzgara procedente.

Esta "conformidad" de la autoridad administrativa, no obligará al juez de Registro, quien como ya hemos visto puede desestimar la inscripción si el contrato no se ajusta a la ley.

El legislador entiende que la conservación de la intervención administrativa en el período constitutivo y ulterior de funcionamiento, se justifica porque: 1) La realidad argentina en la autoridad administrativa ha tenido una intervención plausible, con la que se ha suplido la deficiencia legislativa ante el creciente desarrollo de la institución, y los defectos de la organización del Registro Público de Comercio. 2) La organización del Registro Público de Comercio debe ser totalmente reestructurada para hacer posible la intervención activa que el proyecto le asigna. 3) Se aprovechará la experiencia de la administración pública, y su discrecionalidad se halla suficientemente controlada en el recurso judicial. 4) El contralor ocasional en el funcionamiento de la sociedad por la autoridad administrativa, previsto para los supuestos excepcionales del art. 303 párrf. 2º, también tiene el resguardo de los recursos del art. 306. El contralor permanente del funcionamiento cuando las acciones de la sociedad se coticen en bolsa o se recurra al ahorro público, o el capital fuere superior a la cantidad de cinco millones de pesos, y demás causales previstas, busca proteger de manera efectiva el ahorro público,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acorde con los intereses generales, puesto que la relativa garantía que resulta de este contralor alienta las inversiones en tales empresas, en cuyo desarrollo el país tiene gran interés, ya que son fundamentales para su evolución económica.

Como vemos, los diversos sistemas propuestos de injerencia estatal han ido evolucionando de manera tal que las causales socioeconómicas han influido como factores de presión, por lo que el legislador debió quizá acceder a un sistema mixto como el proyectado.

La experiencia hasta aquí indica que la "verificación y cumplimiento de los requisitos legales y fiscales", potestades que la ley otorga tanto a la autoridad de contralor como al juez de la inscripción, resultan términos conflictivos para la administración pública. Nuestras dudas están vertidas y pensamos que esta inquietud también habrán de recogerla quienes tienen la misión de reglar el procedimiento administrativo.

Tampoco encontramos propicio que para distinguir entre las sociedades que deban controlarse por el Estado en forma permanente, la ley contenga limitaciones máximas respecto del capital social. Esta experiencia ha demostrado en nuestro país que mal puede estimar la ley monto alguno cuando las alteraciones monetarias advertidas en las normas impositivas obligan a revalúos de los bienes activos, que los procesos económicos conducen innecesariamente a un contralor permanente en función de un capital arbitrariamente engrosado por la inflación. Fenómeno común en la economía argentina.

Fuera de las diversas categorías de objeto, que pueden afectar el interés público, no deben encontrarse más razones como para que la pretendida sociedad "abierta" resulte obligada a la permanente injerencia del Estado.

4. FISCALIZACIÓN PRIVADA

Ya sea que el Estado se reserve todas las facultades de fiscalización o delegue parcialmente alguna de ellas, el ejercicio de la sindicatura puede reposar además dentro de los sistemas clásicos que reconoce el derecho comparado, en el contralor mixto.

Por la ley de 1910, Noruega tiene impuesto el sistema de fiscalización privada por intermedio de los denominados "Decisorer", o de censores de los revisores, quienes actúan como verdaderos consultores de éstos, y sirven en forma intermedia entre el órgano de directorio denominado "Consejo de Administración" y los síndicos contables. En Bélgica, la ley del 1º de diciembre de 1953 establece el cargo de los denominados "Comisarios", con derecho ilimitado de vigilancia, quienes a su vez pueden integrar un cuerpo colegiado.

El caso de Alemania presenta tres clases de sindicatura: Aquellos que intervienen en la constitución de la sociedad, como expertos en materia contable, sin contar con título habilitante ni otra condición (Grundungsprüfer); los revisores de cuentas designados por la asamblea general (Abschlussprüfer), y los revisores extraordinarios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(Sonderprüfung).

De los distintos tipos de fiscalización a los que se refiere Solá Cañizares(6)(971), ya sea privada por síndicos, individual, administrativa, o judicial, sugiere como sistema ideal el de la fiscalización privada, aunque admite donde aún no puede resultar eficaz este sistema, la adopción de la fiscalización administrativa o judicial.

Sobre la crítica al sistema adoptado por nuestro Código de Comercio, el proyecto reconoce las tentativas de adopción por el derecho comparado, en el que ninguno de los sistemas se halla libre de críticas, ni funciona a satisfacción de la generalidad. Por ello se prevé una reestructuración total de la institución, o en el Consejo de Vigilancia, sobre las siguientes bases:

a) Sindicatura obligatoriamente colegiada cuando la sociedad esté comprendida entre las actividades o condiciones del art. 299. b) Se establece un minucioso régimen de incompatibilidades e inhabilidades. e) Debe: ser abogado o contador público, o sociedad civil de responsabilidad solidaria constituida exclusivamente por estos profesionales, y d) Para su elección, todas las acciones gozan de un solo voto, es decir que no se aplica el beneficio del voto plural. De esta manera se intenta evitar que la mayoría que eligió a los directores pueda tener relevancia en la elección del o los síndicos.

Sus funciones son: a) Asistencia obligatoria a todas las reuniones del directorio y del Comité Ejecutivo, y a las asambleas. b) Completa información sobre las cuestiones de su competencia. c) Investigar las denuncias que le formulen accionistas que representen un mínimo del dos por ciento del capital. Su responsabilidad se extiende al igual que la de los directores.

