

Registros comerciales públicos y privados

David A. Kulman

Sumario: En el contrato de sociedad confluyen diversas relaciones jurídicas con intereses contrapuestos: los de la sociedad como sujeto de derecho, los socios entre sí y con la sociedad, pero también los terceros. Por ello, la publicidad registral cumple una función esencial de seguridad jurídica, garantizando el conocimiento público de la estructura y condiciones de organización de la sociedad. Históricamente, se impuso la inscripción registral como condición de validez, utilizando la nulidad o la responsabilidad agravada como sanción ante su omisión. Sin embargo, esta lógica fue superada por una nueva concepción del negocio societario como organización funcional autónoma, eficaz desde su constitución, independientemente de la inscripción o tipicidad.

Para esa nueva etapa propongo una nueva definición de formalidad, llamada “ad publicitum”, por haberse abandonado las sanciones de nulidad o responsabilidad por falta de registración y reafirmando la publicidad como mecanismo de oponibilidad, propio de los sistemas anteriores. Esto evidencia un cambio estructural en donde el registro ya no otorga existencia jurídica ni validez al contrato, sino que cumple una función informativa para proteger a terceros. Así, la registración asegura una presunción iure et de iure de oponibilidad, pero no condiciona la eficacia del negocio ni la existencia de la persona jurídica, las cuales se fundan en principios constitucionales como el derecho de asociación y la libertad contractual.

En consecuencia, el régimen registral vigente resulta obsoleto si se pretende conservarlo con funciones constitutivas o sancionatorias. Su justificación actual radica únicamente en la garantía de acceso a la información para terceros, lo cual habilita a considerar modelos alternativos de publicidad, incluso privados, siempre que aseguren veracidad, integridad y acceso. Esta evolución no implica un cambio de paradigma, sino una depuración normativa que acompaña la redefinición de principios superiores, de forma tal que, la imperatividad del sistema solo es legítima cuando es razonable y coherente con los fines protegidos.

D) AUTORIZACIÓN COMO REQUISITO DE EXISTENCIA

El derecho societario ha procurado históricamente establecer un conjunto de preceptos destinados a equilibrar la existencia del negocio jurídico con la protección de los terceros. La primera solución en ese sentido fue la exigencia de publicidad mediante un asiento gubernativo.

Con el tiempo, sin embargo, este régimen fue utilizado por diversos intereses para instaurar un conjunto de elementos destinados a regular el negocio, muchas veces excediendo el fin originario de la publicidad. A pesar de ello, la esencia de la publicidad que fue brindar oponibilidad y seguridad jurídica a terceros no ha variado desde sus orígenes; aunque los modernos empleos la usaron para otros fines, incluso confundiendo la función de publicidad con la de regularidad societaria.

Durante la colonización y desde el siglo XII, existieron formas asociativas que respondían a un interés del soberano, quien definía tanto la existencia de éstas, como el alcance de sus atribuciones, sin que exista en ese tiempo, un régimen normativo del derecho privado. Así, las compañías, de carácter simultáneamente comercial y político, eran instrumentos del Estado para ejercer su soberanía, especialmente en contextos de expansión colonial.

Las compañías surgían bajo el amparo de la autoridad, que les otorgaba una concesión denominada octroi, mediante la cual se reconocía su existencia y se habilitaba su funcionamiento. Esto ocurría en una época en la que las relaciones asociativas estaban íntimamente ligadas al quehacer de la monarquía. Por ello, dicha concesión no respondía únicamente a fundamentos jurídicos, sino también a fines políticos y económicos, implicando una intervención directa del monarca en la configuración y vida de esas entidades.

A pesar de la expansión del régimen, su tratamiento no fue objeto de codificación ni sistematización doctrinaria en el derecho mercantil de aquella época. Incluso los autores del siglo XV, aunque testigos de su auge, no abordaron la compañía como una figura jurídica autónoma del

derecho societario, limitándose al estudio de otras formas asociativas como la sociedad colectiva, la comandita o la sociedad en participación, pero ajustadas a relaciones paritarias.

