

15 de agosto de 2023

***NUEVO FRENO A LA VORACIDAD CONTROLADORA DEL EJECUTIVO:
ESTA VEZ, A LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA***

Los jueces han vuelto a “poner en caja” los abusos de otro de los poderes del Estado.

Bartolo y Elena, hermanos entre sí, eran accionistas de una importante empresa argentina. En 1996 decidieron aportar sus respectivas acciones de esta última a una nueva sociedad anónima, de la que ambos eran únicos socios, llamada KMB SA.

KMB SA se constituyó en la ciudad de Buenos Aires. Según las leyes, las sociedades se consideran regularmente constituidas una vez inscriptas en el Registro Público de Comercio. En aquella ciudad, la inscripción y fiscalización de las sociedades con domicilio allí (entre otras funciones establecidas por ley) es llevada a cabo por un organismo que, por razones históricas, lleva el curioso (y solemne) nombre de Inspección General de Justicia (o “IGJ”) y que tiene a su cargo el Registro.

Quizás sea por el peso de ese nombre que sus autoridades en algún momento se creyeron facultadas a intervenir en conflictos que, de lo contrario, habrían sido resueltos por los tribunales.

De lo que los jueces opinaron sobre esas facultades trata este comentario.

Entre 2004 y 2008 Bartolo fue vendiendo todas sus acciones de KMB a algunos fideicomisos. Lo mismo hizo su hermana.

En 2020, cuando Bartolo murió, ocurrieron algunas disputas entre sus herederos.

Uno de ellos denunció ante la IGJ que los fideicomisos a los que Bartolo había cedido sus acciones de KMB no estaban registrados ante la IGJ. Más aun: pidió a ese organismo que ordenara a la sociedad exhibir los contratos de fideicomiso.

La IGJ entonces requirió a KMB que diera las explicaciones del caso. La sociedad sostuvo que aquel heredero no tenía facultades para hacer un pedido semejante, que la IGJ tampoco las tenía para exigir explicaciones a KMB y que no había razón alguna para mostrar contratos entre particulares.

Las explicaciones de KMB parecen no haber satisfecho las pretensiones de la IGJ, por lo que ésta, en febrero de 2022, declaró *ineficaces e irregulares a los efectos administrativos* las transferencias de las acciones de KMB hechas inicialmente por Bartolo y las posteriores efectuadas entre los fideicomisos entre sí.

La IGJ fundó su sanción en que KMB había omitido “aportar información y documentación [...] para aclarar la situación respecto de quiénes resultaban ser sus actuales accionistas ni los beneficiarios finales de KMB”;

que “era palmaria la intención de KMB de no revelar los verdaderos titulares del capital accionario”; que como alguna de las sociedades extranjeras que habían actuado como accionistas de KMB nunca se había registrado en la Argentina (o lo había hecho tardíamente), se la debía considerar “una sociedad en fraude a la ley” y que cuando Bartolo y Elena transfirieron sus acciones a algunos fideicomisos “nada se informó respecto de quién o quiénes serían los fiduciarios y beneficiarios”.

En marzo de 2022 KMB apeló la sanción ante la justicia.

Por su parte, otro accionista de KMB (a quien llamaremos Federico) también se presentó ante la IGJ para objetar la sanción impuesta a la sociedad. Pero la IGJ, con el argumento de que Federico no había demostrado “cuál era el negocio jurídico causal que justificaba su designación de beneficiario y adjudicatario de ese importante activo” –las acciones de KMB– también declaró *la ineficacia e irregularidad a los efectos administrativos* de las transferencias de acciones hechas a su favor. Esto motivó la apelación de Federico ante la justicia

El heredero de Bartolo, mientras tanto, envalentonado por la anterior decisión de la IGJ, pidió a ésta que convocara a asamblea de accionistas de KMB. La IGJ así lo hizo. La sociedad también apeló esta decisión.

