

COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE CONTROL

David A. Kulman¹

Palabras clave: *autoridad de control - normas reglamentarias – incompetencia reglamentaria – control de legalidad – intervencionismo societario.*

Sumario

Durante el último siglo el derecho privado sufrió un proceso de politización y publicización, impulsado por el constitucionalismo social, que propuso al Estado como garante activo del bienestar colectivo. Esto erosionó los derechos fundamentales, pero además la clásica distinción entre derecho público y privado y con ella, la división de poderes, generando un modelo de funciones amplios y compartidos dentro de la administración pública. Bajo esta lógica, el poder terminó legitimado según su orientación a un interés público y no por su correspondencia con los derechos fundamentales, creando incluso normas imperativas que afectaron relaciones privadas sin base constitucional. El control público, justificado en la teoría de los intereses y en la ponderación de principios, se infiltró en el ámbito privado, mediante normas de origen administrativo sin competencia legítima. Esta colonización del derecho privado se realizó bajo un lenguaje imperativo que buscaba la obediencia sin una justificación basada en derechos fundamentales ni en atribuciones válidas. Particularmente en materia societaria, esta intervención se tradujo también en un dirigismo bajo normas administrativas que carecen de competencia constitucional para regir relaciones entre particulares. Es claro que la administración no puede asumir funciones legislativas ni jurisdiccionales sobre relaciones particulares sin vulnerar el principio de separación de poderes. Además, la competencia para interpretar y aplicar aquellas relaciones le es ajena porque le corresponde exclusivamente al Poder Judicial. La doctrina del constitucionalismo social toleró esta expansión mediante razonamientos falaces que sostienen una comunidad de funciones estatales. Sin embargo, es necesario reafirmar la legitimidad del poder siempre que respete los límites constitucionales. Por eso el Estado debe actuar como instrumento de los ciudadanos y no como un fin en sí mismo, en ese sentido es trascendente restaurar la división de poderes y limitar el rol de la administración, excluyendo toda injerencia sobre intereses particulares que protege el derecho privado.

I) INTRODUCCIÓN

El análisis sobre la autoridad de control obliga a optar entre aceptar el sistema vigente o someterlo a crítica. En mi caso, adhiero a una revisión estructural, dado el predominio de un enfoque intervencionista del gobierno en todos los ámbitos del derecho privado. El debate no es ocioso si se considera que todo ese bagaje persiste, impulsado por fines que dividen a los juristas entre quienes insisten en sostener un modelo que regula, planifica la economía y el comercio; de aquellos que procuran reafirmar los principios constitucionales relativos a los derechos y garantías individuales, en armonía con un genuino sistema republicano.

La organización política de los Estados modernos surge a partir de la premisa de que aquel se justifica mediante el ejercicio de funciones públicas y el reconocimiento de derechos individuales -hoy derechos humanos- como fuente preconstitucional. En cambio, en el siglo XX, ideologías que socializaron el derecho y politizaron sus fines relativizaron aquellos conceptos fundantes, imponiendo un modelo centralista, donde los poderes republicanos quedaron subordinados a una estructura verticalista de la administración.

Desde mi perspectiva y sin caer en el extremo opuesto de abolir toda forma de autoridad dentro del comercio, mientras se trate del ejercicio de una fuerza legítima, el control estatal resulta necesario y útil. En este sentido, medidas vinculadas al comercio internacional, la defensa de la competencia, la lealtad comercial, el mercado de valores, el registro público, así como la protección de la propiedad industrial e intelectual, entre otras, son siempre pertinentes. El problema radica en lo ocurrido durante el último siglo, cuando el Estado desarrolló una multiplicidad de formas y mecanismos para intervenir, controlar y dirigir intereses particulares. En materia de derecho societario, esa intervención no se limitó a la regulación estructural del negocio societario, sino que se

extendió también al ámbito empresarial. Por ello, resulta imprescindible reflexionar sobre el déficit del sistema creado para el derecho societario y los cambios necesarios para lograr una gestión pública adecuada, siempre dentro del ejercicio legítimo de sus competencias en resguardo de los principios fundamentales del derecho.

II) FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDAD DE LAS ATRIBUCIONES PÚBLICAS

Al analizar las facultades públicas, es importante examinar su origen dentro de un esquema de organización política tal como fue concebida. A diferencia de las antiguas concepciones que admitían la existencia de un poder supremo concentrado y legitimado muchas veces por fundamentos divinos, en el constitucionalismo moderno dichas facultades se entienden como atribuciones delegadas, emanadas de un poder constituyente originario, soberano y primario, que reside en la ciudadanía.