El descubrimiento de América significó un punto de inflexión, ya que incentivó la creación de compañías destinadas a soportar los riesgos y demoras inherentes a las expediciones ultramarinas. Ellas eran promovidas por los Estados mediante concesiones, aunque todavía no existía una concepción privatista del derecho societario.

Fue en Francia, en el siglo XVII, donde se comenzó a legislar sobre sociedades celebradas entre comerciantes. Allí se impuso la obligación de inscribirlas, bajo pena de falsedad y se estableció que, en caso de omisión, los socios carecían de acción judicial entre sí. Desde entonces, la seguridad del tráfico comercial y en particular los efectos que los acuerdos entre socios producían frente a terceros, fue una de las principales razones que motivaron la reglamentación de la inscripción, aun cuando todavía coexistían con compañías públicas con características propias del antiguo régimen.

Esta segunda etapa tenía una estructura mixta, por un lado, seguía existiendo a creación de monopolios y privilegios en compañías gubernamentales, como en el caso de las compañías de Indias; y por otro lado, se ofrecía a los particulares una vía para acceder a negocios constitutivos con respaldo jurídico, ambas bajo el régimen del octroi.

Dicha coexistencia perduró hasta la sanción del Código de Comercio francés de 1807, que instituyó un régimen codificado del derecho societario, aunque no continuó con el régimen de autorización, pero incorporó la publicidad registral, bajo pena de nulidad entre socios e inoponibilidad frente a terceros (art. 42). Esta sanción fue interpretada por la doctrina de la época como una nulidad impuesta en interés general, asociada al orden público y a la protección del crédito, algo que duró hasta nuestros días.

La sociedad comercial entre comerciantes fue posible porque la Revolución Francesa había introducido un cambio sustancial al abolir la monarquía absoluta y con ella el sistema del octroi, incluso para la constitución de sociedades entre particulares. Por ello, la codificación de 1807 fue una consecuencia directa de la proclamación de la libertad de industria.

En efecto, ya desde finales del siglo XVII, las compañías comenzaron a crearse libremente conforme al derecho consuetudinario y algunas disposiciones aisladas, aunque sin un régimen especial de derecho societario de carácter privado. No obstante, ello permitió consolidar progresivamente el concepto del negocio constitutivo de la sociedad. A partir de entonces, comenzaron a dictarse normas que reconocían personalidad jurídica plena a las sociedades, siempre que observaran rigurosos requisitos de constitución.

En este contexto se sancionó el Código francés de 1807, que incorporó a la sociétés anonymes como constitución privada junta a la sociedad colectiva y en comandita. Este modelo, si bien representó el extremo opuesto del octroi, inspiró la codificación en otros países, aunque no todos compartieron el antagonismo francés, por eso promovieron mayores elementos de constitución.

Uno de ellos fue el Código brasileiro de 1850, que en lo particular es la fuente del Código de Comercio argentino de 1862 en lo relativo al régimen de publicidad registral (art. 399). Aquel código se asentó en los principios franceses de libertad para asociarse, ausencia de intervención gubernativa en la vida interna de esas personas jurídicas y publicidad de los actos sociales que pudieran interesar a terceros.

Este recorrido histórico pone de relieve la importancia que ha tenido en el derecho societario la publicidad constitutiva, más allá de la imposición de elementos formales en los instrumentos de constitución. Así lo expresó Vélez Sarsfield en la nota al artículo 45 C.C., al afirmar: “Abandonar estas facultades a las voluntades individuales sería introducir una grande incertidumbre sobre el estado de derecho, a más de los abusos que podrían cometer las voluntades fraudulentas”. Esta concepción preceptiva también se reflejó en el Código de Comercio de 1862 y se conservó incluso en la reforma de 1889, exigiendo la autorización para las sociedades anónimas (art. 318).

En resumen, el derecho societario siempre estuvo interesado en equilibrar la libertad de constitución de sociedades con la protección de los interesados, mediante un régimen de publicidad, afirmando la seguridad jurídica, aun cuando le sumó al régimen registral, un esquema de elementos constitutivos.

