



Descargue **TR La Ley** en su celular y acceda a información jurídica **sin cargo**.

_COLUMNA DE OPINIÓN

La Constitución invisible ante el Brexit

Roy Goldsman (*)

El fenómeno del Brexit pone de manifiesto lo complejo que puede ser no tener una constitución escrita

I. Introducción

La enorme mayoría de los Estados modernos puede apuntar a un libro o documento y decir: “esta es nuestra Constitución”. La relación del Reino Unido con su Constitución es algo más compleja.

Sería errado afirmar que el Reino Unido no tiene Constitución, y hasta desinformado decir —como suele hacerse— que tiene una Constitución no escrita: la Constitución Británica es no codificada. Uno la halla dispersa entre una variedad de principios, convenciones y tradiciones antiquísimas, y la integran también ciertas normas plasmadas en varios instrumentos escritos.

Este fenómeno le ha brindado al pueblo británico una flexibilidad y capacidad de adaptación jurídica invaluable. No obstante, las ventajas de tener una Constitución así tienen una oscura contracara que se asoma claramente ante el actual proceso de desligamiento de la Unión Europea: el Brexit.

II. ¿Qué es una Constitución?

Resulta difícil discernir exactamente qué es una norma constitucional sin definirla tautológicamente como “aquella contenida en una Constitución”.

La doctrina clásica inglesa sostiene:

“si una constitución significa un documento escrito, entonces obviamente Gran Bretaña no tiene constitución. En países donde existe tal documento, la palabra tiene tal acepción. Pero el documento en sí solamente establece reglas que determi-

CONTINÚA EN PÁGINA 5

Sobre Registro Público (de comercio), control de legalidad en la Ley General de Sociedades y cuestiones afines

Víctor Zamenfeld

SUMARIO: I. Sobre la unificación. Necesaria digresión previa. — II. Introducción. — III. Control de legalidad y registro público. Sobre poderes delegados y su devolución. — IV. Control de legalidad y registro público. Sobre poderes delegados y su devolución. Segunda parte. — V. Segunda digresión. Sobre competencias delegadas y originarias. Devolución implícita de delegación explícita. — VI. Conclusiones. Última digresión. Propuesta.

➔ Todo lo vinculado al Registro Público, como a la autoridad de control de sociedades, asociaciones, fundaciones y demás actos que se deban registrar, son de competencia local. Hasta el Registro Público podrá tener otra denominación, la que establezca cada provincia, del mismo modo que la Inspección General de Justicia no es un nombre uniformemente adoptado por ellas. Esta es otra de las consecuencias, seguramente menor y sin duda no prevista, de la pérdida del derecho a que la Nación legisle sobre Registro Público.

I. Sobre la unificación. Necesaria digresión previa

Antes de entrar al tema motivo de este trabajo, casi como al margen, pero no tanto, no puedo comenzar sin antes referirme a la decisión de unificar el derecho privado —dos de cuyos temas en lo esencial aquí trataremos— que no comparto en absoluto, mucho menos en los tiempos que corren, en que toda la ciencia tiende a la especialización y que el derecho —ciencia jurídica— no puede quedar indemne de esta tendencia, aunque nuestro derecho privado no lo

haya así receptado, al menos en el caso de la ley 26.994.

Vélez Sarsfield puso de manifiesto su saber científico en los 797 artículos del Código Comercial, en los 4051 del Código Civil y sus eruditas notas. Hoy sería más que ciclópea la tarea de unificar el saber actual en un texto único, logrado como él lo supo hacerlo, en esos textos, pero en tiempos muy distintos, donde el derecho daba todavía la posibilidad de ser conocido, estudiado y aprehendido. Difícil imaginar si él lo hubiera logrado, pero, aun así: ¿habría tenido hoy la perfección de entonces? ¿tendría fuerzas para ello? ¿sería tarea que podría cubrir un solo hombre? La respuesta más probable parece sencilla: no.

En los países anglosajones, en general, la unificación no ha sido motivo de preocupación; su modelo fundador se aparta notoriamente del continental europeo. Refiriéndose a ello (*Anaya*, ver nota 2, p. 271), explica que Gutteridge decía que, en Inglaterra, en la práctica se admite la existencia “de un cuerpo de leyes y de reglas jurisprudenciales relativas a la materia de comercio, cuyo conjunto se asemeja a lo que en otros países se denomina Código de Comercio”. Y que René David, recordando a Burin des Roziers, explicó que cuando pretendió estudiar la distinción entre el derecho civil y el derecho comercial en el derecho inglés, se le dijo que “La cuestión que usted viene a estudiar no se plantea en Inglaterra”.

Pero sucede que existió en Europa continental, promediando el siglo pasado, una corriente que nos ha llegado tardíamente

(lo que no puede calificarse de acierto), que postulaba unificar el derecho privado, tendencia que es notorio ha mermado y que no registra ya demasiados antecedentes cercanos. Francia y España, a los que sólo citamos por su trascendencia y afinidad científica, por contraste, se han mantenido firmes en no admitirla —así ocurre en la mayor parte de Europa— como son igualmente minoritarios los casos de unificación que encontramos recorriendo los continentes (1).

Habría muchas más razones para defender éste, nuestro criterio, mas no avanzaremos sobre el tema, incidental respecto de lo que pretendemos y que también con ese alcance expusimos en el reciente XIII Congreso Nacional de Derecho Societario y IX Iberoamericano, celebrado en Mendoza (octubre de 2016), adhiriendo al texto impecable, diría que terminante, sobre la cuestión, que fue el recién citado de Jaime Luis Anaya.

Fue él quien también (2), tras un minucioso análisis del tema, concluyó señalando que “Con el panorama expuesto, queda sentada mi convicción acerca de que *la unidad del derecho privado carece actualmente de interés*. No puede alcanzarse sino en un plano formal y no se advierten razones que militen a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance. El derecho comparado nos demuestra que los países en los cuales se abandonó la distinción, volvieron a reconocerla de alguna manera.

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. La Constitución invisible ante el Brexit

Roy Goldsman..... 1

DOCTRINA. Sobre Registro Público (de comercio), control de legalidad en la Ley General de Sociedades y cuestiones afines

Víctor Zamenfeld 1

NOTA A FALLO. Espectros en el ejercicio de la abogacía (y en el derecho)

Nicolás Diana 6

JURISPRUDENCIA

SANCIÓN DISCIPLINARIA. Episodio de violencia entre un abogado y la parte contraria a su asistida en el seno de una audiencia judicial. Imposición de una multa. Pedido de reconsideración realizado por el letrado. Obligación de los jueces de mantener la disciplina y el orden. Inconducta grave. Rechazo de la pretensión (CNCom.) 6

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Buscadores de Internet. Revocación de la medida cautelar. Información que no refiere a la vida privada (CNFed. Civ. y Com.) 8



CORREO ARGENTINO

CENTRAL B

FRANCO A MAJIN CUENTA N° 10888-1

Sobre Registro Público (de comercio), control de legalidad en la Ley General de Sociedades y cuestiones afines

● VIENE DE TAPA

No puede hacerse del propósito unificador una bandera para satisfacción del espíritu de simetría, ni menos aún el objeto de una predilección intelectual. Y si no he logrado demostrar a lo largo de esta exposición la conveniencia de mantener la distinción legislativa y científica entre el derecho civil y el derecho comercial, espero haber aportado siquiera algunos elementos para estimular en nuestro medio la reconsideración del problema". No nos parece necesario agregar mucho más para adherir un texto tan claro, mucho más aprehendiéndolo en su totalidad.

II. Introducción

II.1. Complementando lo quedó dicho en el punto I, si en general nos resultó poco suficiente la exposición de motivos que trajo en su presentación el Código Civil y Comercial, ley 26.994 (en adelante también el "Código"), para justificar la unificación, mucho más es lo que nos cabe decir de su *Anexo 2*, que es el espacio de la ley —en verdad separado de ella, como símbolo inexorable de la especialidad— donde se asienta el texto que reformó parcialmente la legislación societaria, que desde entonces pasó de ser LSC (Ley de Sociedades Comerciales), a LGS (Ley General de Sociedades).

La materia registral y el control de legalidad de determinados actos de índole mercantil que deben ser inscriptos en registros públicos, en principio accesibles a todo público y su consecuente control, son temas que en la reforma se han afectado sensiblemente y que por ello dan motivo a buena parte de este trabajo.

II.2. Sobre esto nada dijo la Comisión Reformadora (CR) en sus "Fundamentos", por lo que le cabría la misma objeción que a su principal, el Código, que no incursionó en estos temas, aun cuando pudo haberlo hecho, cuando trató la persona jurídica privada (arts. 151 a 167), donde se refirió, en dos artículos (153 y 157), a algunos efectos de las inscripciones. El tema, como se ve, fue remitido a la reforma societaria.

La CR, sobre uno de los cambios —motivo del presente— que introdujo en la ley 19.550, señaló 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". No era exacto que la no inscripta no fuese sociedad, pues si lo pendiente era la conclusión de trámite registral o su rechazo, no por ello dejábamos de estar en presencia de una sociedad, pero irregular, como claramente surgía ya desde el título del capítulo I, sección IV, LSC, que aludía a "la sociedad no constituida regularmente".

Aquello a lo que la reforma se refirió fue al cambio que significó el paso de sociedad irregular, al de sociedad "no constituida con sujeción a los tipos del capítulo II" o que omita o incumpla con requisitos formales o esenciales que establece el anexo 2 de la ley. Careciendo de nombre jurídico, se la pasó a denominar "sociedad de la Sección IV"; algunos, con humor, la bautizaron como "sociedad todo lo demás" o "cajón de sastre" (Daniel Vítolo *dixit*) o designaciones similares, más que originales, como se ve.

Bajo ese título se encuentra la forma que se consideró más apropiada para solucionar el perjuicio que sufría la sociedad no inscripta en el Registro Público (ya no *de Comercio*, en adelante también RP), pues del modo elegido quedó establecido que esa carencia no podía privar a nadie de su derecho a actuar en el mercado, mientras lo hiciera con lealtad y diligencia (art. 59, LGS).

Entonces, que la CR se haya referido a "los presupuestos de infraestructura que la hagan viable" no significó en modo alguno que así haya aludido a los serios problemas que se les podrían generar a quienes han creado una sociedad, que por motivos varios no pudieron inscribir en el RP en el plazo previsto, porque los trámites se atrasan por motivos varios y, en ese ínterin, pasaban a actuar como sociedad irregular durante ese lapso. Lo que allí se refería era la solución que para tales supuestos trajo la Sección IV.