En este marco, el Estado actúa dentro de los límites fijados por lo que le ha sido delegado, bajo un esquema de soberanía preexistente para organizar la estructura pública. De este modo, el gobierno se configura como un instrumento al servicio de las personas, fundado en un esquema republicano de división de poderes. Lo particular de ese esquema es que permite armonizar la existencia y protección de los intereses de los ciudadanos, al mismo tiempo que posibilita la creación de organismos que, en adecuada correspondencia con los principios fundamentales individuales, contribuyen al cumplimiento de dichos fines.

Por eso nuestra Constitución se estructura en dos partes: una dogmática y otra orgánica; la parte orgánica se justifica en tanto garantiza, mediante la representación institucional y el ejercicio de funciones en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial – Montesquieu-, la plena vigencia de los principios consagrados en las declaraciones, derechos y garantías individuales. Tal ha sido la evolución interpretativa de estos derechos, que se los ha reconocido como preexistentes y por lo tanto operativos; es decir, directamente exigibles y aplicables sin necesidad de normas reglamentarias que los desarrollen. Esta concepción resulta razonable si se considera que la persona humana enfrentó, a lo largo del tiempo, desafíos diversos y cambiantes, por eso poseen tutela inmediata y efectiva.

Esto implica que la legitimidad de las funciones se afirma en la correlación efectiva y constante entre la dignidad intrínseca de la persona humana y los fines perseguidos por la gestión del Estado. Aquella dignidad se expresa a partir de principios que la ciencia jurídica enuncia en su intento por captar integralmente la realidad de los derechos fundamentales. Por eso se debe considerar sólo como principios los enunciados atributivos que expresan un derecho o garantía fundamental inherente a la persona humana. A causa de ello poseen un contenido ontológico, pues describe de manera deductiva la esencia integral e inmutable del ser humano.

En lo político, esos principios actúan como fundamento último de las estrategias públicas, orientando la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, legitimando el ejercicio del poder. De este modo, el concepto de principio adquiere rigor técnico, ya que su contenido se restringe a un significado unívoco, definido dentro de un marco teórico y metodológico específico centrado en la entidad humana; como contrapartida impide llamar del mismo modo a nociones ideadas como seudo principios sólo para justificar formas alternativas de legitimación del poder o actos de gobierno.

Siguiendo la esencia del constitucionalismo de Locke y Rousseau, cuando las personas delegan en el gobierno las facultades que poseen para su autodeterminación, se desprenden de su “ejercicio” pero no sobre “la medida” de dicho ejercicio. En consecuencia, quien hace uso de esas facultades delegadas solo encuentra legitimidad cuando se ajusta, sin solución de continuidad, a la causa que le dio origen. Así, el método para explicar la legitimidad de los actos de gobierno tiene su raíz en la entidad y los intereses del ser humano, los cuales, mediante un proceso reflexivo, se transforman en decisiones políticas. En consecuencia, ningún acto de gobierno será válido -Rawls- si en igualdad de condiciones, una persona no adoptaría esa misma decisión en su propio perjuicio.

Esta concepción antropocéntrica de los principios que legitiman las atribuciones públicas evolucionó desde la Ilustración hasta la modernidad, al inicio predominaba una base moral universalista y luego una concepción centrada en la identidad descriptiva del ser humano.

En resumen, son tres los pilares que justifican jurídicamente el ejercicio del poder, la legitimidad según lo previsto en la Constitución, los fines del Estado, pero todo en correspondencia con la dignidad humana como límite y fundamento último; descartando construcciones abstractas sobre lo colectivo, asegurando con esto que el poder se legitime solo si responde -sin narrativas politizadas- a los derechos e intereses fundamentales del ser humano.

III) LA DISTORSIÓN DE LAS ATRIBUCIONES PUBLICAS

Durante el último siglo se observó una progresiva politización del derecho, así como una creciente publicización del derecho privado. Este fenómeno llevó a una expansión de las funciones estatales hacia ámbitos tradicionalmente reservados a la autonomía individual, proceso que en la actualidad se justifica bajo la noción de “diálogo de fuentes”; no obstante, dicho avance colisiona con nuestro esquema de organización política. Si el Estado moderno es sinónimo de orden constitucional y este surge como expresión de la voluntad soberana del ciudadano -lo que implica la delegación de atribuciones distribuida entre órganos del gobierno con atribuciones diferenciadas- entonces es razonable asumir que debe existir un propósito común cuando se ejercitan funciones públicas, pero con objetivos diferentes hacia la protección de intereses de los particulares.