II) VALIDEZ COMO REQUISITO DE EXISTENCIA

Ese proceso de avance marcó una tercera etapa y trajo un efecto sustancial que rodeó a la inscripción y el concepto de autorización. Si bien se siguió exigiendo elementos como condición de constitución societaria, desde 1807 se reemplazó en las legislaciones la discrecionalidad gubernativa por la supremacía de la norma jurídica. Es decir, una vez cumplidos los requisitos previstos, no había justificación para impedir su constitución, porque es la ley y no la voluntad del poder político, la que garantiza la creación del negocio jurídico. Así, el derecho positivo sustituyó la autorización discrecional por un control reglado, fundado en el principio de legalidad.

A partir de allí, las legislaciones iniciaron una carrera por construir un esquema normativo completo, incluyendo elementos incluso para que contemple todas las contingencias posibles, brindando herramientas eficaces para prevenir los riesgos inherentes a la existencia de una sociedad, tal como la práctica cotidiana lo exigía. En este sentido, nuestro Código de Comercio de 1862 siguió el modelo del Código Brasileiro de 1850 (art. 303) en relación con los elementos constitutivos y efectos por omisión de inscripción, incluyendo el efecto de nulidad e inoponibilidad.

La respuesta normativa que se dio en ese tiempo para sustentar tal esquema constitutivo era coherente con el concepto de ineficacia contractual para los negocios de cambio que regía en aquel tiempo, esquema que se trasladó al derecho societario.

Ahora, durante el s. XX emergió una nueva concepción para justificar el rol formal de los elementos del contrato de sociedad, que ya no se la vinculaba exclusivamente con la tradición de las formas *ad solemnitatem* o *ad probationem* de los códigos originales, sino que, siguiendo a Carnelutti y Genovese, se comenzó a hablar de una forma *ad regularitatem*. Esta categoría representó un tercer género, que entiende a la forma como una expresión de regularidad del negocio jurídico.

Fue así como la forma pasó a justificar la existencia y validez del negocio a partir de la instrumentación según un conjunto cerrado de requisitos debidamente registrados, cuya sanción en el ámbito registral fue la irregularidad con efectos de nulidad e inoponibilidad.

Entonces, aunque se avanzó hacia un fundamento de formalidad propio de las relaciones societarias, no se alejaron de los modelos de sanciones clásicas de los negocios de cambio, aun cuando ya se había consolidado la definición de contrato plurilateral y el origen de la persona jurídica a partir de la voluntad contractual. Es decir, aún bajo un nuevo concepto de existencia y validez, el efecto sancionatorio ante la omisión de requisitos registrales continuó siendo la nulidad e inexistencia, junto a la inoponibilidad.

Si bien la doctrina procuró atenuar el rigor de la nulidad mediante la tesis del efecto *ex nunc* (para evitar la retroactividad de la ineficacia), lo cierto es que mantuvo una fuerte respuesta negativa a la omisión de los requisitos formales, justificada bajo lo que se consideraba como orden público societario. Este orden se estructuraba sobre tres pilares fundamentales: inscripción registral como presupuesto de oponibilidad y existencia; tipicidad contractual, que impone la sujeción estricta a los tipos legales establecidos; e inderogabilidad de las normas imperativas, que prohíben acuerdos contrarios a la ley.

Esta corriente fue dominante hasta tiempos recientes, legitimando la rigidez del sistema registral y la sanción de nulidad absoluta por apartamientos del régimen legal. Así lo indicó expresamente la versión original de la Ley 19.550, que negaba validez a toda constitución societaria que no se ajustara al *numerus clausus* de tipos legales. La omisión de cualquiera de los elementos estructurales del tipo elegido era sancionada con la nulidad, lo que convertía a la tipicidad en un límite infranqueable, vedando cualquier desviación que desnaturalizara el régimen jurídico establecido; mientras que la omisión de inscripción era sancionada con irregularidad e inoponibilidad.