II.3. La Sección IV, efectivamente, corrigió buena parte de los problemas que injustificadamente padecía la sociedad irregular: básicamente verse condenada a la disolución por razones de forma, por caso, por defectos o deficiencias de constitución. Fue éste uno de los mejores aportes de la reforma, sino el mejor, que nace fundado en proyectos anteriores, particularmente el del año 2005, que acertadamente postulaba la reforma integral de la ley 19.550. Y bien está que haya sido así en este caso, pues cabe asumir reformas parciales, cuando existen supuestos de "necesidad y urgencia" ciertos que les den soporte o cuando el texto a reformar no arrastra muchos años de creación; pero no mucho más que la citada: ir más allá no es recomendable. No cabe postular modificaciones que no importen una real reforma del cuerpo legislativo societario, pues suelen ser verdaderos "parches" que, en general, no salen bien, como ha pasado con el anexo 2.

Pero, además, en el caso y tras la reforma parcial, se han soslayado temas, entre ellos los que aquí nos ocupan, la legislación de fondo sobre RP (particularmente el control

de legalidad de los actos sujetos a inscripción) que, en lugar de modernizarse para su adecuación a los tiempos, fue eliminada de la legislación nacional.

Sobre esto, nada se ha expuesto en la reforma. Las razones de infraestructura que se invocaron en los Fundamentos, se hicieron para sostener la presentación de la sección IV, no para tratar temas que hacen al RP.

II.4. Conocer la realidad es indispensable para imaginar el futuro al que se aspira, sin sentirse afectado por las dificultades que se adviertan. Para lograr las mejores soluciones, cuando se legisla es indispensable saber de aquello que el presente expone; así será más simple anticiparse a los tiempos se avecinan. Los textos resultantes expondrán los resultados, que es necesario se expliquen, en especial para poder aplicar mejor la normativa creada.

En materia de legislación, en lo que es motivo del presente, la CR poco ha dicho en sus *Fundamentos*. Debieron exponerse las razones existentes para adoptar decisiones tan importantes, como las que mencionamos en el capítulo V. La CR quizás debió instalar ideas, como marcas de futuro, que pudieran considerarse apropiadas para la solución de determinados temas también de fondo que no se pudieron tratar, vistos los límites que imponía la reforma societaria que se decidió sancionar.

También debería haber expuesto sus motivaciones el Poder Ejecutivo Nacional sobre la legislación societaria que tenía en mira cuando modificó el proyecto, pero no puede decirse que no las hubo; sí que las presentadas fueron mínimas e insustanciales, amén de equivocadas, dado que se limitó a señalar: 1) que había eliminado una serie de artículos, por considerarlos "propios de la ley especial", ya que tiene "el propósito de elaborar un proyecto de reformas de la ley de sociedades", que debería incluirlas; y 2), que había agregado al texto de la CR, "regulaciones específicas de las sociedades unipersonales" (en adelante también SAU), sobre lo que algo diremos, incidentalmente, en el final.

Pese a argumentos poco sustentables, y en cierta manera contradictorios, el Poder Legislativo lo aprobó.

II.5. Decimos poco sustentables, porque siendo que el Poder Ejecutivo Nacional se encontraba por entonces a pocos meses de dejar el poder, mal podía afirmar que en ese escaso tiempo podría producir lo que no había hecho durante alrededor de once años por entonces, que era la reforma integral de la ley 19.550.

Contradictorios, porque si inicialmente se decidió que debía ser limitada la modificación de la ley societaria, el Poder Ejecutivo Nacional no debió alterar la ley 19.550 y dejar el proyecto de la CR como antecedente para la futura reforma integral que se anunciaba. A lo sumo, y por lo que ya expusimos, bien pudo sólo haberse mantenido la *sección IV*.

Un tema supuestamente menor de la reforma, y que pudo haber pasado inadverti-

do por un cierto tiempo, fue la desaparición de la regulación del Registro Público de Comercio (arts. 34/42), hoy Registro Público (RP), consecuencia natural de la derogación del Código de Comercio.

II.6. A pesar de ello, aunque ya no existe legislación sobre el RP en el orden nacional, no se puede negar su existencia, como que bajo su nueva denominación aparece mencionado en algunas ocasiones, en el Código (actos mercantiles no societarios), propio de la actividad societaria y dos en la reforma introducida por la reforma a la LGS, con su antigua denominación (RPC) en los textos no modificados de la ley 19.550. Y el RP carece de la preposición "de", que expresaba así su pertenencia con el también desaparecido sustantivo *comercio*. Si se estimó que la unificación debía llegar hasta la denominación de un registro de notoria tradición, no puedo menos que rechazar criterio semejante (3).

Pero hay alguna curiosidad adicional. Hasta hoy las asociaciones civiles (AS) y fundaciones se inscriben en el RP (ver resolución general IGJ 7/2015). Pero las AS se siguen denominando civiles y así aparecen como título del *capítulo 2, sección 1*, del Código. ¿Es qué no debió haberseles sacado el calificativo "Civiles"? Lo mismo ocurre con las fundaciones (art. 195, a, ii).

II.7. El Código se llamará Civil y Comercial, pero esto no importa imposición a las provincias de adjetivar de mismo modo a cuanta institución aparezca con (o sin) esa calificación. Tal vez sí convendría que cuando el ente sea civil o predominantemente civil, se incluya esta palabra en la denominación; del mismo modo ocurrirá como en el civil cuando sea mercantil o predominantemente mercantil. Agréguese a ello que, como iremos explicando, a las provincias hasta aquí les ha sido devuelta la potestad de sancionar su propia ley de Registro Público, incluyendo el nombre; podría así darle el que consideren más apropiado.

III. Control de legalidad y registro público. Sobre poderes delegados y su devolución

1) Entonces, recapitulando, conforme viene siendo expuesto —y si se compartiera mi criterio—, *todo lo vinculado al RP, como a la autoridad de control de sociedades, asociaciones, fundaciones y demás actos que se deban registrar, son de competencia local*. Hasta el RP podrá tener otra denominación, la que establezca cada provincia, del mismo modo que *IGJ* no es un nombre uniformemente adoptado por ellas. Esta es otra de las consecuencias, seguramente menor y sin duda no prevista, de la pérdida del derecho a que la Nación legisle sobre RP.

2) El RP es mencionado en el Código, en diversos supuestos, tales como al referirse a ciertos datos o actos que se inscriben en él, como ocurre con los arts. 323 y 329 (sobre libros contables), 1455 (agrupaciones de colaboración), 1466 (uniones transitorias), 1473 (Consortios de Colaboración) y 1669 (fideicomiso) e incluso hasta aquél que no se inscribe, el negocio en participación (art. 1448), que ya así lo establecía el art. 361, LSC, salvo que para

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) VÍTOLO, Daniel, refiere los casos de unificación, comenzando por el italiano de 1942, por su afinidad con el nuestro. Otros citados, del mismo continente europeo, amén de la también mencionada unificación parcial suiza, son: Polonia, 1934; Holanda, 1992 y, aunque euroasiática, incorporamos a este grupo a la Federación Rusa, 1994 (ya antes lo había hecho su predecesora, la Unión Soviética en 1964). E igualmente la euroasiática

Turquía, 1926. A su vez, los casos asiáticos citados son China-Taiwán de 2007; China Continental, 1987; Tailandia, 1990; Vietnam, 1995; Líbano, en 1934 y Mongolia, de 1994. En América se encuentran Brasil, de 2002; Perú, en 1984; Cuba, 1988. También Paraguay, en 1987, al que Vítolo coloca en el grupo unificador, por guardar algún parecido con Suiza, dado que derogó su Código de Comercio, pero desglosando su Libro I, que incorporó la Ley del Comerciante, cuyo estatuto regula los actos de

comercio y la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, amén del Derecho Marítimo. En África encontramos a Túnez, 1906; Marruecos en 1912; Madagascar en 1966 y Senegal en 1967.

(2) En "La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario". Comunicación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, producida en conmemoración del cincuentenario del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial,

1990. También publicado en "Estudio sobre la reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nov/2012, ps. 259/295.

(3) ¿Será porque se consideró que la unificación del Código en Civil y Comercial impedía que siguiera llevando su nombre originario, pese a que sigue siendo mayoritariamente un registro de sujetos, contratos y determinados actos mercantiles, es decir, *comercial*?

este último era sociedad y ahora *contrato asociativo*.

En todos los supuestos citados, cuando se lo refiere, generalmente aparece mencionado como “el Registro Público que corresponda”, aludiendo a la calidad de local de la autoridad de control a cargo.

Sólo en el caso del artículo 1234 (*leasing*), se dice que se inscribe “en el registro que corresponda según la naturaleza de la cosa que constituya su objeto” que, por excepción en este supuesto, podría ser el RP en ciertos casos, por lo que resulta correcta la forma en que se ha hecho la denominación.

3) También en el Anexo 2 del Código nos encontramos con el RP en los arts. 5º y 6º reformados.

No alterado, el RPC, con ese viejo nombre, sigue así referido treinta y una veces en la LSG, a contar a partir del art. 7º. Se omitió darle, en la LSG, una denominación uniforme, por lo que no se podrá criticar a quienes lo nombran de una u otra manera.

Entonces, no resulta audaz afirmar que no fue el RP una institución que haya merecido particular atención.

4) Desde la primera lectura de esta reforma societaria, quedamos preocupados no sólo por lo que vimos en ella y estamos explicando, sino por ciertas carencias o silencios y los cambios que se advertían. No solamente por la modificación de dos artículos (5º y 6º), sino por la omisión de dar un marco regulatorio al RP, porque nada impedía incluirlo dentro del anexo 2 o dictar una ley nacional de RP, esto es, una normativa moderna que guardase relación con lo que sabemos que falta y con lo que se necesita y teniendo en cuenta lo que ocurre en buena parte del mundo.

A ello se agrega la carencia del control estatal de la legalidad de los actos que se inscriben en el RP (4) y, esto, en particular, por las modificaciones que ha sufrido el art. 6º, conforme iremos explicando. Además, a las sociedades de la *sección IV* no se les admite la registración, lo que es igualmente criticable, dado que si su creación tuvo en mira su tutela, evitando su disolución, la posibilidad de registrarse —así fuese de una manera distinta a lo que hacen las sociedades típicas— le daría mayor solidez y posibilidades de actuar en el mercado. El tema lo tratamos más adelante y con mayor detalle, proponiendo una solución que incluso podría mejorarse, mucho más si viniese de la mano de la reforma integral de la LGS.

5) El RP fue parte de la legislación nacional desde 1862, cuando comenzó a regir en todo el país el Código Comercial, que, como el Civil, dictado años más tarde, están claramente individualizados en el art. 75, inc. 12, Const. Nac., lo que amerita la competencia de la Nación al respecto. Por lo cual no puede haber su devolución, sin más, a las jurisdicciones locales.

La Constitución sólo establece que las provincias conservan el poder no delegado y que no pueden ejercer el delegado; también, que no pueden dictar los Códigos una vez que éstos hayan sido sancionados (art. 126). Cabría preguntarse si es posible que la Nación devuelva a las provincias competencias que le fueran por éstas delegadas. Nuestro sistema constitucional atribuye al Poder Legislativo el dictado de la legislación de fondo (obviamente los Códigos), restando esta atribución a las provincias, que conservan sin embargo la jurisdicción, para reglar la organización y funcionamiento de la autoridad de aplicación (5).

