

EL CONTROL DE LEGALIDAD ANTE LAS ÚLTIMAS REFORMAS AL RÉGIMEN SOCIETARIO

María Agustina Saporiti

SUMARIO:

En los últimos años se han introducido modificaciones sustanciales tendientes a simplificar, flexibilizar y adecuar los institutos jurídicos derecho societario argentino a las modalidades que adoptan los negocios jurídicos modernos. Sin embargo, continúa el debate respecto a la extensión del control de legalidad ejercido por los Registros Públicos.

Mientras que, con respecto a la S.A.S., la actual redacción del artículo 38 determina que el control de legalidad atribuido a los Registros Públicos se limita únicamente a la verificación de los requisitos formales, en lo que respecta a los tipos societarios de la L.G.S. la ausencia de “límites claros y precisos sobre la extensión del control de legalidad... conspira con los principios de seguridad jurídica, certeza y confiabilidad que informan el sistema de control en su conjunto”.



1. Introducción

Ante la necesidad de modernizar el derecho societario argentino, se incorporaron en los últimos años las modificaciones de la ley 26.994 en 2015 y la incorporación de la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) en 2017, con su reforma en 2018.

Estos cambios respondieron a la necesidad de contar con estructuras societarias adecuadas al tráfico mercantil actual, aunque no han zanjado la discusión acerca de los alcances del control de legalidad ejercido por los registros públicos. En lo que a la S.A.S. respecta, parecería que la actual redacción de la Ley de apoyo al capital emprendedor N° 27.349 (LACE) ha puesto fin a cualquier discusión que pudiere surgir, más no se ha dado aún una respuesta concreta a la

problemática que aqueja a los tipos societarios de la Ley General de Sociedades N° 19.550 (L.G.S.).

Estas reformas surgen en el derecho societario argentino, no sólo como consecuencia de la acelerada evolución que han tenido las prácticas mercantiles desde mediados del siglo XX, sino también como consecuencia de haber considerado a la S.A. –y de manera atenuada a la S.R.L.– como una compleja y sofisticada estructura, sometida a rigidez normas imperativas que han restringido al principio de la autonomía de la voluntad que hace a la esencia contractual propia del sistema societario¹, lo cual se ha consolidado como un innegable desestímulo frente a las operaciones de inversión y el emprendedurismo.

2. El control de legalidad frente a las reformas

Coincide la doctrina al entender que la función que cumplen los Registros Públicos se orienta a asegurar la publicidad de los actos jurídicos, su registración y permitir la oponibilidad del acto inscripto, aspectos que hacen a la seguridad jurídica en el tráfico mercantil². No obstante, el debate continúa centrándose en determinar si corresponde a ellos ejercer un control de legalidad sustancial, o bien meramente formal.

2.2. El control de legalidad en la S.A.S.

La redacción original del artículo 38 de la LACE reconocía las facultades de ejercer un control de legalidad por parte de los registros públicos, ya que disponía que “La documentación correspondiente deberá presentarse ante el registro público, quien previo cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de aplicación, procederá a su inscripción...”. Ello era incongruente con la brevedad impuesta al trámite constitutivo que el mismo artículo disponía³. No obstante,

¹ Cfr. DUPRAT, Diego A. Jorge; “El principio de la autonomía de la libertad en la regulación de las sociedades cerradas. La necesidad de cambiar el paradigma actual”, *XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (Buenos Aires, 2013), p. 52.

² PÉREZ CASSINI, Analía; “La fiscalización y el control de legalidad atribuidos a los órganos de control”, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Argentina, 29/03/2007, IJ-XXIV-194. RAGAZZI, Guillermo E.; “El control de legalidad registral y sus alcances”, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Argentina, 29/03/2007, IJ-XXV-313

³ Artículo 38. Ley 27.349 “...La inscripción será realizada dentro del plazo de veinticuatro (24) horas contado desde el día hábil siguiente al de la presentación de la do-

el artículo 2 de la RG IGJ 06/2017 disponía que con respecto a la S.A.S. ella “tendrá a su cargo exclusivamente funciones registrales”, y consecuentemente surgía nuevamente el debate en torno a si este control era de carácter formal, o también sustancial.

De esta manera, el Legislador consideró necesario modificar la redacción del artículo 38 de la LACE –mediante la ley 27.444– abandonando la referencia al “cumplimiento de las normas legales y reglamentarias de aplicación”, limitándolo solamente al “cumplimiento de los requisitos formales y de las normas reglamentarias”, y de esta manera dando fin a cualquier duda interpretativa que pudiere surgir al respecto⁴.