Pero el derecho continuó evolucionando y el bloque pétreo que una vez vino a reemplazar a la “autorización” para pasar a un esquema de existencia según un esquema de validez, empezó a debilitarse cuando aparecieron nuevas nociones que llevaron a reflexionar sobre los fundamentos del esquema registral. Esto se dio en varios aspectos, como fueron: abandonar el concepto de orden público societario; aceptar que la persona jurídica nace con el negocio constitutivo y no con la inscripción; además, cuando se descartó a la nulidad como efecto de invalidez por omisión de elementos; como también al eliminarse la nulidad por atipicidad y la inoponibilidad por omisión

registral. Todo eso impulsado por una nueva noción de la autonomía de la voluntad que terminó por establecer un nuevo sentido al principio de publicidad registral.

III) PUBLICIDAD COMO REQUISITO DE OponIBILIDAD

En el contrato de sociedad confluyen múltiples relaciones jurídicas con intereses potencialmente contrapuestos, los de la propia sociedad como nuevo sujeto de derecho, los socios entre sí y con la sociedad, pero también están los terceros que interactúan con ella. Por eso, el conocimiento público constitutivo y funcional de la organización resulta un aspecto que garantiza la seguridad jurídica.

En el antiguo sistema la publicidad como parte de la actividad registral, era un medio para garantizar la regularidad, como fue el propósito de otorgar seguridad hacia todos los que se relacionaban con el ente. Esta exigencia respondía a la función de oponibilidad que cumple el conocimiento sobre la estructura de las sociedades, por ello resultaba imprescindible el acceso cierto a las circunstancias suficientes que permitan identificar las condiciones bajo las cuales se organiza jurídicamente una actividad económica. Para asegurar eso, desde los primeros tiempos e incluso antes de la codificación, se impuso la obligación de inscribir los documentos relativos a la constitución, modificación y disolución, así como cualquier otro instrumento jurídicamente relevante vinculado con las operaciones en el comercio.

El problema se hizo evidente cuando se planteó una consecuencia por aquella omisión de inscripción o esquema de elementos contractuales, siendo la nulidad e inoponibilidad los modelos elegidos, pero eso puso en evidencia sobre la nulidad, su falta de coherencia respecto del interés jurídico protegido. Eso fue así porque se trataba de una solución inspirada en una concepción entonces dominante, que entendía a la informalidad como causal de invalidez al igual que los negocios paritarios sujetos a formas solemnes.

Sin embargo, los cambios ocurridos en el derecho impactaron en el modo de entender el origen de la persona jurídica y su relación con el negocio constitutivo, lo que llevó a concebir el concepto de forma como *ad regularitatem*, pero sin abandonar consecuencias incompatibles con la nueva teoría. En efecto, en la comprensión del negocio societario como un modelo de organización de funciones - administración, gobierno y fiscalización- con independencia de cualquier esquema de tipicidad. Eso determinó que el negocio constitutivo era eficaz desde la constitución, porque el esquema de organización de funciones se logra sin necesidad de prescribir elementos tipificantes y que la persona jurídica existe con ello; todo eso con abstracción a cualquier inscripción o esquema de elementos. Eso condujo al abandono de la teoría registral constitutiva de existencia y validez de la persona jurídica, pero sobre todo, siguió conservando el principio de publicidad como oponibilidad.

Por eso las razones que fundamentan aquel principio se han mantenido constantes desde sus orígenes. Su propósito siempre ha sido proteger el crédito de quienes se vinculan con la sociedad. No obstante, con el tiempo se intentó utilizar la regularidad registral para imponer mayores exigencias, sancionando con nulidad o responsabilidad agravada dentro un esquema de reglamentarismo estatal. Esto se hizo como coerción para obligar a cumplir elementos de existencia y validez, en un intento por resolver cuestiones propias del riesgo comercial que, sin embargo, corresponden al análisis de otras disciplinas. Nada de eso pudo sostenerse con el tiempo al considerar que, sin todo aquel bagaje de preceptos constitutivos, el negocio de organización igualmente es e incluso con personalidad jurídica.

Eso fue reconocido con la reforma de los artículos 17 y 21 LGS dando origen a una cuarta etapa de formalidad a la que denomino *ad publicitum* simbolizando un *quartus genus* por un cambio de enfoque frente a todo lo anterior, al quedar demostrada la discrepancia entre la invalidez por atipicidad o la responsabilidad agravada como consecuencias de la omisión registral con la publicidad registral. En su lugar se consolidó el criterio de la oponibilidad registral traído de los sistemas coloniales, aunque apartados del sistema del octroi, efecto que se ajusta adecuadamente al valor protegido.