6) Pero, pese a la prohibición citada, subsiste un interrogante, que hace mucho tiempo ya planteaba Segovia (6) y cuya respuesta —que el autor se da a sí mismo— nos parece decisiva. La hace en los siguientes términos: “El artículo 126 (antes art. 108) ¿debe interpretarse como que la facultad del Congreso para el dictado de los códigos sustrae toda competencia provincial o, por el contrario, las provincias conservan aún el poder de regular aquellos temas no cubiertos por los códigos o su legislación complementaria? La Corte Suprema se ha enrolado en la primera posición, al afirmar, en la causa “Arizu” (Fallos, 156:20; en igual sentido: “Manuel de la Orden c. Ingenio San Isidro S.R.L.”, Fallos, 235:304), que “la frase del artículo 108 de la Constitución “después de que el Congreso los haya dictado” sólo tiene un alcance justificado por las circunstancias del momento... Cumplida la condición [...] la facultad se convirtió en exclusiva de la Nación... *Acerca de tal poder, las provincias no conservan ningún derecho actual*”.

7) Y en el caso la situación es mucho más grave, pues no ha mediado delegación concreta alguna, sino que se produjo de hecho, como explicamos en V y, en particular, en V.iii. Y ello ha generado un grave problema: *la anomia que de esta situación deviene* (ver nº IV.3º).

Por ello es que, más allá de la controversia que en el caso pudiera tener lugar por un acto expreso de devolución de poderes, sólo una reforma constitucional habilitaría al Gobierno Federal a devolver competencias expresamente a él delegadas (art. 121, Const. Nac.) y que esto no sólo no ha ocurrido, sino que no existe un acto concreto efectivamente llevado a cabo en tal sentido.

Pero, al mismo tiempo, tenemos la situación a que nos enfrenta lo dispuesto en el anexo 2 del Código para lo cual sólo será necesario —indispensable, diría— sancionar la ley nacional de Registro Público. Hasta que ello ocurra, la inexistencia del RP es incontrovertible y por eso —por estado de necesidad— la legislación de Registro debe ser asumida por las provincias, como ya lo ha entendido una de ellas, Chubut (ver nº V.vi.). La circunstancia de que ley 26.994 haya derogado la regulación del RP es a nuestro criterio una decisión inconstitucional (7). Pero aún no ha sido declarada.

IV. Control de legalidad y registro público. Sobre poderes delegados y su devolución. Segunda parte

IV.1. No dilataremos esta exposición explicando qué es y *por qué es tan importante y necesario el RP* (8). Bastará con recordar a Zavala Rodríguez (9), cuando decía de su necesidad, pues con él “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 (ver nota 10) y legalidad.

El RP aparece hoy en el Código como un *nomen iuris* que nada regula, carente de proyección nacional y de fondo que, hasta la puesta en vigencia de la ley 26.994, sólo era propio de cada jurisdicción local organizar y reglar su autoridad de control, dictando, con ese fin, la legislación pertinente. Ya quedó dicho que las provincias deberían haber legislado sobre RP (no era necesario hacerlo sobre su órgano de control, ya lo habían hecho; ese poder eminentemente local no se había delegado, era materialmente indelegable) desde que entró en vigencia el Código, el día 1º de agosto de 2015, pero esto no ha ocurrido; con la sola excepción de Chubut, recién citada.

IV.2. El Código de Comercio, que establecía, en su art. 34, que en cada Tribunal de Comercio ordinario habrá un Registro Público de Comercio, a cargo del respectivo secretario, que sería el responsable “de la exactitud y legalidad de sus asientos”, con el tiempo dio lugar a la aparición de las autoridades de control mercantil societario, de cuya existencia ahora poco se advierte en los escasos artículos del Código donde aparece; distinto es lo que ocurre en la ley 19.550 (ver III.3. y nota 4).

Con la reforma, el RPC ha desaparecido de la legislación societaria y con ellos el control de legalidad, pues ya no existe el artículo 34 recién citado, como tampoco el 6, LSC, en su texto original, modificado por la Reforma que, al trasladarlo a la LGS, eliminó esa función de control a cargo del RP.

Esto es coherente con la derogación del Código de Comercio y, por eso es que, hasta que el Estado Nacional dicte la ley nacional de registro, las provincias están obligadas a asumir esas funciones, legislando.

Pero, también por esto ocurrirá que los arts. 167 y 316, LGS, no obligarán a las provincias a mantener en sus legislaciones textos como éstos, pues no hacen a la legislación de fondo.

IV.3. Insistimos, *cada jurisdicción debe dictar su propia ley de registro y en ella se incluirá el control de legalidad*, si así lo resuelven las legislaturas locales. Mientras no lo hagan, sucederá, casi seguramente, que las provincias deberán decidir: (a) como Chubut, dictar sus propias leyes; o (b) incorporar la legislación nacional a la local; o (c) asumir parcialmente como propia la normativa nacional derogada y complementarla con reglas propias. Estas

normas, cuando se sancionen, serán legislación local, así transcribieran en parte o en su totalidad la legislación nacional derogada.

IV.4. Cabe apuntar que quienes se oponen al retorno del control de legalidad sostienen que fue acertado hacerlo, pues se había hipertrofiado, lentificaba los trámites por su exagerada burocratización y no era tan grave que cada interesado asumiera las responsabilidades que ello importa. Aunque es cierto que la morosidad de no pocas administraciones locales generan el natural rechazo del administrado, peor aún son las reglamentaciones sobreabundantes de los últimos tiempos, que nada tienen que ver con lo que fue la forma racional —en el buen sentido del término— con que alguna vez se desarrolló la actividad de control societario y, ahora, con el apoyo de modernas tecnologías y adecuándolas a las necesidades que aparezcan, con alertas en tal sentido.

La resolución IGJ 7/2015 es un ejemplo conocidamente negativo. Son casi cuatrocientas páginas de textos y anexos, para regular los trámites de inscripción registral, algo desproporcionada, que, aunque haya sido recientemente modificada, no alcanza. Del mismo modo, pero por motivos de fondo más graves, opinábamos acerca de la resolución 1/2015 (10), en el caso justificadamente derogada.

Cabe aquí advertir que *estos excesos, que acertadamente se critican, fueron generando —como en tantos otros casos de similitud prosapia— su opuesto contradictorio, el “nada de control”*, fórmula implícita de postular la inscripción “buzón” para todo, lo que no podemos acompañar, pues sería tan o más peligroso que un control que supere lo que se quiere significar con esa palabra.

IV.5. Va de suyo que existen países —muchos por cierto— en los que las inscripciones mercantiles se llevan a cabo sin sobresalto, de manera vertiginosa comparada con lo que ocurre entre nosotros (11).

Hoy no percibo que el cambio sea una aspiración lejana. Habrá que empezar como se empieza, con esfuerzo, seriedad, especialización, conocimiento, vocación. Bastaría, para ello, con que el Poder Ejecutivo Nacional designe una Comisión encargada de proyectar la reforma integral de la LGS. Antes de ella se proyectará la *Ley Nacional de Registro*, por separado, por razones de mejor ordenamiento, por la autonomía que ha venido adquiriendo la registral y las facilidades que su desglose del Código dará en caso de necesitar su reforma, ya que se requiere agilidad para receptar los ajustes y modificaciones necesarias; y hacerlo con mucha mayor rapidez y agilidad que las que demandan las normas de un Código. En definitiva esta aparente separación no será tal, sino sólo una forma distinta de presentar la reforma de la LGS.

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(4) En (2) y (3) de este capítulo citamos las ocasiones en que el RP es mencionado en el Código, en el anexo 2 y en la ley 19.550 antes de la reforma.

(5) Sobre este texto, que comentamos con Alfredo Vítolo, éste concluyó que, en su opinión, “en aquellos temas no regulados por las normas comunes dictadas por el Congreso, las provincias conservan aún la facultad legislativa”. Por mi parte esto guarda relación con lo que sobre las competencias de los registros locales que planteo en este mismo punto y en los números III.5. y III.11., que bien podría así sintetizar: la ley general de Registro Público es de fondo, por

tanto de competencia nacional; local, por tanto, será la ley que regule la organización, funcionamiento y determinadas atribuciones de la autoridad de control.

(6) SEGOVIA, “Las facultades legislativas respecto de códigos, leyes generales y leyes especiales”, en la obra colectiva *Atribuciones del Congreso Argentino*, p.92.

(7) Sobre competencias delegadas y su devolución, se tratan con mayor detenimiento en el capítulo V, al que por ello nos remitimos.

(8) En un par de ocasiones nos ocupamos del tema.

Fue en “Registro Público de Comercio y contralor de Personas Jurídicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Un importante avance en el camino de la autonomía”, en LA LEY, Buenos Aires, diciembre de 2008 y en el texto citado en nota (11).

(9) ZAVALA RODRÍGUEZ, “Código de Comercio y leyes complementarias”, Depalma, 1971, t. I, p. 83 y ss.

(10) Sobre esa resolución escribimos, muy críticamente, rechazándola, “Publicidad de los actos inscriptos en los registros públicos de comercio. Nueva normativa de la IGJ”, LA LEY, 2015-B, 792.

(11) En los Países Bajos, por caso, los registros mercantiles dependen de las Cámaras de Comercio, por autorización gubernamental prevista en una ley especial al respecto y son un ejemplo de buen funcionamiento. Las inscripciones se cumplen prontamente; existe una tradición que así lo permite, una legislación de excelente factura, estricta para el infractor; y el debido respeto entre administradores y administrados. Además las sociedades, estén o no registradas, pueden actuar como tales.

● VIENE DE PÁGINA 3

Como la reforma de los Códigos se hace efectiva en la legislación nacional y, siendo nula la devolución implícita de poderes que la reforma envuelve —en los temas que nos ocupan—, se podrá llevar a cabo la tarea sin más, directamente.

IV.6. *Por qué se ha trasladado la legislación registral a las provincias: ¿Esto viola la Constitución Nacional? ¿Cabe que éstas deban asumir por ahora o para siempre el dictado de la legislación del RP?*

Los arts. 5º y 6º del anexo 2 del Código regulan determinados requisitos que debe reunir el acto constitutivo, sus modificaciones y los plazos para su presentación e inscripción (veinte y treinta días, discrecionalmente fijados), entre otras cosas.

En nuestro país, sólo la IGJ (de la Capital Federal) debió poner en marcha casi de inmediato estas reglas de procedimiento, por ser autoridad de control nacional, aunque debiera serlo de la C.A.B.A.

Distinta es la situación de las provincias, hasta ahora —ley *Cafiero* mediante— con diverso rango de autonomía que aquélla. Sin embargo, resulta hasta aquí llamativo que sólo una de ellas haya dictado su ley de Registro Público (ver V.iv) y, mucho más, que —según se nos ha hecho saber por diversas fuentes— las demás jurisdicciones siguen mayoritariamente —sino todas— aplicando la normativa que regía antes de la puesta en vigencia del Código.