Como correlato al orden jurídico del poder (legislativo y judicial) existe el orden político (ejecutivo) cuyos fines trascienden los intereses individuales, surgiendo dos órdenes de intereses: los privados y los públicos. Tradicionalmente se explica que el derecho privado se ocupa de regir relaciones entre particulares, mientras que el público rige relaciones entre el Estado y los particulares; no obstante, en la actualidad la actividad del gobierno presenta desordenes al eliminarse la distinción entre lo público y lo privado, creando incluso la confusión de atribuciones entre poderes.

Esto ocurrió cuando una nueva corriente autodenominada constitucionalismo contemporáneo se abrió camino criticando al constitucionalismo clásico por concebir a la persona como un ser aislado y abstracto, proponiendo como contrapartida una nueva visión de la persona como miembro y elemento activo de la comunidad. Además criticó el enfoque que aquel tenía sobre la actuación del gobierno y sostuvo que el Estado debía involucrarse activamente para asegurar la felicidad del grupo, lo que dio origen al *constitucionalismo social*. Esto rápidamente se arraigó en nuestro sistema y el derecho constitucional quedó reducido a un derecho de las instituciones políticas para la protección de intereses sociales, rechazando toda percepción abstracta sobre la explicación y justificación de los derechos individuales.

Este pensamiento toleró incluso facultades jurisdiccionales en órganos administrativos como parte de una transformación del principio de división de poderes. Para eso sostiene como lema, que aquella práctica viene a dar nueva característica al derecho público moderno, respondiendo de manera pragmática a las crecientes complejidades de la realidad. Por eso la justificación que se encontró, residía en la necesidad de contar con una administración ágil y dotada de amplias competencias, capaz de proteger eficazmente intereses colectivos de índole económica y social.

Sobre estos conceptos los doctrinarios del bienestar fundamentaron un intervencionismo en las relaciones privadas, no solo con un Estado árbitro del interés general, sino como parte, armonizando los intereses privados; así surge el concepto de *interés público* como presupuesto de dichas finalidades, de forma tal que la promoción de cualquier interés colectivo legitimaba siempre el ejercicio del poder, ahora fuertemente estructurado sobre la base de una organización burocrática.

Lo paradójico es que, con esto el debate sobre la división de poderes dejó de pertenecer al ámbito del derecho constitucional para trasladarse al derecho administrativo y los intereses particulares pasaron a ser objeto de interés público. Así, lo que antes se entendía como división de poderes se convirtió en una mera división de funciones, generando un reduccionismo según el cual, dado que todos los órganos del Estado ejercen en cierta medida funciones propias de los otros, la función administrativa deja de estar circumscripita al Ejecutivo para aparecer dispersa en toda la estructura burocrática de los tres poderes, motivo por el cual todos terminaron *alineados/sometidos* a la alta dirección que fija las políticas de interés público, incluso dictando normas de derecho público, para regir relaciones particulares y a su vez controlar con criterio jurisdiccional tales comportamientos.

Esto dio un giro sobre los fundamentos que sostienen la legitimidad del poder, el cual dejó de basarse en la interacción recíproca con la potestad delegada -derivada de una soberanía fundante que establece los criterios de correspondencia con los derechos fundamentales- para asentarse en su orientación hacia la satisfacción de un interés público delineado por las políticas públicas. Todo ello dentro de un marco de legalidad formal interpretado de manera tal que le permite armonizar ambas dimensiones, incluso si ello implica la vulneración de derechos fundamentales, siempre que tal afectación pudiera justificarse mediante un esquema de ponderación de principios.

El problema es que, con el tiempo, esa corriente dejó al descubierto un falso positivo respecto de las supuestas bondades de la teoría del Estado social. En efecto, se evidenció que, bajo ese esquema, no solo el sistema normativo -en todos sus niveles- se vuelve funcional al poder político, que incluso manipula a la ciencia jurídica para justificar intereses muchas veces arbitrarios; sino que, además, desde la lógica del derecho público, se dictan normas para regir relaciones particulares mediante un lenguaje imperativo, basado en órdenes, con el único propósito de lograr obediencia o persuasión. Todo ello ocurre sin otra justificación que el interés público, el cual fluye e infiltra todos los órdenes del Estado, sin más eficacia que su correspondencia formal con un sistema de normación positiva.