En este orden de ideas, el control de legalidad que actualmente la ley reconoce al Registro Público ante la S.A.S. se limita únicamente a la verificación de los requisitos formales, quedando reservado al Poder Judicial la facultad de ejercer el control de legalidad sustancial en los casos que fuere necesario.

2.2. El control de legalidad en los tipos societarios de la L.G.S.

Previo a la reforma del año 2015, el artículo 34 del Código de Comercio disponía que el secretario del Registro Público de Comercio era “*responsable de la exactitud y legalidad de los asientos*”, pero no definía con precisión su ámbito de actuación. Esta disposición se complementaba con las disposiciones contenidas en el artículo 6 y 167 y 300 de la L.G.S., los cuales hacían referencia al cumplimiento de los requisitos legales y formales.

Sin embargo, con la reforma de la ley 26.994 a la L.G.S. en el año 2015, el legislador optó por modificar el artículo 6 y así omitir requerir que el Registro Público comprobara “*el cumplimiento de todos los requisitos formales, legales y fiscales*”. Asimismo, el CCyCN tampoco incorporó las disposiciones contenidas en el Código de Comercio.

Consecuentemente, podría interpretarse que, al suprimir las normas referidas al control de legalidad sustancial por parte del Registro Público, el Legislador tuvo la intención de reducir sus funciones únicamente a las de control formal, con excepción de los casos expresamente previstos en las leyes especiales – tales como el artículo 167 de la L.G.S..

cumentación pertinente, siempre que el solicitante utilice el modelo tipo de instrumento constitutivo aprobado por el registro público.”

⁴ Cfr. RAMÍREZ, ob cit., ap. 12.3.2. BALBÍN, Sebastián; Ley General de Sociedades, Revisada, ordenada y comentada, Cathedra, Buenos Aires, 2018, comentario al artículo 38 de la ley 27.349.

Sin perjuicio de ello, una parte importante de la doctrina y jurisprudencia ha interpretado que corresponde al Registro Público no sólo la verificación del cumplimiento de las formas extrínsecas del acto, sino también la verificación de la legalidad del negocio jurídico en sí mismo⁵. Ello, ha justificado que en múltiples ocasiones el Registro Público se extralimite en sus funciones.

De esta manera, por ejemplo, la Inspección General de Justicia (IGJ), cuya regulación sirve de referencia para todo el país, exigía la adecuación del capital social al objeto social⁶; también la aplicación de la transformación voluntaria para aquellos tipos societarios que no fueron previstos por el art. 94 bis⁷, así como lo previsto en materia de sociedades extranjeras⁸, donde por ejemplo ha exigido formalidades no requeridas por la ley de fondo⁹.

⁵ RAGAZZI, Guillermo Enrique; “La Publicidad Registral (El aporte del Profesor Dr. Enrique M. Butty)”, pp. 6

⁶ El artículo 68 de la RG IGJ 07/05 disponía que “*en virtud de la naturaleza, características o pluralidad de actividades comprendidas en el objeto social, el capital resulta manifiestamente inadecuado*”, pauta que resulta manifiestamente irrazonable y arbitraria, al punto que hoy en día se encuentra derogado

⁷ En oportunidad de reglamentarse la SAU, dispuso por el art. 203 de la RG IGJ 7/2015, la aplicación de la transformación voluntaria para aquellos tipos societarios que no fueron previstos por el art. 94 bis, cuando el número de socios se redujera al número de uno y no recompusieron la pluralidad en el plazo determinado, considerándose sujetas al régimen de responsabilidad de la Sección IV de la LGS ante incumplimiento; Cfr. ALIAGA, María Sofía y MATUS, María Cristina; “Desafíos de la unipersonalidad regulada en la Ley General de Sociedades”, *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II, Mendoza, 2016, p.677

⁸ Su reglamentación ha sido objeto de amplias críticas- específicamente, respecto a la RG IGJ 07/2015. Clara está la obligación que existe de dar cumplimiento con las obligaciones internacionalmente asumidas en materia de evasión y fraude; sin embargo, ello no debe desalentar y obstaculizar la inversión extranjera. La excesivamente burocrática y compleja regulación que se le había dado a las sociedades extranjeras mediante la RG IGJ 07/2015 parecía presumir el actuar fraudulento de toda sociedad extranjera que pretendiera su inserción en el ámbito nacional, lo cual en algunos casos ha derivado en un actuar abusivo por parte del Registro Público