Entonces, si como quedó hasta aquí expuesto, cada jurisdicción puede dictar su propia ley de Registro Público, del modo que mejor lo considere y dentro del marco de sus competencias, bien podría ocurrir que hasta el instrumento público o privado de los arts. 4 y 167, de la LSC, se podría modificar, homogeneizándose, es decir, pasando a ser todos públicos o privados. Como vengo exponiendo, las citadas son reglas formales o de procedimiento, no de fondo, más propias de una ley sobre organización y funcionamiento, de la autoridad de control a cargo del RP, que de la regulación del RP, precisamente porque no hacen a la sustancia de esta última.

IV.7. En el esquema que hasta aquí venimos exponiendo, a fuerza de parecer reiterativo, Poder Ejecutivo Nacional y Congreso de la Nación, con su silencio, decidieron quizás temporariamente, no tomar posición sobre estos temas. Ello, muy probablemente, porque otros agobian con más fuerza la actual gestión, pero ciertamente, cuando se comience a tratar todo lo que motiva este texto, cabe esperar que se dé con la mejor salida.

Será también de desear que, tras su tratamiento, la ley nacional de Registro que resulte aprobada no sea víctima de desconocidos que la dañen sin dar explicación concreta alguna al respecto, como pasó con el anexo 2 (12).

Además, deberá tenerse presente que la futura ley nacional de RP deberá dejar de

lado el ocuparse de temas locales y por tanto ajenos a lo que es una normativa nacional, esto es, de fondo. En tal sentido y por caso, parte de los textos del art. 6º, allí donde fija plazos para la presentación del acto constitutivo, sus reformas y su inscripción, y hasta detallando qué ocurre en el caso de inscripción tardía o cómo se trata el tema de los de autorizados para tramitar la inscripción (1).

IV.8. Estas reglas, que en buena parte ya estaban en la ley 19.550, habían sido dictadas cuarenta y cuatro años atrás: mucho tiempo para una norma comercial que debe ajustarse, normalmente, cada diez años. Además así asumidas por el Poder Legislativo Nacional, no sirven, generan confusión y de tal modo pueden llegar a hacer dudar sobre la organización y funcionamiento de las administraciones locales, que deben ajustarse, cada una, a sus necesidades locales; que por ello deben ser respetadas. Es elemental que cada provincia sea la encargada de legislar sobre las reglas propias de su autoridad de aplicación.

V. Segunda digresión. Sobre competencias delegadas y originarias. Devolución implícita de delegación explícita

V.1. Atendiendo a lo que se viene explicando, cabe hacer una síntesis de lo actuado por el Estado Nacional, para advertir y analizar el método que se adoptó y que produjo como consecuencia perder la competencia para legislar sobre RP.

Tanto en el art. 75, inc. 11, Const. Nac., como en textos similares de constituciones anteriores, aparece en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional el poder delegado para sancionar los códigos de fondo. Y cuando delegan, las provincias ya no pueden ejercerlo.

V.2. Diversas fueron las formas que en nuestro país adoptó para delegar competencias. Citamos las más conocidas y sus matices:

(a) Una ley nacional, fue declarada de orden público y de aplicación, en lo pertinente, a todo el territorio nacional. Su trascendencia justificaba la incorporación de todas las provincias; sin embargo se las invitó a adherir a las normas que fueren de aplicación exclusiva en jurisdicción nacional, quedando así en libertad de decidir. Fue el caso del art. 43 de la ley nacional 25.326, de protección de datos personales (hábeas data); razonable y simple.

(b) A su vez, la reciente ley 27.275, de “Derecho de acceso a la información pública”, que incluso incursiona en lo societario en su art. 36, se limitó a invitar a las provincias a adherir, pese a la sustancia y alcance nacional que tiene el tema.

(c) Otro mecanismo interesante fue el de la ley 23.098, de hábeas corpus, que estableció que aun cuando ésta “tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación, ... ello no obstará a la aplicación de las constituciones de Provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando

se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley”.

V.3. Pero en el anexo 2 de la ley 26.994, particularmente sobre los desaparecidos RP y control de legalidad, nada se dijo, siendo que no cabría sostenerse que la legislación registral es nacional, no local, tanto que, por más de 155 años y sin objeciones, formó parte del Código de Comercio, incluido no casualmente en el art. 75, inc. 11, Const. Nac. Además, el RP, no puede dejar de ser considerado como parte esencial del Código de Comercio, porque es uno de los más importantes organismos del Estado, del área mercantil. Que así lo es en el mundo, que así lo sigue siendo en Francia, modelo que tomaron Vélez y Acevedo, cuando nos legaron ese querible Código, vigente hasta la promulgación de la ley 26.994.

Bien podríamos decir que lo que ha pasado en el caso, conforme lo que venimos exponiendo, ha sido lo que podríamos calificar de devolución implícita de una delegación explícita. Bien podríamos también llamarla mixta, porque es como la gente sería llama a las cosas que son producto de la mezcla de elementos varios que no se atina a saber qué son y, por tanto, cómo llamarlas.

Pero si el mecanismo empleado para la devolución es correcto, la devolución de lo que fuera en su momento delegado ¿cómo debería hacerse? Para el caso vale lo señalado en III.6.: cumplida la condición, “la facultad se convirtió en exclusiva de la Nación... *Acerca de tal poder, las provincias no conservan ningún derecho actual”.*

En consecuencia, podría ocurrir que si el anexo 2 no ha legislado sobre el RP y que se trata de cuestión de indispensable regulación, de aquí en más habría provincias, como Chubut, que han recuperado definitivamente lo que delegó en el Estado Nacional, respecto de una parte del Código Mercantil, hoy Civil y Comercial, lo que no impide que lo vuelva a delegar, si contase con la aceptación del Estado Nacional.

V.4. *¿Y si sucediera que, en algún momento, el Estado Nacional revirtiese su posición y sancionara la esperable ley nacional de Registro?*

La hipótesis es inviable, en principio, por lo dicho en el punto anterior. Pero, si las provincias se sienten obligadas a actuar como Chubut, el Estado Nacional actúa morosamente en lo que hace al dictado de la ley nacional y en algún momento todas las provincias han convertido en legislación local la de RP, ¿qué debería ocurrir? Bien podría suceder que no rija en ningún lugar del país la ley nacional de Registro, que se sancionase tardíamente sería una norma estéril.

Alguna vez viví, generado por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, un debate anticipador de lo que ahora acontece, en el que intervinimos dos asociados, el Dr. Alfredo Vítolo, prestigioso constitucionalista y el suscripto. (13)

No pudimos ponernos de acuerdo ni dejar de colocarnos en posiciones firmemente opuestas, pero, de alguna manera, ésta fue una forma de comenzar a analizar un tema quizás adormecido en viejos textos, y que hubiera sido interesante que se reiterase en otros ámbitos y entre otras personas. Probablemente ahora pueda reactivarse.

V.5. La cuestión realmente importante en este tema es que, soslayando por un instante la constitucionalidad de que sólo la Nación legisle sobre el RP, analicemos los méritos y deméritos de una y otra posición. Allí las dudas que se podrían tener es posible que rápidamente desaparezcan. Sucede que, ante la disyuntiva, apelando a la razonabilidad como principio, debe advertirse la notoria inconveniencia —por no decir la gravedad— que significaría contar con tantas legislaciones sobre RP como jurisdicciones existen (24), porque esto no hará más federal al país y, más específicamente, porque así se podría provocar una suerte de caos normativo, por la multiplicidad de reglas distintas que cada jurisdicción establezca, amén del grave riesgo de generar jurisdicciones “blandas” (a la manera del Estado de *Delaware*), con los peligros y daños que podrían causar.

Pero, como venimos sosteniendo, tal como quedó en su conjunto redactado el anexo 2 de la ley 26.994, hoy cada jurisdicción deberá dictar su ley de Registro Público, entre cuyos temas se encontrará decidir si se mantiene —o no— el control de legalidad obligatorio para algunos o todos los actos societarios que requieran inscripción registral; si se acepta aplicar las reglas de forma, como las contenidas en los artículos 5º y 6º, LGS, y hasta si el instrumento constitutivo de la sociedad por acciones puede ser público o privado, entre otros de similar sustancia, que ya quedó dicho, no deben ser tema de fondo, esto es, que no sean de la competencia del Estado Nacional.

V.6. Ha ocurrido algo ya señalado y es que a más de un año de sancionada la ley 26.994, sólo la *Provincia del Chubut ha promulgado, el 8 de octubre de 2016, la ley 569, de Registro Público*, que mencionamos en III. 6.1. Son once artículos, excluido el de forma. En algunos temas la ley ha sido ambigua (14), como que —a título de ejemplo— bien podría decirse que ha mantenido el control de legalidad tal como lo traía la ley 19.550, sin que ello pueda afirmarse con absoluta certeza.

Hasta el 31 de octubre las demás jurisdicciones siguen funcionando como antes de la puesta en vigencia de la ley 26.994, aunque es posible que puedan existir nuevas instrucciones especiales, circulares, resoluciones internas o reglas cuyo contenido no me animo a imaginar, aunque supongo que no se deben haber producido grandes cambios, en comparación con lo que ocurría durante la vigencia de la LSC.

V.7. Distinto es el caso de la Inspección General de Justicia, que cumple en su totalidad con lo establecido en la reforma, por-

{ NOTAS }

(12) (a) Se reformaron 23 artículos, del total de 31 proyectados, cuatro de ellos incluidos por el PEN, que decidió eliminar ocho, los números 15 (en sus cuatro apartados), 31, 32, 33, 54, 59, 61 y 73 (también en sus cuatro apartados). Juntamente con la sección IV, los arts. 54 y 59 deben ser considerados parte vital de la reforma, posiblemente por su alcance también político, cuyos entresijos permitirán presumir las razones que expliquen esa suerte de veto que se les impuso. (b) El PEN también intervino directamente, reformando

cuatro de los artículos, los números 1, 11, 164 y 299, inciso 7º, para introducir la SAU. (c) Los restantes, 19 en total, se mantuvieron tal cual fueron redactados por la CR. Son los que llevan los números 16, 17, 21 a 30, 93, 94, 94 bis, 100, 186 inc. 3º, 187 y 285. También fueron cambiados el título de la ley (ver, I, primer párrafo) y el de las secciones I y IV, del capítulo I.

(13) (Cuyo texto podrá consultarse en www.zamenfeld.com.ar) VÍTOLO, Alfredo expuso entonces, que sostener que la materia registral no sea nacional, no

significa que las provincias puedan legislar sobre cuestiones de fondo en materia de Registros. La legislación genérica sobre la necesidad de que existan y sus funciones básicas, sí corresponden a la Nación (legislación común), más allá que cada provincia, al crear el propio, regule la materia, tal como venía ocurriendo antes de la sanción del nuevo Código unificado. La legislación genérica sobre la necesidad de que existan registros y sus funciones básicas, corresponde a la Nación (legislación común), más allá de que cada provin-

cia, al crear su propio registro, regule el tema, tal como venía ocurriendo antes de la sanción del nuevo código unificado. Es lo que, de alguna manera y en el mismo sentido hemos expuesto en este punto y en V.11 y V.13.