Los amables lectores que llegaron hasta aquí ya deben estar suficientemente confundidos acerca de la naturaleza del conflicto. Vale la pena resumirlo entonces explicando que lo que la justicia fue llamada a decidir fue la validez de las sanciones impuestas por la IGJ de no reconocer como válidas las transferencias de acciones de una sociedad anónima *porque no era clara la naturaleza jurídica de los negocios que les dieron origen*.

La Cámara de Apelaciones decidió resolver todas las cuestiones con una única sentencia¹.

El tribunal reconoció la existencia de un ‘poder de policía societario’, que permite al Estado desarrollar “actividades de limitación frente a expresiones societarias con la finalidad de preservar la existencia de bienes considerados comunes”. En otras palabras, el Estado tiene ciertas facultades de contralor sobre la actividad de los particulares si éstos, al constituir o administrar una sociedad, ponen en riesgo el interés público.

Pero ese poder de policía (y la actividad que en consecuencia realiza el Estado) “en modo alguno constituyen potestades estatales absolutas o ilimitadas. Ello contrariaría los postulados del estado de derecho”. Eso es así porque “*el poder de policía no es un poder omnímodo del Estado* para hacer lo que le plazca con la simple invocación del interés público, en cuyo nombre podrían cometerse los más graves excesos y desconocerse todos los derechos y garantías”.

Para la Cámara, “el poder de policía es una actividad del Estado, pero [...] se halla condicionada por el derecho”.

En opinión del tribunal “el ejercicio del poder de policía se encuentra sujeto a limitaciones que surgen del orden jurídico general del Estado. [...] No es de ejercicio ilimitado; por el contrario, tiene limitaciones jurídicas tendientes a evitar la arbitrariedad en su ejercicio. Y es por esto mismo que las medidas de policía deben ser siempre razonables y respetuosas de las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la Constitución”.

¹ In re “Inspección General de Justicia c. KMB SA”; exp. 2702/2022; CNCom (D), 3 agosto 2023. Inédito. Gentileza M.G.

El tribunal definió la razonabilidad como “la adecuación de los medios utilizados por el legislador enderezados a la obtención de los fines que determinan la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios; es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motivan y a los fines que se procura alcanzar con ellos”.

En el caso de la IGJ, la Cámara recordó que ésta tiene dos funciones: una, registral, propia del Registro Público de Comercio (que la IGJ gestiona) y otra, “de fiscalización permanente” de ciertos tipos de sociedades, entre las que se encuentran las anónimas y las constituidas en el extranjero que hacen ejercicio habitual de su objeto social en el país o tienen sucursales o asientos aquí.

Esa fiscalización permanente, según el tribunal, “halla sustento en razones de interés general, tendientes a afirmar el principio de transparencia y lealtad en el tráfico mercantil y la protección del público en general”.

La ley de creación de la IGJ le otorga a ésta, al ejercer sus poderes de fiscalización, la facultad de declarar irregulares e ineficaces a los fines administrativos los actos sometidos a su fiscalización cuando sean contrarios a la ley, al estatuto o los reglamentos [de la sociedad en cuestión].

¿Y cuáles son esos actos?

Las sociedades anónimas (en la medida que, en términos generales, no hagan oferta pública de sus acciones, o su capital no exceda cincuenta millones de pesos o no requieran dinero o valores del público con promesas de beneficios futuros o no sean concesionarios públicos o sociedades unipersonales) están sujetas a un *control limitado*: sólo sobre su contrato constitutivo y sus reformas, la valuación de sus aportes no dinerarios, el cumplimiento de sus obligaciones legales y

fiscales y su transformación, fusión o escisión. *Ese control no incluye su funcionamiento.*

El control puede incrementarse si cierto porcentaje de accionistas lo requiere o si la IGJ lo considera necesario en resguardo del interés público.

Nada de eso ocurría en el caso.

La Cámara resumió la situación explicando que los únicos actos que la IGJ puede declarar ineficaces e irregulares a los fines administrativos *son los sujetos a fiscalización*. Y la intensidad de ésta depende de la categoría en que la sociedad se encuentre comprendida.

