

Sobre control de legalidad en la ley general de sociedades y el Registro Público (de Comercio)

Victor Zamenfeld

Sumario

Se analizan en la ponencia dos temas íntimamente vinculados, la desaparición del control de legalidad de los actos que deban inscribirse en el Registro Público (ex de Comercio) y la de su regulación en sí. Se trata críticamente la implícita de devolución de competencias (art. 121, CN), que ha hecho la Nación a las provincias y la ciudad de Buenos Aires y, como consecuencia de ello, se trata su incidencia en esas jurisdicciones y la necesidad de dictar una normativa específica, aplicable en cada una de ellas. Se propone el dictado de una ley nacional de registro público y se exponen las razones que existen para ello, de modo que la Nación, como hasta antes del dictado de la ley 26.994, regule lo sustancial del tema y los distritos se ocupen de la aplicación de la ley y la organización y funcionamiento del órgano de control societario.

I.- Introducción

Nos ocuparemos en éste de los dos temas que nacen de su título, analizados a la luz de la reforma que sobre ellos ha producido la sanción del Código Civil y Comercial, ley 26994 (CCyCom). Para poder desarrollarlos, es siempre necesario ir a las fuentes directas de esos textos, en este caso los Fundamentos de la Comisión Reformadora (CR). En otras ocasiones, la motivación debería aparecer en la presentación del proyecto por el Poder Ejecutivo Nacional, que eliminó algunos textos y modificó otros, lo que no ocurrió en el caso.

Dicho al margen, debo confesar que nunca fui partidario de unificar el derecho privado, corriente europea que nos llega con mucho atraso, como que hoy la especialización ha invadido el mundo en todas las áreas de la ciencia

y esto también debió alcanzar al derecho. Francia y España, por ejemplo son ejemplos citables, no los únicos, como también lo es todo Centro y Sud América. Habría muchas más razones, mas ello no hace a la ponencia.

Explicó al respecto la CR, sobre uno de los temas que trataremos, el Registro Público, que “Una cuestión de orden práctico, es el funcionamiento de los registros, que, en muchas provincias, tienen demoras importantes para terminar los procesos de inscripción. En ese contexto, podrían generarse serios problemas para quien ha creado una sociedad, que no es tal hasta la inscripción, si ésta se atrasa varios meses. Por lo tanto, sin perjuicio del interés teórico, **no se dan los presupuestos de infraestructura que la hagan viable**”. Como se vé, no es mucho lo que se expone y a lo largo de todo el texto del código ello se refleja, como que el Registro Público de Comercio, hoy Registro Público (RP), es citado en algunos artículos para indicar que actos no societarios se inscriben en él (arts. 1455, 1466, 1473 y 1669) e incluso cuándo no se inscriben, como pasa con el art. 1448, donde específicamente se dice que el negocio en participación no se inscribe.. Pero y también fuera de la ponencia cabría preguntarse: ¿si esto, que hasta aquí era la sociedad accidental o en participación, podrá ser Sección IV, que hasta aquí tampoco se inscribe?

En la parcialmente modificada ley 19550 (que pasó a ser la Ley General de Sociedades, en adelante LGS), los arts. 5° y 6° son los únicos en que aparece el RP.

De inicio, yendo mas allá de lo puramente jurídico, un análisis de superficie permitiría decir que no fue el RP una institución que haya merecido particular atención de la CR, de alguna manera la transcripción de los Fundamentos recién hecha lo insinúa, se lo presenta como un problema de infraestructura que impediría hacer grandes cambios, cuando en realidad no hay tal, el mejoramiento del sistema registral mercantil puede llevarse a cabo, maguer las reconocidas deficiencias estructurales. Es que los arts. 34 a 42 del Código de Comercio derogado, se eliminaron, lisa y llanamente, sin dar mayores explicaciones que las de la CR, que no pueden considerarse tales; incluso hasta podría decirse que lo llamativo es que se omitió la regulación, pero sí que se le puso nombre. Este virtual silencio se tornó en absoluto cuando se trató del control de legalidad de los actos que se inscriban en el RP, el otro tema de este trabajo⁶⁷⁷. La unificación no fue muy pródiga para con ambos temas.