(14) Así, en su reducido texto, esta ley local ha establecido (art. 9) que su autoridad de control (IGJ) “dictará las normas reglamentarias necesarias para la implementación del RP”, que atento a los limitados alcances propios de una norma administrativa, es probable que obligue a su ampliación. La norma, además, mantiene

que —como se apunta en la nota 15— la ciudad de Buenos Aires, hasta hoy, es la única autoridad de control societario de carácter nacional que existe, por lo que inexorablemente el anexo 2 es para ella la normativa aplicable. Lo que no quiere decir que ello debiera ser así; la ciudad de Buenos Aires debe ser la titular del organismo de control societario y hasta aquí no lo ha podido ejercer. Cuando comience a ejercerlo, actuará, al respecto, como una provincia más, siempre así lo ha sido: el Código de 1862 atribuía competencia en lo registral a cada “jurisdicción” (no a cada provincia) y la ciudad la tenía.

Sucede que hace alrededor de ocho años fue sancionada la ley local 2875, que creó la autoridad de control que regiría en la C.A.B.A. y regló sus competencias, atribuciones y funciones, lo que supuso la consecuente transferencia a ésta de todo aquello que, mayoritariamente, aun viene actuando la IGJ (15). La aplicación de la norma se encuentra suspendida prácticamente desde su sanción, por una medida cautelar, pero que, en cuanto al fondo de la cuestión, cuenta con sentencia de primera instancia favorable al Gobierno de la Ciudad no firme.

VI. Conclusiones. Última digresión. Propuesta

VI.1. La solución que ha traído el Código no nos parece razonable, menos en los tiempos que corren y en un país federal como el nuestro. Por caso, la desaparición del RP de la ley nacional y del control de legalidad, así sea parcial, no debió haberse producido sin un mayor y más intenso análisis; no sólo jurídico, por cierto.

Existen proyectos sobre una ley nacional de Registro Público, que sería importante considerar.

Para enfatizar lo que queda dicho y reafirmarme aún más en ello, no puedo dejar de citar a algunos de nuestros desaparecidos maestros, porque no han perdido vigencia al respecto, especialmente en aquello que me parece más simbólico: la defensa del control estatal de legalidad (y fiscal, así lo decía la LSC). Cito aquí a algunos, porque no dudo que, ni por entonces, ni hoy, a ninguno de ellos y a otros que tampoco están o que para nuestra felicidad aún nos acompañan, se les habría ocurrido la posibilidad de eliminar la regulación del RP de la legislación de la Nación.

VI.2. Halperín decía (16) que, “de desaparecer esté último, el Registro Público funcionaría como una suerte de *buzón*, 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 su legislación” (dimensión de las hojas, tipo de papel, cantidad de copias, por caso).

También Malagarriga se refería, en términos semejantes y aludiendo al RPC, cuando señalaba 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*” (17).

En el mismo sentido coincidían Zavala Rodríguez (18) y tantos otros, que por ello no parece necesario caso traer aquí, dado que con los citados diría que alcanza a los fines del presente.

VI.3. Desde siempre la seguridad jurídica necesitó de un Registro Público de Comercio que diera certeza a los actos que en él se inscriben. Claro está que, aun existiendo, no siempre se podrá evitar la posibilidad de la nulidad, pero de tal modo y en buena parte se la limita; amén de ello, no puede ignorarse la presunción de legitimidad que genera la intervención del Estado en estos casos, que reducen razonablemente los perjuicios que pueden llegar a generar las deficiencias de la inscripción registral. y la consecuente judicialización que podría generar la registración “buzón”.

Hoy, el riesgo que se corre es que los registros de una o más jurisdicciones decidan inscribir, sin llevar a cabo el control de legalidad (y fiscal) del acto estatal y, parafraseando lo que transcribimos de los Fundamentos de la CR, entonces, sí, aparecerían otro tipo deficiencias de infraestructura que aceleren el necesario cambio relevante; y estos sí podrían llegar a números imprevisibles.

Los tiempos que estamos viviendo ojalá no nos lleven a la aparición de una legislación sobre Registro Público, multiplicada en 24 veces el número de jurisdicciones que deberán dictarlas. Entonces, hasta cabrá suponer —al menos no lo descartemos— que no contarán con reglas uniformes y que vendrán con (o sin) control de legalidad o con algunas otras reglas formales, que serán seguramente más o menos inquietantes, pero preocupantes al fin.

Creemos de todos modos que todavía no pueden darse todos los supuestos de hecho y derecho necesarios como para que algo así pueda ocurrir.

VI.4. *Ya concluyendo*, quisiera señalar que, en lo personal, he trabajado y sigo haciéndolo, como socio del Colegio de Abogados en la Comisión de Derecho Comercial, para un proyecto de “reforma a la reforma” del anexo II del Cód. Civil y Comercial, del que ya ha circulado un anteproyecto (19), en el que, entre otros temas se encuentran los que hoy nos ocupan; proponemos que en una futura ley nacional, en lo que hace a los temas tratados en éste y, en particular, sobre las inscripciones registrales y su control, se establezca:

a) el control de legalidad por la autoridad de control de todos los actos de la sociedad por acciones y de responsabilidad limitada y en aquellos otros actos, que requieran registración;

b) a los mismos fines, a las demás sociedades típicas y para otros actos no incluidos en a), que se deban inscribir, dentro de un monto máximo que fijará el Poder Ejecutivo Nacional (las que lo superen ingresarán en la categoría anterior), se les exigirá un dictamen vinculante, emitido por profesional experto, seleccionado por las matrículas locales, al que se les impondrá un régimen especial de responsabilidades y sanciones. Ello no obstante, el administrado podrá voluntariamente optar por la variable expuesta en a); y

c) registrar sin control de legalidad, sí fiscal, en un libro especial, las sociedades de la Sección IV, capítulo I, si voluntariamente se rogase la inscripción.

Para este último caso, creemos que de esta manera se dará una mayor certeza a las relaciones comerciales que puedan éstas concertar y que, al decir del profesor Dr. Carlos Odriozola, quien conoció esta propuesta, hará ese contrato de sociedad oponible a terceros, solucionándose así buena parte de los problemas que la imposibilidad de registración de esta novedosa forma societaria generaría, que apareció en precursores proyectos de reforma, el último de los cuales fue el integral que, en el año 2005, dieron a conocer los profesores Anaya, Bergel, y Etcheverry. Sería la mejor solución para los tiempos que corren y para la seguridad jurídica, norte de toda actividad mercantil.

V.5. *Vaya además, como tercera digresión*, previa al cierre este texto, la de instalar la necesidad de compartir ideas con los especialistas de otros espacios de la ciencia jurídica, en pos de lograr mejores soluciones para cubrir ciertas áreas críticas.

En el reciente *Congreso de Derecho Societario y de la Empresa* celebrado en Mendoza, mucho se criticó la S.A.U., buena idea lamentablemente mal concretada.

Va de suyo, como dijéramos varios participantes durante el debate, que, más allá de las objeciones que éste y otros textos —sancionado o no— nos pudieran merecer, no podía perderse de vista que un tema así necesita del apoyo de una legislación penal elaborada por expertos, que se complemente con la comercial (20) y que nos resguarde del fraude que, en todas sus formas, se pudiera suscitar y que mucho más podría crecer con institutos mal regulados.

Esta participación profesional conjunta —tomada como simple ejemplo— es posible que ayude a impedir, tal vez en buena parte de su extensión en algún momento, la aparición de gérmenes que podrían introducirse en las más sanas ideas. Se coincidió, entonces, en que se trata de dar con soluciones eficaces, suficientes como para no se desvíe la utilización de modalidades propicias para la actividad mercantil. Para ello, el trabajo interdisciplinario mucho hará por limitar la aparición de legislaciones desequilibradas, por falta de conocimiento pleno u otro tipo similar de carencias, que es deber de todos impedir. Será indispensable para ello la más intensa participación posible en congresos, cuerpos orgánicos legislativos o institucionales y, en general, en toda actividad preferentemente colectiva que cada uno de nosotros considere más apropiada al fin propuesto.

Ojalá así sea; nada de lo que se haga en tal sentido será en vano, todo aportará si existe el único requisito indispensable: convicciones. ●

Cita on line: AR/DOC/3558/2016

MÁS INFORMACIÓN

Solari Costa, Osvaldo, “Modificaciones de la Ley 26.994 a la Ley 19.550 de Sociedades”, LALEY, 2015-C, 888; Enfoques 2015 (junio), 78.

{ NOTAS }

vigente la anterior en todo lo que no se oponga a lo establecido por el Código y leyes especiales. Ese aparente silencio está indicando, tal como exponemos en éste, que, salvo lo expresamente establecido en su texto, en todo lo demás se remite al Código, lo que significa que se aplicarán los arts. 5º y 6º y que no habrá control de legalidad de los actos a inscribir por las sociedades que no sean por

acciones, aplicándose en cambio el art. 167, LSG, a las sociedades por acciones.
 (15) Algunas competencias quedarán en cabeza de la IGJ, por caso el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, creado por ley 26.047.
 (16) HALPERÍN, “El Registro Público de Comercio y el control de legalidad”, LA LEY 59-713.

(17) MALAGARRIGA, “Derecho Comercial”, TEA, 1963, t. I, p.207.
 (18) ZAVALA RODRÍGUEZ, op.y loc. cit.
 (19) “Presentación del Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, 26.994”. *El Dial.com*, Suplemento de Derecho Empresarial, edición del 29/4/2016, en vía de revisión.

(20) Comentario incidental: todos los congresos de índole mercantil —obviamente también algunos de derecho civil— deberían incluir un capítulo interdisciplinario, que compartamos con los colegas penalistas y, en más de una ocasión, con expertos de otras disciplinas, del derecho administrativo.

_COLUMNA DE OPINIÓN

La Constitución Invisible ante el Brexit

● VIENE DE TAPA

nan la creación y operación de instituciones gubernamentales, y obviamente Gran Bretaña

ña tiene tales instituciones y tales reglas. La frase ‘Constitución Británica’ es usada para describir tales reglas”. (1)

Las fuentes de la Constitución británica son así varias leyes en sentido amplio, prácticas plasmadas en decisiones judiciales, y lo que se conoce como convenciones constitucionales (tradiciones históricas indiscutidas que con el tiempo se han convertido sustancialmente en reglas no escritas).

Una de los elementos característicos del Modelo Westminster es la falta de distinción jerárquica entre las normas, pues cualquier norma es modificable o derogable por una mera ley posterior del Parlamento.