⁹ En el caso “Inspección General de Justicia c/ Promocions, Exportación y Marketing Editorial S.R.L. s/ organismos externos”, el registro público negó a la sociedad extranjera - que se encontraba debidamente inscripta en el Registro Público de conformidad con el artículo 118 LGS - constituir una sociedad local por no cumplir con el artículo 268 RG IGJ 07/2015. En tal ocasión, la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial interpretó que, a los fines de su adecuación a la legislación nacional en los términos del artículo 124 de la LGS, no corresponde exigir la escritura pública y que no hay motivo para que por vía reglamentaria y que no existe motivos suficientes que justifiquen

Consideramos que el amplio margen de discrecionalidad otorgado al Registro Público en dicha materia debe ser revisado, máxime cuando la propia regulación en L.G.S., por su imprecisión y vaguedad, ha dado lugar a debate - tal como ha sucedido respecto a la conceptualización de “actos aislados” y “ejercicio habitual”. Por lo que consideramos necesario que, en primer lugar, el Legislador de respuesta a ciertos conceptos oscuros y lagunas, para luego delimitar la extensión del control que pueda ser ejercido por el Registro Público y así brindar mayor seguridad jurídica, sin que ello conlleve un desestímulo frente a la inversión extranjera.

Sin perjuicio de poder existir posturas a favor y en contra de tales soluciones, se debe determinar si corresponde que ellas sean aportadas por el Registro Público –que en ocasiones se encuentra en manos del Poder Ejecutivo, tal como el caso de la IGJ–, o bien corresponde al Legislador o el Poder Judicial llenar dichas lagunas.

De esta manera, atento que el Registro Público de forma recurrente, se ha excedido en sus funciones, ya que aún si sustentamos sus facultades de control sustancial en las disposiciones de la ley 22.315 –la cual data de 1980–, ello de ninguna manera debería implicar el reconocimiento de una potestad legislativa o jurisdiccional.

3. La irrazonabilidad de la actuación del Registro Público

En tanto la Constitución Nacional (CN) reconoce el principio de la autonomía de la voluntad en el artículo 19 y, tal como señala el artículo 14, todos los habitantes gozan de los derechos constitucionalmente reconocidos “*conforme las leyes que reglamenten su ejercicio*”, en modo alguno parecería correcto permitir que los Registros Públicos se adjudiquen a sí mismos las facultades que deberían corresponder exclusivamente al Poder Legislativo y al Judicial.

Si bien es cierto que del artículo 76 y el 100 inciso 12 CN la autoridad legislativa puede ser delegada al Poder Ejecutivo, la reglamentación que ha adoptado en múltiples ocasiones el Registro Público ha sido excesiva y, frecuentemente irrazonable, a tal punto que la jurisprudencia se ha pronunciado en su contra.

Asimismo, no debe dejarse de lado que el artículo 28 CN consagra el principio de razonabilidad, de lo cual surge la inalterabilidad del contenido esencial de los derechos fundamentales. Lo cierto es que, “el ejercicio del poder del Estado

exigir requisitos distintos a los que la ley prevé por el solo hecho de que la requirente sea una sociedad extranjera.

de regular los derechos fundamentales... encuentra una valla infranqueable: para ser considerado razonable, los medios deben guardar una relación adecuada y proporcionada con los fines y, además, la medida no debe alterar el “contenido esencial” de los derechos y las garantías constitucionales”¹⁰.

Por lado, el principio de proporcionalidad nos exige examinar tanto la eficacia y eficiencia de la norma, como la proporcionalidad entre los fines y los medios empleados. De esta manera, y debido a que el ejercicio los derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional está sujeto a las leyes que reglamenten su ejercicio, su afectación únicamente podría estar justificada cuando se arbitren los medios necesarios y adecuados para persecución de un fin importante.

Es por ello que, si bien al Poder Ejecutivo o las delegaciones con competencia administrativa se les puede conferir las facultades necesarias para reglamentar los pormenores necesarios para la ejecución de sus deberes, cuando la reglamentación desnaturalice o altere el contenido de las disposiciones legislativas, ella debe ser considerada irrazonable y desproporcionada.

4. La problemática en cuestión

Coincidimos con RAGAZZI, en cuanto a que –con respecto a los tipos societarios regulados en la L.G.S.– la ausencia de “límites claros y precisos sobre la extensión del control de legalidad... conspira con los principios de seguridad jurídica, certeza y confiabilidad que informan el sistema de control en su conjunto”¹¹, lo cual contribuye a desestimular las operaciones de inversión y el emprendedurismo.