⁶⁷⁷ El RP aparece, en materia societaria, tres veces en el CCyCom, (329, 1455 y 1466) y dos en la LGS (5 y 6). Otras veinte refieren a otros registros, los que correspondan dice el código. Además, mientras que el RPC es como si hubiera perdido “el apellido”, eso no ocurre con otros registros, como el del Estado civil y Capacidad de las Personas y el de la Propiedad Inmobiliaria, pero que carecen de la palabra “Público” en su denominación.

Dicho al margen, debo confesar que nunca fui partidario de unificar el derecho privado, corriente europea que nos llegó con mucho atraso, como que hoy la especialización ha invadido el mundo en todas las áreas de la ciencia y esto también debió alcanzar al derecho. Francia y España, por ejemplo, son ejemplos citables, no los únicos, como también lo son Sur y Centro América.

El otro tema que nos preocupa, íntimamente vinculado a los dos que aquí trataré, es la devolución de competencias (art. 121, CN) que ha hecho la Nación hacia las provincias y la ciudad de Buenos Aires. La registral es materia sustancial, propia de legislación de fondo, integre o no un Código nacional, pues por su carácter está comprendida dentro del art. 75, inc. 12, CN (como que hasta la derogación del Código de Comercio formó parte del mismo), en cambio la aplicación de la ley y funcionamiento del órgano de control, es del resorte local y esto ha sido algo novedoso y criticable. La Nación, no ha perdido competencia para regular el RP, como que desde nuestro Código de Comercio de 1860 lo tenía incorporado, sin que haya existido controversia de tipo alguno al respecto.

Pero, debe quedar claro que nada prohíbe hoy dictar una ley nacional, las competencias delegadas se mantienen y que una norma haya dejado sin regular el RP, no significa que otra no pueda hacerlo, antes bien esto hasta parece obvio, siendo que el organismo nació de una ley nacional y la ley 26994 no lo ha eliminado.

Comentario también al margen sobre estas “devoluciones” de competencias, resulta llamativo que el ejemplo se repita. Pues ocurre que en el proyecto de ley sobre acceso a la información pública, con media sanción, también que se invita a las provincias a adherir, como si el tema no tuviera sustancia federal y, como tal, delegada a la Nación. Cabe agregar, al solo efecto informativo, que este proyecto de ley incursiona en temas societarios, de allí la inclusión de este comentario, pues tiene aristas de conflicto con nuestra temática.

II.- Control de legalidad y Registro Público

No dilataremos esta exposición explicando que es y para que sirve el RP. Bastará recordar que ZAVALA RODRÍGUEZ (*Código de Comercio y leyes complementarias*, t. I, p. 83 y ss., Depalma, 1971) decía de su necesidad, pues “debe lograrse que las partes encuentren suficiente garantía de sus derechos y que los terceros, sin dificultades y sin esfuerzo, puedan conocer la situación jurídica del comerciante o sociedad con quien contrata, su capacidad...”. Es decir publicidad y legalidad.

Nuestro RPC no solo ha cambiado su nombre, sino que hoy virtualmente ha desaparecido de la legislación societaria, como que ya no existen sus muy añejos artículos 34 a 42, sino que de tal modo se eliminó el primero de ellos, aquél que decía que el titular a cargo del Registro era el responsable “de la exactitud y legalidad de sus asientos”, texto que dio lugar a la aparición de las autoridades de control mercantil societario y a una larga disputa sobre si correspondía o no ejercer ese tipo de control en las inscripciones registrales. Hoy, a la luz de la reforma, su existencia apenas si se advierte en los escasos artículos en que se lo refiere (ver nota 1).

El RP aparece en el código como un mero *nomen iuris* que no se regula, por tanto con nula proyección nacional de fondo y, siendo que hasta la puesta en vigencia solo era de jurisdicción local administrarlo, cada jurisdicción debió haber dictado la legislación pertinente, para que comenzara a regir a partir del 1º de enero del año en curso. Nada de eso ocurrió pese a que, al promulgarse la ley, en el art. 7º del acta de sanción, quedó establecido que cada distrito contaba con un plazo de algo más de cuatro meses para adecuarse a la reforma. Era indispensable cumplir con ello para la temática que nos ocupa, pues para esa fecha ya no existiría regulación de fondo sobre el RP, como tampoco sobre el control de legalidad de las inscripciones que de su texto surge (por omisión), con la única excepción de la sociedad anónima, dado que el artículo 167, LSG, no fue modificado.