III. Soberanía parlamentaria

Uno de los institutos característicos del sistema constitucional británico —uno fundamentalmente ligado tan-

to a las causales que generaron el Brexit, como a la incertidumbre de su desenlace— es la doctrina de la Soberanía Parlamentaria.

Conforme a su ilustración tradicional, “el principio de la soberanía Parlamentaria significa ni más ni menos que esto, que el Parlamento (...) tiene, bajo la Constitu-

VIENE DE PÁGINA 5

ción Inglesa el derecho de hacer o deshacer cualquier ley; y más aún, el derecho inglés no reconoce ninguna persona o ente como ostentando la facultad de estar por encima o derogar la legislación del Parlamento". (2)

El histórico poder legislativo (teóricamente) ilimitado del Parlamento ha sido desafiado modernamente por Europa.

El Tribunal de Justicia de la UE, a través de su jurisprudencia, estableció que todo el derecho de la UE se encuentra por encima de los varios ordenamientos nacionales de los países miembros. Innumerables pestañas jurídicas inglesas se han quemado intentando armonizar este principio con la Supremacía Parlamentaria.

El ordenamiento jurídico de la UE socava la soberanía parlamentaria dado (i) prevé la existencia de una institución con poder legislativo supranacional por encima del Parlamento; (ii) limita aquellos aspectos sobre los cuales éste puede legislar; y (iii) los tribunales británicos se ven en la imposible tarea de deber aplicar la ley parlamentaria (conforme al principio de Soberanía Parlamentaria) y, a su vez, de aplicar las normativas europeas conforme al principio de primacía europea cuando a menudo ambas normas son contradictorias (3).

La percepción popular de este fenómeno ha sido en parte que el Reino Unido había renunciado —involuntariamente— demasiado a su soberanía nacional, que instituciones políticas y legislativas y cortes no democráticas ni representativas estaban determinando la vida y política inglesa, sin que el electorado británico pudiera hacer mucho al respecto.

IV. La paradoja del Brexit

Sin emitir juicio sobre estas percepciones, es importante notar que gran parte de lo que motivó el referéndum del Brexit era un deseo de recuperar la soberanía política y legislativa del Parlamento británico.

No obstante, un ex secretario de Gabinete ha señalado que, atento a que los principales partidos políticos y la gran mayoría de los legisladores se oponen al Brexit, resulta paradójico que un voto popular obligue al Parlamento a retirarse de la UE cuando los miembros del Parlamento (cuya soberanía se busca recuperar) se oponen a ello. Se socava la Soberanía Parlamentaria para devolverle soberanía al Parlamento.

Se trata quizá de un desdoblamiento del concepto de soberanía: la Soberanía Parlamentaria se vería enfrentada por la soberanía popular v.gr. la democracia directa manifestada mediante el referéndum.

Técnicamente, bajo la doctrina diceyana desarrollada, el Parlamento es una institución con poder legislativo ilimitado que estaría legalmente facultado para votar contra Brexit, ignorar el referéndum y permanecer en la UE. El referéndum del 23 de junio era consultivo, y pre-legislativo, de manera que solamente le indica al Parlamento que el electorado desea salir de la UE.

Puede contrastarse dicho mecanismo con el referéndum inglés de 2011 en el cual se consideraba un sistema de votación alternativa. La ley que establecía dicho referéndum preveía que el sistema que recibiera más votos sería ley sin más trámite; mientras que el actual referéndum no prevé tal mecanismo. Aunque lo previera, sería igualmente legal que el Parlamento fuera en contra de tal mandato y no activara el Brexit.

A pesar de la falta de obligatoriedad legal de acatar el referéndum, indudablemente existe una fuerte presión política de hacerlo.

V. Posición actual internacional del Reino Unido

Ante el resultado del referéndum, cobra relevancia el antes poco conocido art.50 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Este versa: "Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión...". Inmediatamente uno se pregunta cuáles son exactamente las normas constitucionales británicas que regularían la retirada.

La falta de una regulación constitucional clara deja incierto quién será el encargado de llevar adelante las negociaciones relevantes para la activación del art.50 (probablemente la Primer Ministro), y —fundamentalmente— el rol que tendrá el Parlamento en dicho proceso. Algunos sugieren que el uso de este poder por el Ejecutivo requeriría de aprobación parlamentaria.

La participación del Parlamento en el proceso de retirada es inevitable dado que la misma requeriría necesariamente de la derogación de la *European Communities Act* mediante la cual el RU se unió a la UE. Sin embargo, cabe preguntarse cuán obligados están los parlamentarios a llevar adelante un plan al cual la gran mayoría se opone. La necesidad de un voto parlamentario para la activación del Brexit es, al momento de escribir, tema de litigación que enfrenta al Gobierno contra una multiplicidad de partes privadas (incluyendo tanto fondos de inversión como peluqueros). Es interesante notar como ambas partes en el caso citan a su favor la Soberanía Parlamentaria: unos para sostener la imposibilidad de un referéndum para obligar al Parlamento y otros para

acentuar la importancia de terminar con la limitación de tal soberanía que conlleva la membresía a la UE.

Por otro lado, se ha sugerido que el Parlamento podría cumplir con el referéndum derogando la *European Communities Act* pero sin efectuar la notificación formal a la UE que exige el art.50. Una acción de tal índole indudablemente violaría el ordenamiento de la UE así como el derecho internacional pero podría considerarse teóricamente legal desde el punto de vista interno.

VI. Conclusión

"Como los automóviles, los medicamentos y los instrumentos financieros, una democracia no regulada puede ser peligrosa. Las constituciones regulan la democracia" (4).

El carácter disperso y ambiguo de la Constitución británica, así como la doctrina de la Supremacía Parlamentaria ha permitido que ese país se adapte con rapidez y facilidad a los grandes cambios económicos, sociales y políticos desde hace siglos. Su capacidad de reacción ante las amenazas a la seguridad nacional supera la de otros Estados y la estabilidad histórica institucional que goza es un fuerte argumento empírico del éxito de su diseño constitucional.

No obstante, tener una Constitución invisible conlleva complicaciones fundamentales que se evidencian con claridad ante el fenómeno del Brexit y la litigación constitucional que lo sigue. Quedan preguntas fundamentales por responder de manera tal que el Brexit quizás brinde una oportunidad para finalmente considerar plasmar las "normas constitucionales" en un único documento escrito, si es que pueden atrapar lo invisible. ●

Cita on line: AR/DOC/3869/2016

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El autor forma parte de *Legal Lab*, una iniciativa de Thomson Reuters La Ley, en donde un grupo de jóvenes abogados debaten temas de actualidad jurídica.

(1) JENNINGS, Ivor, "The Law and the Constitution", University of London Press, 1959, p.36.

(2) DICEY, Albert V., "Introduction to the Study of the Law of the Constitution", MacMillan, 1885.

(3) LE SUEUR, Andrew - SUNKIN, Maurice - KNUSHALL MURKENS, Jo E., "Public Law", Oxford, 2016, p.824.

(4) FAGUET, Jean-Paul, "The Democracy bomb:

Brexit and the need for a written constitution", disponible en <http://blogs.lse.ac.uk/politicsandpolicy/brexit-and-the-need-for-a-written-constitution>.

NOTA A FALLO

Sanción disciplinaria

Episodio de violencia entre un abogado y la parte contraria a su asistida en el seno de una audiencia judicial. Imposición de una multa. Pedido de reconsideración realizado por el letrado. Obligación de los jueces de mantener la disciplina y el

orden. Inconducta grave. Rechazo de la pretensión.

Hechos: La Cámara rechazó el pedido de reconsideración de una multa impuesta a un abogado por tomarse a golpes con la parte contraria a su asistida en el seno de una audiencia judicial.

El pedido de un abogado destinado a que se reconsiderara la sanción que se le impuso por tomarse a golpes con la parte

contraria a su asistida en el ámbito de una audiencia debe rechazarse, el tribunal no puede permanecer pasivo y tolerar tal inconducta sin socavar su propia autoridad, que no se preservaría con un simple llamado al orden o una exhortación a hacer aquello que no se podía ignorar que debía ser hecho.

119.785 — CNCom., sala C, 13/07/2016. — B. T. S.A. c. C. G. S.A. y otros s/ordinario

s/incidente de reconsideración del Dr. F. J. P.

[Cita on line: AR/JUR/49624/2016]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 16/08/2016, p. 10, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en *Proview*]

Espectros en el ejercicio de la abogacía (y en el derecho)

SUMARIO: I. Espectros y fantasmas. — II. Deberes del abogado. — III. La sentencia, una primera excusa. — IV. Colofón, como segunda excusa (ahora del autor).

Nicolás Diana

I. Espectros y fantasmas

Un espectro es un fantasma (1), la amenaza de un riesgo inminente o el temor de que sobrevenga (2).

Nuestros espectros y fantasmas conforman el telón de fondo o la pantalla, según nuestro punto de observación, que ocultan o reflejan, respectivamente, las luces y sombras, y las imágenes que la sociedad apre-

hende o decide aceptar en lo que al ejercicio profesional de la abogacía (y el derecho) se refiere, sus vicios y tropiezos.

En las caídas personales y profesionales de todos los días, no exclusivamente de ahora ni de hoy, también van cayendo de a poco, unas veces más rápido, otras más lentamente, el dere-

cho, las instituciones. Queda instalado así, en el imaginario colectivo argentino, el desprestigio de la abogacía en general y de los abogados en particular, esmerilándose nuestra creencia en el derecho como herramienta social necesaria.

El derecho "fue concebido a partir del desarrollo de la modernidad como un mecanismo paradigmático de integración social. Un mecanismo a través del cual los hombres, aunque formal y declarativamente, podían reconocerse como iguales, como pertene-

cientes a cierto universo de representaciones colectivas en las que estaban incluidos por razones de género” (3).

Es en ese ámbito de percepción del derecho y de representaciones colectivas donde “los jueces y los abogados significan los roles en los que las personas en general advierten con más precisión el ‘funcionamiento’ de las normas jurídicas” (4). En ese mismo campo jurídico —como parte y componente del espacio social— emergen disfuncionalidades y desvíos que el propio sistema jurídico debe solucionar en procura de mantener su propia estabilidad.

II. Deberes del abogado

La ley 25.488 modificó el art. 35 del Cód. Proc. Civ. y Com., estableciendo, en lo que al presente comentario importa: “Para mantener el buen orden y decoro en los juicios, los jueces y tribunales deberán... 2) Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso. 3) Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este Código, la ley orgánica, el Reglamento para la Justicia Nacional, o las normas que dicte el Consejo de la Magistratura. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este Código se aplicará al que le fije la Corte Suprema de Justicia de la Nación...”.

Dicha reforma sólo incorporó en el inc. 2 transcripto, como nuevos fundamentos normativos de esta cuestionable potestad disciplinaria, su autorización expresa —bastante difusa por cierto— por imperio de “la ley orgánica, el Reglamento para la Justicia Nacional, o las normas que dicte el Consejo de la Magistratura”.