No pueden ser síndicos los parientes por consanguinidad en línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado inclusive y los afines dentro del segundo de los directores y gerentes generales. Les está vedado celebrar con la sociedad contratos que no sean de la actividad normal de ella, al igual que los directores, rigiendo también las normas respecto de éstos para los casos de interés contrario, y actividades en competencia.

Las funciones de los síndicos pueden suplirse, como hemos visto, por el Consejo de Vigilancia.

A poco que transita esta institución en el campo experimental advertimos su influencia, sobre todo en las pequeñas o medianas empresas que no pueden resistir su permanencia salvo que nuevamente se recurra a la figura de la ficción, porque cuando la configuración del capital se concentra en pequeño número de personas que no encuentren otro tipo preferido que el de la sociedad anónima, se ven obligadas a escoger o erradicar a tipos societarios no deseados. De allí la necesidad que la reforma contemple una adecuación acorde con la realidad económica en estos casos. Como en las existentes sociedades de "familia", para posibilitar su permanencia dentro del ordenamiento previsto por las sociedades anónimas, y para quienes la aplicación de ley no suponga la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

problemática de conflicto de intereses por actos o negocios de accionistas o directores con la sociedad, casos de los artículos 248, 271, 272, 273, normas que también se extienden en los supuestos de los síndicos.

Es de desear que, sin lesionar la arquitectura presupuestada por la ley, que debe anteponer el orden público por sobre cualquier interés individual, no se ignore que en realidad tiene también vigencia en la sociedad argentina un amplio sector de capitales que concentran la manutención de bienes dentro del marco legal y que no pueden descalificarse, ni pujarse a figuras artificiales, costosas y por ende desprovistas de autenticidad.

Se trata de determinar, en síntesis, si en tanto que el Estado se reserve todas o partes de las facultades de fiscalización, o delegue parcialmente alguna de ellas con el control para el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, tanto en el ámbito del órgano de control cuanto en sede judicial, se logra efectivamente la pretendida racionalización burocrática. Y si, en verdad, resulta realmente económica. La vigencia de la ley reviste hoy contornos alentadores para propiciar una reforma sustantiva a este respecto. En rigor de verdad, no se alcanza a distinguir entre las denominadas "sociedades cerradas" (de escaso interés público), con las "abiertas", en las que, ya por razones de su específica actividad o por el límite del capital, al Estado le importa controlar. El caso es que no se advierte - a nivel administrativo - una radical distinción.

La consabida formulación de cláusulas consagradas por el órgano de contralor, es el precio que debe satisfacer el profesional como modo de no "entorpecer" la rápida aprobación al texto de la constitución.

Se ha visto que diversas objeciones a nivel administrativo eran allanadas en sede judicial, con el consiguiente recargo del proceso constitutivo, debitado en la cuenta de quien tiene a su cargo la tarea de recurrir la aprobación a la redacción de la fundación. Pensamos que lo pretendido por el legislador ha sido superado por la realidad cruenta de la burocracia administrativa, llena de resoluciones e interpretaciones restrictivas, y a veces confusas. En fin, todos los organismos del Estado pueden aportar en el denso proceso de la generación societaria, con total olvido de la dinámica comercial.

Todo ello con miras a servir de auxilio al juez.

Como paso comunicante de armonía interpretativa, que distorsiona en realidad como un versus a veces muy difícil de paliar.

Es decir que, además de la responsabilidad que significa informar con relación a los valores de patrimonio, también es menester apreciar la necesidad de una estructura de capacitación que tiene por encomienda "controlar" si los actos de constitución o las emisiones volitivas acuerdan con el órgano de constitución, sea éste condicionado a la ley, charter, estatuto, o cualquier instrumento que demande la vida social por el que se ajuste la persona jurídica(7)(972), sustentando la conveniencia que reportará regular el ejercicio de la sindicatura en determinadas profesiones además de las establecidas, por el que el cotejo con los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

atributos legales y fiscales, los límites de capacidad de los órganos de representación, ilustren en auxilio para la publicidad y registración de los contratos constitutivos y reformas, en aquellas sociedades que pretendidas como "cerradas" interesen su pronta y dinámica constitución.

Encontrado en los límites de su ministerio como verdadero "trajinador" en la lucha por el derecho, el notario asiste al desarrollo desde el embrión del proceso conceptivo del ente jurídico. Recibe todas las fuentes del derecho tributario por las diversas obligaciones y cargas que el Estado le confiere. Verdadero artífice de la formalidad del derecho, capta, interpreta, traduce y conserva las voluntades en el instrumento de formación, velando por las ulteriores consecuencias de las disposiciones contractuales en los justos límites que la ley impone.

Su cabal concepto del derecho tributario, en directa relación con el conocimiento de las normas del derecho privado, lo convierte en el engranaje necesario e insustituible de interpretación prejudicial.

He aquí la verdadera y auténtica posibilidad económica del proceso de generación, como auxiliar de justicia para velar por el cumplimiento de las normas legales y fiscales, síntesis acabada de la jurisdicción voluntaria por la cual el documento adquiere connotaciones particulares, y la participación notarial no puede desperdiciarse como medio vertiginoso en la constitución, desarrollo y disolución de las sociedades por acciones.