Cabe apuntar que, mayoritariamente, quienes se oponen al retorno del control de legalidad, sostienen que esto fue acertado, ya que se había hipertrofiado, era lento, burocrático, y que por eso y otros similares motivos genera el natural rechazo del administrado. Esto es cierto, las reglamentaciones sobrea-bundantes nada tienen que ver con lo que esta forma de control importa. La resolución IGJ 7/15 es un ejemplo de ello: más de quinientos artículos para regular los trámites de inscripción registral es notoriamente desproporcionado.

Pero sucede que así no se advierte que este exceso que se critica, genera su opuesto contradictorio, el “nada de control”, fórmula implícita de postular la inscripción “buzón” para todo, lo que no podemos acompañar, pues en nuestra opinión ello sería tan o mas peligroso que un control que supere lo que se quiere significar con esta palabra. Va de suyo que en otros países, no muchos por cierto, Holanda como ejemplo, las inscripciones son vertiginosas, pero existe otra tradición, una legislación más dura para el infractor y un mayor respeto entre administradores y administrados.

Hoy sucede que la ley 26.994 (art. 5) solo preceptúa que el acto constitutivo se debe presentar para su inscripción dentro de los veinte días, sin establecer el tipo de control que se hará o si directamente no lo habrá, quedando

a cargo de cada jurisdicción decidirlo, lo que es la obvia consecuencia de la total modificación del artículo 6.

Esto no significa que le esté prohibido a cada Estado local ejercer el mismo control de legalidad que nos venía del código de Vélez-Acevedo y que ratificó la ley 19.550, que deben incluir en la ley del Registro que promulguen, nada lo prohíbe. Queda en claro que se ha decidido que cada provincia y la CABA deban decidirlo cuando lo legislen, pero la pregunta es: ¿qué ocurrirá hasta ese momento?

Un detalle al respecto: las autoridades de control hoy aun funcionan como antes de la sanción del CCyCom; en las jurisdicciones que pude consultar es así y, por caso, también así viene ocurriendo en el área del PEN, vía la IGJ, lo que no es un dato menor.

Es que, realmente, no va contra norma legal alguna que así ocurra, esta especie deformada de libre albedrío lo permite, pues importa sostener que, no existiendo otra normativa que la preexistente, nada impide que funcionen siguiendo su organización –que solo regula el funcionamiento del órgano de control- como esperando que vengan los tiempos para regularlo con una ley local. Es quizás, la inadvertida consecuencia de establecer que ha dejado de existir la legislación nacional en materia de inscripción registral mercantil, al menos como hasta aquí la conocíamos, regirá la que establezca cada jurisdicción.

No compartimos este criterio, contar con tantas legislaciones sobre RP, como jurisdicciones existen, no hace mas federal al país y, antes bien, hasta podría provocar una suerte de caos normativo por la multiplicidad de reglas que cada jurisdicción establezca, amén de generar jurisdicciones “blandas” (a la manera Delaware), que regulen el tema de modo inadecuado para lo que son los principios generales en materia de sociedades típicas, publicidad formal, oponibilidad y presunción de regularidad.

Pero, en suma hoy, tal como están las cosas, cada jurisdicción debe dictar su ley de Registro Público, pudiendo incluir en ella –o no, si así lo decidiera- el control de legalidad obligatorio no solo para la SA, sino para algunos o todos los tipos societarios y demás actos que requieran inscripción registral. El silencio de la ley así lo decidió, al no autorizarlo, ni prohibirlo y dejando librado a cada distrito la regulación sustancial del RP; es lo que surge de los artículos 5 y 6 y no puede interpretarse de un modo diverso.

La reforma ha modificado las competencias, la regulación sustancial del RP ha desaparecido -cuando en verdad debió haber sido puesta al día- pero obviamente sigue existiendo en las jurisdicciones y, por lo que queda expuesto, se ha creado un vacío en el orden nacional que debe ser cubierto por el local y que, si algún distrito advirtiera la necesidad de reponer el desaparecido, dictará la norma apropiada, nada lo podrá impedir.