Mucho tiempo antes de la reforma procesal de 2001, parte de la doctrina había indicado que la facultad disciplinaria “no viene de la ley, sino que es de fuente constitucional en razón de que se trata de los *poderes implícitos* de uno de los Poderes del Estado. Pueden, por lo tanto, ejercer ese poder constitucional, de imponer sanciones disciplinarias a quienes acuden a sus estrados y con esa ocasión faltan el respeto debido a los jueces en tanto encarnación de la Justicia, y agravan, hacen objeto de burla o perturban el decoro con la majestad de la actuación de los tribunales debe desenvolverse, hallándose ínsita en su investidura. *El poder disciplinario es inseparable del poder de juzgar*” (5). Y el fin de la jurisdicción no es otro que el de asegurar la efectividad del derecho (6).

¿El poder disciplinario es inseparable del poder de juzgar?

La autoridad del juez por lograr el buen orden, respeto y decoro ¿tiene fundamento constitucional?

¿Qué rol juegan los colegios profesionales?

El régimen jurídico de los colegios profesionales (de abogados, médicos, veterinarios, ingenieros, etc.) tiene muchas influencias y zonas de contacto con del derecho público, en particular en lo que hace a su facultad de dictar actos administrativos (7). El ejercicio del poder disciplinario sobre sus miembros, en especial, en lo referente a la abogacía, puede dar lugar a distintas sanciones respecto a una misma conducta disvaliosa o falta ética (8).

En el ámbito federal, nacional y local (9) la ley 23.187 establece que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (“CPACF”) tiene el ejercicio del poder disciplinario sobre los abogados (art. 20, inc. b), debe controlar el efectivo cumplimiento de las sanciones disciplinarias impuestas a los abogados matriculados (art. 21, inc. b), poniendo en cabeza de un órgano colegiado de pares (Tribunal de Disciplina) la determinación y aplicación de las sanciones que correspondan, respetando los principios establecidos en el art. 41 (10).

El Código de Ética del CPACF (11) reconoce, así, distintos deberes de los abogados (12). A saber:

- Deberes fundamentales del abogado respecto del orden jurídico-institucional (Capítulo 2);

- Deberes fundamentales inherentes al ejercicio de la abogacía (Capítulo 3);

- Deberes fundamentales de los abogados respecto del Colegio Público (Capítulo 4);

- Deberes fundamentales del abogado respecto de sus colegas (Capítulo 5);

- Deberes fundamentales del abogado para con su cliente (Capítulo 6);

- Deberes fundamentales respecto de la administración de justicia (Capítulo 7);

En especial, dentro del Capítulo 7, sobre “Deberes fundamentales respecto de la administración de justicia”, su art. 22 dispone que en el marco del deber en el ejercicio profesional serán consideradas faltas de ética las siguientes: a) No guardar un estilo adecuado a la jerarquía profesional en las actuaciones ante el poder jurisdiccional y órganos administrativos; b) Incurrir en procesos o actuaciones en expresiones agraviantes respecto de magistrados, funcionarios o empleados; c) Efectuar desgloses o retirar expedientes, copias o actuaciones sin recibo o autorización; d) Valerse a sabiendas de pruebas falsas así calificadas judicialmente, constituyan

o no fraude procesal; e) Incurrir en temeridad o malicia, así calificadas judicialmente sin que dicha calificación sea vinculante para el Tribunal de Disciplina; f) No hacer preservar el respeto que se le debe al abogado como auxiliar de la Justicia.

III. La sentencia, una primera excusa

El lector notará, inmediatamente, al tiempo de repasar el fallo en comentario, que la falta disciplinaria endilgada y sancionada judicialmente con una multa fue en ocasión o como consecuencia del ejercicio profesional, en el ámbito del estrado judicial, en sentido lato (13). Los jueces, como allí se señala, “deben no sólo impedir que se afecte el decoro y la cortesía que deben imperar en la actuación judicial, sino que deben mantener la disciplina y el orden, propósitos que conllevan como deber elemental, básico y obvio, la necesidad de sancionar inconductas verdaderamente inusuales como fue la que se verificó en la referida ocasión”.

Sanción frente a la cual, además, el encarado guardó silencio al tiempo de su imposición sin perjuicio de la apelación ulterior que motivó la intervención de la Alzada que anotamos.

Recordamos, de todos modos, que la ponderación sobre el alcance de la manifestación de la voluntad por vía del silencio debe ser siempre restrictiva y a favor del sindicato responsable de la conducta achacada (14), siempre que los hechos, el contexto en el cual acaecieron o la legislación aplicable, no exijan una “manifestación expresa” distinta al silencio o a la ficción de la denominada “manifestación tácita de la voluntad”.

Lejos en tiempo, en 1651, tres años después del surgimiento histórico del Estado moderno (15), Hobbes indicaba que “se dice que un hombre está justificado cuando su excusa, aunque insuficiente en sí misma, es aceptada; tal ocurre cuando expresamos nuestra voluntad, o manifestamos el propósito de cumplir la ley, y nos arrepentimos de nuestras caídas” (16).

La excusa frente a la probada situación de violencia física protagonizada entre una parte litigante y el letrado patrocinante de la contraria no sólo aparece insuficiente, tampoco fue aceptada por el tribunal.

IV. Colofón, como segunda excusa (ahora del autor)

Al decir de Mariano Moreno, si “el hombre no hubiera sido constantemente combatido por las preocupaciones y los errores, y si un millón de causas que se han sucedido sin cesar, no hubiesen gravado en él una multitud de conocimientos y absurdos, no veríamos,

en lugar de aquella celeste y magestuosa simplicidad que el autor de la naturaleza le imprimió, el deforme contraste de la pasión que cree que razona cuanto el entendimiento está en delirio” (17).

Frente a los hechos del caso, nos preocupa la violencia en el ejercicio de la profesión, como correlato de una situación de violencia social que evidenciamos empíricamente todos los días, situación de la que la abogacía y los abogados no escapan.

Podemos dedicar muchos estudios, ensayos e investigaciones sobre las potenciales causas de esa violencia social (verbal, escrita, física, moral, psicológica) y sus consecuencias, notas comunes y diferenciales para el caso argentino. No es ése análisis objeto del presente.

Sirva la presente como excusa para recordar, como idea única, si es que esta nota a fallo tiene alguna idea o propósito particular, que la anomia social boba (18) en el incumplimiento deliberado e irracional del derecho, también nos toca a nosotros, los abogados, como protagonistas o participantes necesarios de un mal endémico y no nuevo de la Argentina, donde el acatamiento de la ley, de las formas y las normas no se encuentran instalados aún como ficción social útil y necesaria.

La verdadera medicina comienza con el conocimiento de las enfermedades invisibles, “es decir, los hechos de los que el enfermo no habla, de los que él no tiene conciencia o que se olvida de sacar a la luz. Vale lo mismo para una ciencia social preocupada por conocer y comprender las verdaderas causas del malestar que se expresan a la luz del día a través de signos sociales difíciles de interpretar porque son en apariencia demasiado evidentes” (19).

Nuestros espectros profesionales denotan la presencia de una enfermedad social (en el caso que fuere sólo una) cuyas causas son profundas y la violencia parece marcar la agenda social ante las ausencias del derecho (y del cumplimiento de las normas en general.)

Espectros jurídicos que, más allá del derecho, “y todavía más allá de la juridicidad, más allá de la moral, y todavía más allá del moralismo, la justicia en relación con el otro” nos marcan una “separatividad”, una disyunción, una anacronía (20) y una sintomaticidad social en general, y de la abogacía en particular, su enseñanza (21) y ejercicio, demasiado evidentes. ●

Cita on line: AR/DOC/3756/2016

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “Diccionario de la Real Academia Española”, 23ª edic., 2014, <http://dle.rae.es/?id=GXFgjs8a>.

(2) “Diccionario de la Real Academia Española”, 23ª edic., 2014, sexta acepción, <http://dle.rae.es/?id=Hb4OgU3>.

(3) CÁRCOVA, Carlos M., “La opacidad del derecho”, Ed. Trotta, Madrid, 2006, 2ª edic., p.56.

(4) CIPRIANO, Néstor A., “Jueces y abogados: roles y jerarquía”, LALEY, 1983-C, 1002.

(5) MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERRIZONCE, Roberto O., “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Comentados y anotados”, Ed. Librería Editora Platense - Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, t. II-A, 2ª edic. reelaborada y ampliada, p.674.

(6) COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del derecho procesal civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, 3ª ed. (póstuma), 17ª reimp., p.44.

(7) GORDILLO, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Ed. FDA, Buenos Aires, 2013, t. I, Parte general, Cap. XIV-22.

(8) Penal, civil, disciplinaria -judicial- y disciplinaria -profesional- (entre otros, ver: DI VITO, Aldo M., “Sanciones del abogado”, LALEY, 2013-B, 100).

(9) Hasta tanto la Justicia Nacional tenga sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no se transfiera efectiva y definitivamente a la jurisdicción local, así será.

(10) “La Asamblea de Delegados reglamentará el procedimiento a que se ajustará el Tribunal de Disciplina, como también su modo de actuación —por sala o en pleno—. Dicha reglamentación hará aplicación de los siguientes principios: a) Juicio oral; b) Derecho a la defensa asegurando en su caso el sistema de defensa oficial, obligatoria y gratuita; c) Plazos procesales; d) Impulso de oficio del procedimiento; e) Normas supletorias aplicables, observando en primer término las prescripciones del Código de Procedimientos en Materia Penal; f) Término máximo de duración del proceso”.

(11) De acuerdo con lo ordenado por el Consejo Directivo del CPACF, en su sesión de fecha 15/4/1987.

(12) Se ha señalado al respecto que, más allá “del acatamiento del orden jurídico que recae sobre los abogados —como del resto de los habitantes de la Nación—, su conducta se encuentra regida por una serie de normas que conforman el Código de Ética” (CHITI, Stella M., “La profesión de abogado dentro de un marco ético y el principio protectorio”, LALEY, 2015-A, 89).

(13) Tal como lo señala la sentencia, en cuanto afirma que “el Dr. P. no pretende haber sido agredido, sino que

acepta, bien que implícitamente, que la agresión fue mutua, y sucedió, si bien no en el despacho del Dr. M., sí en el pasillo aledaño a tal despacho, en el que los nombrados se hallaban negociando por disposición del tribunal”.

(14) El Código Civil y Comercial es suficientemente claro cuando reconoce que el silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art.263), agregando que la manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre (art.264).

(15) En los Tratados de la Paz de Westfalia [1648], es “en donde reside el «certificado de nacimiento» del moderno Estado nacional soberano, base del Estado democrático del derecho actual y momento fundador del sistema político internacional contemporáneo” (TOSCANO FRANCA FILHO, Marclio, “Historia y razón del paradigma westfaliano”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), nro. 131, Madrid, enero-marzo, 2006, p.87).