La reflexión adquiere particular trascendencia, en tanto nos enfrenta con la necesidad de revisar el actual régimen registral de sociedades comerciales. En ese sentido tenemos que, si el valor protegido que sostiene el principio de publicidad registral es el de garantizar el pleno conocimiento

de los terceros sobre la estructura negocial, abandonando la nulidad y la responsabilidad que sostenían los elementos contractuales de existencia y validez, entonces la función registrar se transformó en un custodio de los documentos que aseguran la presunción iure et de iure de oponibilidad.

Ello nos lleva incluso a cuestionar el actual esquema normativo donde ya no resulta sostenible la coherencia del sistema sancionatorio (sociedad simple) frente a los nuevos principios que rigen el negocio constitutivo, la función de organización y el origen de la persona jurídica que existe con independencia a cualquier régimen por ser una derivación constitucional del derecho de asociación según el modelo de organización que contiene su propia esencia, al margen de cualquier subespecie de normas reglamentarias.

Más allá de las críticas que se hizo en otra ponencia sobre el reemplazo del régimen anterior por el de la sociedad simple porque permiten que convivan en los mismos términos la sociedad regular y la sociedad simple, es decir, una oponibilidad presunta por registración y otra voluntaria por conocimiento expreso modelos incontrastables, aunque igualmente eficaces; lo cierto es que, desde la perspectiva que se analiza, la regularidad del art. 7 LGS, dejó de ser un factor determinante por quedar desprovista de sentido y con ello el rol del registro público quien ya no interviene para conceder existencia a la persona jurídica, ni para verificar la validez tipificante al negocio, las que son alcanzadas igualmente por otra vía mediante la combinación de otros factores, como son: el derecho constitucional de asociación, la naturaleza jurídica de negocio societario organizando funciones, todo eso bajo potestad de la libertad contractual que completa el contenido del negocio con carácter imperativo de rango constitucional.

Esto deja en claro un proceso de depuración del sistema a partir de la revalorización de esquemas conceptuales fundamentales sustentados en principios de rango constitucional que un sistema registral no puede impedir su desarrollo. En este sentido, no se trata de un verdadero cambio de paradigma ni de un tránsito entre sistemas normativos, sino en la demostración de un régimen obsoleto debido a la imposibilidad de justificar su imperatividad ante la revalorización de la persona y sus intereses, los que actúan incluso como criterios de la legitimidad del derecho, aún a expensas de cualquier regla formal positiva.

Aun cuando parezca una obviedad, la constitucionalización del derecho privado vino a demostrar que existen derechos fundamentales inconmensurables superiores a todo orden jurídico, que no solo habilitan la creación de negocios eficaces entre partes, sino que además, dictaminan sobre la validez de todo el sistema normativo que se le contrapone. En este marco, la imperatividad de las normas solo resulta legítima cuando se fundamenta en una razonabilidad adecuada, es decir, cuando existe coherencia entre el contenido del precepto y la consecuencia prevista ante su inobservancia. Solo así puede afirmarse que el sistema es completo y coherente, tanto en sus disposiciones como en los efectos jurídicos que se derivan de su incumplimiento.

En resumen, en la actualidad existe una concepción del sistema registral, que debe retomar el esquema original de la codificación del s. XVIII basado en la publicidad y la sanción de inoponibilidad, desprovista de las sanciones de nulidad constitutiva que ya no se justifica adecuadamente.

Ello implica que, en el sistema registral, el único interés protegido es la seguridad jurídica de quienes se vinculan con la persona jurídica, en tanto dicho objetivo se considera satisfecho cuando el interesado puede acceder libremente a los antecedentes registrales. Por tal razón, se propone que la función de publicidad pueda ser asumida incluso, tanto por organismos públicos como por entidades privadas, siempre que ellas garanticen el acceso, la integridad y la veracidad de la información; salvo que por cuestiones de una determinada actividad, sea necesaria la inscripción pública.