Hasta donde me he informado, a más de seis meses de sancionada la ley 26.994, ni las provincias, ni la C.A.B.A., han dictado una ley de registro y los RP funcionan como antes de la puesta en vigencia de la ley 26.994 (no des-
carto que puedan existir instrucciones internas, circulares o reglas similares al respecto).

III - Conclusiones y propuesta

La solución que ha traído el CCyCom no nos parece razonable, menos en los tiempos que corren y puede –debe- ser corregida dictando una ley nacional de Registro Público, que establezca lo sustancial del tema, obviamente adecuando a los tiempos que corren, de modo tal que cada jurisdicción –como en la actualidad- dicte las normas de funcionamiento, aplicando en lo sustancial lo normado por la legislación nacional, como hasta aquí ha ocurrido y que, por lo que dije, sigue así funcionando. Existen proyectos al respecto y sería importante poder considerarlos.

Es que la Nación, por el solo hecho de haber modificado el sistema de constitución, reformas y demás inscripciones societarias, amén de otros actos que las leyes imponen, no por ello ha perdido competencia para hacerlo. Y como han aparecido planteos de inconstitucionalidad sobre éste, mi criterio, más allá de la amable discusión que tuve con distinguidos especialistas y a modo de síntesis sobre lo con alguno de ellos tratado exhaustivamente, es difícil de refutar dos datos, que el RPC integró el Código de comercio por más de 155 años de vigencia y que nunca hubo impugnación de inconstitucionalidad alguna

Para enfatizar lo que queda dicho y para reafirmarme en ello, no puedo dejar de citar a algunos de nuestros desaparecidos maestros, porque no han perdido vigencia al respecto. Así, **Halperín**, decía que desaparecido el control de legalidad de los actos sujetos a inscripción, el Registro Público funcionaría como una suerte de “buzón” (en “El Registro Público de Comercio y el control de legalidad”, L.L.: 59-713), donde todo lo que entra sale inscripto, salvo que se haya omitido cumplir con requisitos locales, como el pago de tasas o ciertas insuficiencias formales en la presentación, propias de la legislación local (dimensión de las hojas, tipo de papel, cantidad de copias, por caso). También **Malagarriga** se refería, en términos semejantes y aludiendo al RPC, señalando que éste “no debe ser una especie de buzón o máquina automática. Creemos, por el contrario, que los jueces y sus auxiliares deben, en lo posible, tratar de que los documentos cuya inscripción se ordene sean *legales*” (“Derecho Comercial”, t. I, p. 207, TEA, 1963). En el mismo sentido **Za-**

vala Rodríguez (op. y loc. cit.) y tantos otros, que no parece necesario caso referir aquí, pues con los citados diría que alcanza a los fines del presente.

Desde siempre la seguridad jurídica necesitó de un Registro Público que dé certeza sobre los actos que inscribe, claro está que no podrá impedir nulidades, pero en buena parte las evita, pues la presunción de legitimidad que genera la intervención del Estado previene razonablemente los perjuicios que puede generar la judicialización por deficiencias en la inscripción registral.

Hoy el registro-buzón, en una o más jurisdicciones, es el riesgo que se corre y, si como dicen los integrantes de la CR en el texto que hemos transcrito al inicio, no se dan los presupuestos de infraestructura que hagan viable un cambio relevante, éste que se ha traído vaya si lo puede traer. Los tiempos que estamos viviendo nos están alertando en ese sentido y una legislación registral desparramada a lo largo de todo el país y sin control de legalidad es, por lo menos, inquietante.

Como cierre quiero señalar que, en lo personal, he trabajado y sigo haciéndolo en un proyecto de reforma a la reforma del anexo II del CCyCom, que –en lo que hace al tema que hoy nos ocupa– propone el control de legalidad para los actos de la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada que requieran de la registración pública, un único y exclusivo dictamen profesional para inscribir las demás típicas y otros actos que deban inscribirse y, obviamente, ningún control para la Sección IV, del capítulo I, cuya presentación será facultativa, de la que tomará nota en un libro especial, que dará una mayor y mejor certeza en las relaciones comerciales y que, al decir del Dr. Carlos Odriozola, hará el contrato oponible a terceros, solucionándose así buena parte de los problemas que la imposibilidad de su registración generaría. Pienso que sería la mejor solución para los tiempos que corren.