(16) HOBBS, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, FCE, Bue-

nos Aires, 2009, Sánchez Sarto, Manuel -trad.-, p.496.

(17) MORENO, Mariano, “Representación de los hacedores y otros escritos”, Emecé, Buenos Aires, 1998, p.149.

(18) Una acción colectiva es anómica, en el sentido de ilegalidad «boba», cuando ella es menos eficiente que cualquier otra que se podría dar en la misma situación colectiva y en la que se observara cierta norma. Existe anomia boba “sólo cuando la acción colectiva en cuestión se caracteriza por la inobservancia de normas y hay al menos una cierta norma que conduciría a una acción colectiva más eficiente en la misma situación” (NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley”, Ed. Ariel, Buenos Aires, 2005, p.39.)

(19) BOURDIEU, Pierre, “Sociología y democracia” (Jiménez, Isabel -trad.-), conferencia pronunciada en la École des Hautes Études Commerciales, 27-11-95, en *Capital cultural, escuela y espacio social*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p.92.

(20) DERRIDA, Jacques, “Espectros de Marx. El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva internacional”, Ed. Trotta, Madrid, 2012, 5ª edic., (Alarcón, José Miguel / De Peretti, Cristina -trad.-), p.41.

(21) DIANA, Nicolás, “Algunas ideas inhábiles (o no tanto) sobre la enseñanza universitaria del derecho”, LALEY online: AR/DOC/2882/2016.



JURISPRUDENCIA

Libertad de expresión

Buscadores de Internet. Revocación de la medida cautelar. Información que no refiere a la vida privada.

Hechos: *Un empresario inició una medida cautelar innovativa contra un buscador de Internet con el fin de que se cancele o elimine de manera definitiva una página web y todo lo allí publicado ante la conducta de la emplazada frente al requerimiento mediante carta-documento. La Cámara revocó la resolución de primera instancia que hizo lugar a la medida.*

La medida cautelar concedida en la causa que tiene como fin que un buscador de Internet cancele o elimine de manera definitiva una página web y todo lo allí publicado en contra de un empresario debe ser revocada, en virtud de la protección constitucional dada por la libertad de expresión, máxime cuando la información contenida allí no se refiere a la vida privada, sino a su actuación profesional cuya relevancia pública no es posible descartar, en principio [1].

119.786 — CNFed. Civ. y Com., sala II, 26/08/2016. - Google Argentina SA s/incidente de medida cautelar.

[Cita online: AR/JUR/67890/2016]

! CONTEXTO DEL FALLO

Jurisprudencia vinculada: [1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “R., M. B. c. Google Inc. s/daños y perjuicios”, 28/10/2014, AR/JUR/50173/2014, sostuvo que el derecho a expresarse a través de internet fomenta la libertad de expresión tanto en su faz individual como colectiva; concretando el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar —o no— sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., en su aspecto individual, y constituyendo un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública, en lo colectivo.

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 26 de 2016.

Visto: el recurso de apelación interpuesto por Google Argentina SRL a fs. 96/97, fundado a fs. 110/121 y contestado por la actora a fs. 123/137, contra la resolución de fs. 81/82; y

I. Que el señor O. J. C. inició la presente acción —con medida cautelar innovativa— a fin de que se ordenara a la empresa Google Inc. Argentina, efectuar la cancelación y/o eliminación y/o baja y/o bloqueo, de manera total y definitiva, de la página web a la que puede accederse a través de la URL “http://www.quienesosvaldo.cornide.blogspot.com.ar”, y los artículos allí pu-

blicados, como también brindar cualquier dato que obrare en su poder que pudiese identificar al autor de la página cuestionada.

Que a esos fines, expuso que se desempeña como presidente de la Confederación Argentina de la Mediana Empresa (“CAME”), contando con reconocida trayectoria en el medio empresarial. En tal sentido, relata que viene siendo víctima de una autor anónimo que, con el solo fin de perjudicarlo, desprestigiarlo y difamarlo, diseñó una página web al estilo “blog” bajo la plataforma “Blogspot”, propiedad de la demandada, la cual se encuentra publicada y accesible a cualquier usuario de Internet a través de la URL antes referida.

Que ello así, con el objeto de poder dar con el autor del blog, afirma que intimó mediante carta documento a Google Argentina SRL a fin de que procediera de forma inmediata a efectuar la baja de la página web y suministrara los datos de contacto que pudiera tener respecto del autor del blog.

Que, ante la conducta negativa observada por la emplazada frente al mencionado requerimiento (confr. instrumentos de fs. 36/38), fue que inició la presente acción con medida cautelar innovativa.

II. Que en la resolución cuya copia luce agregada a fs. 81/82, el Magistrado de la anterior instancia hizo lugar a la medida solicitada por la actora en el escrito de inicio y dispuso que Google Inc. debía proceder a efectuar de forma provisoria a la eliminación, cancelación, baja o bloqueo de la página web a la que se puede acceder a través de la URL “http://www.quienesosvaldo.cornide.blogspot.com.ar” y los artículos publicados bajo el mentado blog.

Que para así decidir, consideró que en la especie se encontraban reunidos los extremos que hacían a la admisibilidad del dictado de la medida cautelar solicitada, pues tuvo en cuenta la naturaleza de los derechos involucrados invocados por el actor.

Esa decisión motivó el recurso de la demandada, fundado en los términos que da cuenta el memorial de fs. 110/121, que fue contestado por la contraria a fs. 123/137.

Sostiene en concreto la empresa demandada que: a) no están dadas las circunstancias que hacen a la admisibilidad del dictado de la cautelar solicitada, pues no se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora, como tampoco se fijó contracautela alguna; b) la cautelar debe tener como destinatario a quien publicó el contenido en cuestión, cuya tarea de identificación corresponde sea efectuada por el actor; c) la resolución del juez resulta desproporcionada y próxima a la censura previa, pues la cautelar pretende extenderse a todos los artículos publicados bajo el blog en cuestión; y d) teniendo en cuenta de que se trata de una figura pública —de acuerdo con la propia descripción efectuada acerca de su tra-

yectoria empresarial y política en el escrito de inicio—, es indudable que el contenido de la página web reviste un significativo interés público.

III. Así planteada la cuestión, conviene anticipar que la Sala sólo tratará aquellos aspectos de la controversia que sean conducentes para su adecuada y equitativa composición, ateniéndose, de ese modo, a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha considerado razonable tal metodología (confr. Fallos: 265:301; 272:225; 276:132; 278:271; 280:320; 287:230; 294:466, entre muchos otros).

IV. Que precisado lo expuesto, conviene recordar que la actividad de los buscadores de internet se encuentra amparada por la garantía constitucional de la libertad de expresión (confr. arts. 14 y 32 de la Constitución; art. 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 1º de la ley 26.032).

Sobre esa base, la intervención estatal —y esto incluye, claro está, a los tribunales— debe ser particularmente cuidadosa de no afectar ese derecho, sobre todo ponderando que internet es un medio que prácticamente no reconoce limitaciones materiales para la difusión de ideas. En este punto, no está de más recordar que la Corte Suprema de nuestro país ha resuelto que la actividad desplegada a través de un blog también se encuentra amparada por la mencionada garantía constitucional (confr. sentencia en la causa “S., A. B.”, del 01/08/2013). Y ha requerido que toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad (confr. lo resuelto recientemente en “R., M. B.”, del 28/10/2014).

Por otro lado, frente a la tensión que suele suscitarse entre esa garantía y el derecho a la intimidad, varía el umbral de protección que reconoce el ordenamiento jurídico a la persona afectada, en función de su carácter público o privado (confr. también las decisiones adoptadas por esta Sala en la causas “N., W. S.”, n° 8952/09, sentencias del 30/11/2010 y 05/07/2012, y “Fernández Wilkes”, n° 7456/12, del 07/12/2013, y sus citas).

Partiendo de estas premisas, el Tribunal considera que no están dadas las condiciones para el dictado de la medida pretendida.

Pues bien, en primer lugar, y sin perjuicio de que este punto no formó parte de la decisión cautelar dispuesta a fs. 81/82, la que se encuentra firme por falta de gravamen por parte del actor, no está demostrada la premisa inicial del planteo efectuado por el actor, esto es, la imposibilidad de identificar al responsable del blog que determina que la pretensión cautelar se dirija directamente en contra de Google Inc., no siendo suficiente con acompañar un acta

notarial donde se constata que “los datos de contacto del autor del blog no aparecen disponibles en la página web”. Tal posición es postulada por la recurrente en el memorial de fs. 110/121, donde explícitamente Google admite la posibilidad de aportar la dirección de IP del blog frente a un requerimiento judicial (confr. fs. 114), tesitura que no parece irrazonable en el contexto de las normas constitucionales y legales aplicables a la especie (confr. arts. 18, 19, 33, 43 y concordantes de la Constitución Nacional; art. 10, inc. 2, de la ley 25.326).

VI. Desde otro ángulo, la Sala entiende que la fundamentación normativa invocada en el fallo apelado no da sustento a la medida adoptada.

En efecto, el artículo 31 de la Ley N° 11.723 protege el retrato fotográfico de una persona frente al uso comercial no autorizado, nada de lo cual se discute aquí. Nótese, en ese orden, que la noticia objetada no incluiría fotografía alguna del interesado (ver punto II, apartados a) y b), del escrito de inicio en fs. 59/79 vta.). Y ponderando que en autos se persigue la tutela de derechos personalísimos tampoco se advierte cómo podría ser aplicable la disposición del artículo 50 del ADPIC, en la medida que ese tratado internacional sólo se refiere a la protección de derechos de propiedad intelectual (ver en ese orden, lo resuelto por esta Sala en la causa “Servini de Cubría”, causa n° 7183/08, del 03/06/2009).

VII. Si bien lo expuesto es suficiente para revocar la resolución apelada, cabe agregar que, de acuerdo con las constancias probatorias obrantes a fs. 9/33, el contenido de la información que da cuenta el blog no se refiere a la vida privada o a la esfera de intimidad del actor, sino más bien tiene que ver con su actuación profesional y sectorial, cuya relevancia pública, dentro del estrecho marco cognoscitivo propio de las medidas cautelares, no es posible descartar.

En efecto, no es un dato menor la circunstancia de que el señor C., a través de CAME, presida “...un espacio gremial empresario donde se escuchan las voces de todos los empresarios de la República Argentina...”, y que desde allí, lograra “...instalar las problemáticas de las PYMES en las agendas políticas de los últimos gobiernos...” (confr. punto 4.1, escrito de inicio).

VIII. Corresponde, entonces, revocar la medida cautelar recurrida, con costas de alzada en el orden causado, atento a la naturaleza de las cuestiones planteadas.

Por ello, el Tribunal resuelve: revocar la resolución apelada. Costas por su orden (art. 68, segundo, párrafo, Código Procesal). La doctora Medina no interviene la presente en virtud de la excusación formulada a fs. 155. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Ricardo V. Guarinoni.* — *Alfredo S. Gusman.*