Como consecuencia, la legitimidad de los poderes del Estado dejó de fundarse en su interdependencia con los derechos fundamentales y pasó a justificar actos de gobierno -tanto en el ámbito del derecho público como del privado- según el programa definido, de manera vertical, por la propia estructura de poder, conforme a un determinado criterio de interés público.

IV) COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE CONTROL

La potestad pública en el derecho comercial se manifiesta -en una interpretación constitucional clásica- a partir de la sanción de las leyes que crean las normas imperativas (primer y segundo orden) y el control (administrativo y judicial) del modo en que se desarrollan las relaciones particulares dentro de ese marco normativo. Las primeras se legitiman según un correcto apego al principio de legalidad y razonabilidad, mientras que los segundos, según un legítimo ejercicio de las atribuciones conferidas.

En esta ocasión se formulan sugerencias con relación a la actividad de control de la administración, en los siguientes aspectos:

a) Competencia política

Me refiero al ámbito de actuación normativa de la administración en el derecho privado, delimitado por un criterio de legitimidad institucional.

En la actualidad, la interacción entre el derecho público y el privado ha provocado un desplazamiento de la teoría de los principios hacia la teoría de los intereses, impulsado por la afirmación de la función social del Derecho. Esta evolución ha favorecido la aceptación de la centralidad de las funciones estatales para la protección de fines sociales, reemplazando el antropocentrismo jurídico por un estatocentrismo. Como consecuencia, el control público se infiltra a través de la estructura burocrática, extendiéndose progresivamente sobre las relaciones particulares. Incluso hay quienes justifican esta expansión apelando a sus supuestas ventajas utilitaristas, basadas en las buenas intenciones que, desde ese esquema verticalista de poder, buscan hacer efectivo un fin social.

Al aceptar que nuestra Constitución adopta la doctrina clásica de justificación del poder, según la cual los ciudadanos no ceden atribuciones para que la autoridad las ejerza en su contra, resulta aún menos admisible que dicho poder se ejerza fuera del ámbito de delegación conferido, para avanzar sobre los derechos individuales. En el derecho privado rige el principio de clausura normativa, por el cual todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido, lo que torna irrazonable la aplicación de esquemas de dirección propios del derecho público.

Si el negocio societario surge como expresión de la voluntad -regla de primer orden- resulta ajeno a las normas reconocerle existencia; no obstante, estas pueden establecer preceptos de validez -reglas de segundo orden-, aunque formuladas de forma tal que, a cada regulación le siga un efecto que reste eficacia a la conducta contraria, siguiendo el principio de clausura en armonía con el de legalidad.

El derecho privado no impone sanciones, por lo tanto sus efectos por omisión a la imperatividad de las reglas no responden a una lógica punitiva del derecho público, sino que lo deben integrar mecanismos que estén orientados a restablecer una situación querida o neutralizando efectos de los actos contrarios a ese orden, con exclusión de la actividad reglamentaria de la administración. En ese caso, al menos en el derecho privado los preceptos de validez se crean a través del Congreso y se interpretan por los jueces.

El poder existe cuando se ejerce legítimamente. En ese sentido, las normas societarias sobre el control de las estructuras y registración presentan una dificultad, ya que no responden a un adecuado esquema de razonabilidad, aun cuando fueron dictadas por el Congreso. Esto se debe a que, no es posible conectar los requisitos de validez que expone para el negocio societario, con los fundamentos de su obligatoriedad dentro de un esquema coherente de consecuencias por omisión, lo que lleva a completar el sistema con la intervención de la administración pública en un indebido ejercicio del poder reglamentario dentro del derecho privado.

En ese sentido entonces, dentro del derecho privado rigen dos axiomas, la libertad contractual que es la regla y la norma imperativa reglamentaria que es la excepción, pero a la par, dicha imperatividad se dicta y aplica según un adecuado esquema de división de atribuciones.

Las normas reglamentarias, cuando son dictadas por la administración, carecen de legitimación de origen, ya que el orden constitucional impide que el poder público, a través del ejercicio de funciones administrativas, intervenga en las relaciones entre particulares. Eso se explica porque, como ya dije, el ciudadano delega atribuciones, de forma tal que, la administración ejerce una competencia impropia de distribución constitucional de funciones cuando en verdad no les fueron asignadas según la habilitación que se hizo al momento constitutivo de la sociedad civil, estableciendo los límites estructurales al poder político, los que no incluyeron ceder al funcionario público la discrecionalidad de regir relaciones particulares. Entonces, el dilema pasa por asumir que el derecho público, al igual que el derecho privado, están subordinados al derecho constitucional que, si bien los coordina, no los unifica impidiendo que lo público sobreponga sus intereses sobre lo privado.