En el caso de KMB *no existía ningún interés público involucrado*. Por lo tanto, dijeron los jueces, ello “descartaba que [la IGJ] pudiera emitir pronunciamiento respecto de actos entre particulares que sólo involucran intereses privados”.

¿Por qué? Porque “los conflictos patrimoniales, en principio, deben ser resueltos por la autoridad judicial competente” y *no por un órgano del Ejecutivo*.

Más aún, recalcó el tribunal: la propia ley de creación de la IGJ “dispone expresamente que [...] son *de competencia judicial* las resoluciones de las cuestiones que versen sobre derechos subjetivos de los socios de una sociedad comercial entre sí y con respecto a la sociedad”.

Y en el caso de KMB, había “una cuestión patrimonial en la que se debatía la realidad y regularidad de varias transferencias accionarias”, pero éstas sólo afectaban derechos subjetivos de los socios (o de quienes se creían tales).

La Cámara concluyó diciendo que “sólo los tribunales pueden analizar y debatir cuestio-

nes de contenido patrimonial que afecten a los socios”.

Por consiguiente, decidió que las resoluciones de la IGJ que declararon irregulares las transferencias de acciones de KMB *afectaban derechos subjetivos de sujetos privados*, por lo que debían ser dejadas sin efecto.

Con lo dicho, la Cámara podía haber cerrado el caso. Pero decidió dar otra vuelta de tuerca: “lo expuesto resulta suficiente fundamento” pero las decisiones de la IGJ “pueden ser también fulminadas desde otro enfoque jurídico”.

Para el tribunal, una declaración de “irregularidad e ineficacia administrativa” por parte de la IGJ *no equivale a la nulidad o invalidez del acto en cuestión*: “la ley no ha reconocido ni podría reconocer a la IGJ semejante atribución”.

La declaración de irregularidad e ineficacia “es una herramienta” puesta al alcance de la IGJ “para ejercer la función de control que le otorga la ley”, pero esa facultad “se encuentra subordinada a la presencia de un interés público” que emerja de actos “que se encuentren sometidos a su fiscalización”.

Para la Cámara, enfáticamente, la ley no le otorga a la IGJ “facultades jurisdiccionales que le permitan disponer la nulidad de un acto societario” al declararlo irregular e ineficaz. “La decisión administrativa”, recalcó, “no tiene naturaleza jurisdiccional”.

“Es claro”, añadió el tribunal “que sólo los jueces pueden suspender o anular lo actuado

en la órbita societaria, lo cual implica que estos actos mantienen eficacia hasta tanto una decisión judicial disponga lo contrario”.

Lo que hizo la IGJ (y que según la Cámara, no debió haber hecho) fue dictar “actos administrativos con verdaderas implicancias jurisdiccionales”, pues decidió “acerca de la validez o eficacia de actos jurídicos celebrados en la esfera propia de una persona jurídica de carácter privado”.

La IGJ no debió actuar *per se*, “sino que, eventualmente, debió formular demanda ante juez competente” para pedir la invalidez de las transferencias de acciones si las convalidó actos simulados. “En lugar de ello, se arrogó funciones jurisdiccionales para dirimir cuestiones de naturaleza intrasocietaria”, más allá de sus facultades e involucrándose en un conflicto “que no parece exceder el marco privado”.

Para colmo, la IGJ tomó decisiones que afectaron a los fideicomisos (al negar validez a las transferencias a su favor) “sin brindar a éstos intervención alguna”. Existió, entonces, “una clara afectación económica sin darles la debida audiencia que habilitara una eventual defensa de sus derechos”, lo que afectó el debido proceso.

Las resoluciones que rechazaron la validez de las transferencias de acciones fueron dejadas sin efecto.

El Filosofito, que nos lee en borrador, nos pregunta: “¿Fue una cuestión de celos?”. ¡De ninguna manera! ¡Se llama “división de poderes” y está en la Constitución!

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**