De esta forma, así como la LACE vino a actualizar la normativa y adecuarla al contexto socioeconómico actual, es necesario que se tomen las medidas necesarias para que ello también sea receptado por la L.G.S. Lo contrario, en la práctica, implicará una reducción en las alternativas ofrecidas a los empresarios modernos y derivará en un paulatino abandono del sometimiento al régimen de la L.G.S.

Tal como analiza Reyes Villamizar, las naciones “se ven en la necesidad de actualizar sus reglas para evitar la migración masiva de empresarios hacia nacio-

¹⁰ SAPAG, Mariano A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Diákon*, Vol. 22, núm.17, diciembre, 2008, pp. 179.

¹¹ RAGAZZI, Guillermo E.; “El control de legalidad registral y sus alcances”, *Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas*, Argentina, 29/03/2007, IJ-XXV-313

nes dotadas de pautas más flexibles y “amistosas” para creación de empresas”¹², y lo mismo sucederá con los tipos societarios adoptados por los empresarios. En tanto la regulación que reciban los tipos societarios de la L.G.S. no sea actualizada, y no brinde seguridad jurídica y confiabilidad, los sujetos no tendrán otra opción más que optar por aquel que lo haga.

Ello sería desacertado, en tanto el derecho societario debe brindar tantas herramientas y alternativas como sean necesarias para garantizar a los sujetos la posibilidad real de optar por la reglamentación que le sea más adecuada para llevar adelante su negocio conforme a sus intereses, necesidades y preferencias.

5. Conclusiones y propuestas

La simplificación, flexibilización y adecuación de los institutos jurídicos propios del derecho societario en modo alguno deberá facilitar la violación a la ley, el orden público, la buena fe o los derechos de terceros –protegidos por el artículo 54 L.G.S. y 144 C.C. y C.– en tanto subsiste la aplicación y observancia de los principios generales de derechos consagrados en el C.C. y C.¹³.

Asimismo, nada impide la aplicación, ni cercena el desarrollo, del Derecho Penal y demás ramas del saber jurídico aplicables, cuando así correspondiere, ni tampoco obstaculiza el control de legalidad que eventualmente correspondiere realizarse en sede judicial.

Por otro lado, errado sería que el derecho societario argentino se arrogara facultades más amplias de las que esencialmente deberían corresponderle, debido a que su función no debería ser otra que la creación de las vías adecuadas destinadas a encauzar las nuevas modalidades que el negocio jurídico ha ido adoptando con suficiente flexibilidad y celeridad, de manera tal que no se cercene el nacimiento de nuevos emprendimientos. Ello, por cuanto recae sobre las demás ramas del Derecho, que se interrelacionan con el derecho societario, desarrollar paralelamente las herramientas e instrumentos que consideren adecuados para

¹² REYESVILLAMIZAR, FRANCISCO; “SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada”; Segunda Edición Actualizada; Legis; Colombia; 2010; pp.28-29

¹³ Cfr. BALBIN, Sebastián; “Sociedad por Acciones Simplificada”, Cathedra, Buenos Aires, 2019. ap. 5.1, quien sostiene que “...esta libertad –que se resume en la posibilidad de disponer de las normas que la LGS establece para los tipos en ésta regulados- encuentra un límite en los principios generales dispuestos en el CCCN para el ejercicio de los derechos, y que sujetan la conducta de las partes a la buena fe y a su protección frente al abuso del derecho (arts. 9, 10, 11, 12 13 y 14)”.

garantizar la tutela de los derechos de terceros, acompañando y adecuándose a los nuevos desafíos planteados por el mundo moderno.

Actualmente, la realidad socioeconómica demanda la creación de nuevas y más efectivas herramientas para apoyar, incentivar y permitir el crecimiento de nuevos emprendimientos, los cuales tendrán el potencial de permitir el desarrollo del país, y aumentar la productividad y la creación de empleo.

Consecuentemente, consideramos que sería necesario que el Legislador determine expresamente la extensión del control de legalidad que tiene el Registro Público y armonice la normativa vigente, a fin de culminar con el eterno debate doctrinario que justifica los abusos en el ejercicio de las facultades por parte éste, en desmedro de las disposiciones válidamente convenidas por las partes conforme a las prescripciones legales.