Sólo se puede ingresar a verificar sobre los límites del poder cuando se encuentra resuelto el problema de origen, pero en el caso de la administración, carece en origen de las potestades, por lo tanto, es irrelevante el debate sobre el alcance de sus disposiciones, las que siempre van a ser ilegítimas.

Asumir la constitucionalización del derecho privado no puede ser una tarea selectiva. Si se consagran principios vinculados a los derechos fundamentales, estos deben proyectarse sobre todos los planos del orden jurídico, incluido el de las libertades individuales. Ello exige un cambio en la forma de legitimar las atribuciones: ya no basta con un criterio de mera lógica formal, sino que resulta necesario contrastarlas directamente con los efectos que generan sobre los intereses particulares afectados y reconocer que se carece de atribuciones para ello y por lo tanto lo que se disponga en relación con los derechos privados, carecen de efectividad.

b) Competencia jurídica

La actividad jurisdiccional de la administración implica que los funcionarios u órganos administrativos actúen como jueces. Acá no estamos en presencia del criterio de legitimidad política para el dictado de una regla, sino en su interpretación y aplicación, lo cual también requiere una atribución expresa, de la cual carece la administración.

El constitucionalismo social ha transformado la comprensión clásica de la separación de poderes al reconocer que, aunque el Congreso legisla, juzga y administra; el Poder Ejecutivo administra, ejecuta, pero también legisla y juzga de forma propia; y el Poder Judicial, además de juzgar, realiza actos legislativos, ejecutivos y administrativos; entonces la función jurisdiccional no está limitada exclusivamente al Poder Judicial, sino que también es ejercida, en distintos grados, por los otros poderes del Estado, al igual que ocurre con las funciones legislativa y ejecutiva.

De este modo, durante décadas se aceptó que la administración pueda interpretar y aplicar reglas de derecho privado, pero basados argumentos que incurren en distintas falacias, entre las que pueden señalarse: falacia de composición o de ambigüedad conceptual, al asumir que lo que es cierto para una parte de un sistema también lo es, de manera absoluta, para el todo; falacia de confusión de

niveles o categorías por anfibología o ambigüedad, al sostener que, si un poder ejercer actos de administración interna, entonces detenta, sin más, una función administrativa general; falacia de apelación a la necesidad o urgencia, al suponer que dicha tarea constituye uno de los modos universales y válidos de responder pragmáticamente al reclamo de los hechos que configuran la realidad; falacia de petición de principio, al afirmar que una administración ágil, eficaz y dotada de amplias competencias es, por sí misma, un instrumento idóneo para resguardar intereses colectivos de contenido económico y social; y falacia de falsa dicotomía, al sostener que una administración con mayor poder jurisdiccional es necesariamente más eficaz, frente a alternativas que, de otro modo, solo podrían resultar tardías o insuficientes..

A causa de todo esto, es trascendente volver al concepto original sobre la división de poderes y alejar a la administración del control jurisdiccional del derecho privado, no solo para garantizar los derechos fundamentales, sino porque tales derechos son un determinante, es decir, aquellos no son solo *objetivo* de la existencia de los poderes sino también fundamento previo para que existan los poderes del Estado. Esto resulta especialmente claro en el actual momento de los derechos fundamentales, donde el Estado ya no se concibe como un fin en sí mismo, sino como un instrumento al servicio de los ciudadanos. Esta transformación se vincula con el ocaso del Estado social de derecho, modelo que, hasta entonces, tendía a identificar al Estado con la finalidad del colectivo.

En este sentido, debe distinguirse con claridad el rol de la administración pública porque su poder de policía no le otorga facultades para interpretar conductas particulares con relación a normas de derecho privado. Su intervención debe limitarse a colaborar en la registración o en su caso, a realizar vigilancia administrativa del régimen previsto por la ley especial, cuya interpretación y aplicación compete exclusivamente a los jueces. De este modo, se consolida un criterio funcional que responde a una lógica de *modus ponens*, aplicable no solo al negocio asociativo en sentido estricto, sino también a aquellos casos en que dicho negocio proyecta sus efectos hacia terceros, constituyendo una organización empresarial con impacto en el orden económico y en la estructura del mercado.