

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Contribuyente», del Particular o de otro folleto similar? ¿Ha recurrido usted a la ayuda de un pariente, amigo, vecino o a cualquier otra persona no retribuida? ¿Ha llamado a una persona retribuida (consejero, fiscal, contable, etc.) ?" A la primera pregunta, afirmativamente, contestó el 44 %; a la segunda el 18 %, a la tercera el 16% y a la cuarta el 22 %. Y refiriéndose a las necesidades de hacerse asesorar, en la página 206 formula estas preguntas: "¿Por qué se ha visto obligado a buscar la asistencia de un especialista retribuido? ¿Por economizar tiempo? ¿Para descargarse de un trabajo complicado? ¿Para mejorar sus relaciones con el fisco? ¿Por otras razones?" Contestaron esta encuesta: por economía de tiempo el 29%; por la supresión de un trabajo complicado el 66 %; por mejorar las relaciones con el fisco el 63 % y por otras razones el 4 %. (Se hace notar que la suma de las respuestas sobrepasó el 100 % porque algunos indicaron dos razones y a veces tres).

He considerado interesante referirme a la obra que pude consultar por la razón indicada, que no se puede conseguir en las librerías de plaza ni la hallé en la Biblioteca del Colegio de Escribanos, dado que su lectura me ha permitido llegar a la conclusión de que las oficinas recaudadoras de tributos de todo el orbe deben ser similares a las nuestras y que la cojera de los contribuyentes es universal.

LAS SOCIEDADES DE "CAPITAL" Y EL "NOTARIADO" (*) (187)

RAÚL R. GARCÍA CONI

SUMARIO:

I. Consideraciones preliminares. - II. Sociedades de personas y de capital (comparación con los derechos personales y reales en cuanto al interés de los tercero). - III. Cautela reformista. - IV. Conveniencia de la escritura pública. - V. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El anteproyecto de ley general de sociedades -según versión extraoficial llegada a nuestro poder - innova con respecto a la forma que debe revestir "el contrato por el cual se constituye o modifica una sociedad", el que "se otorgará por instrumento público o privado" (art. 8º). La escritura pública pasa a ser procedimiento optativo en materia de sociedades anónimas o en comandita por acciones, aunque se reconoce el valor de la autenticidad documental, ya que "la inscripción se hará previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga excepto cuando se extienda por escritura pública, o las firmas sean autenticadas por escribano público u otros funcionarios competentes" (art. 9º in fine) y las sociedades extranjeras "deben protocolizar ante escribano público todos los documentos habilitantes que en esta sección se exige para su actuación permanente" (sección XV, art. 114 in fine).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 166 repite para las sociedades anónimas que podrán "celebrarse por instrumento público o privado" cuando se constituyan por acto único y lo mismo hace el art. 371 para las cooperativas.

Según el art. 169 después de la intervención de la autoridad administrativa "el expediente pasará al juez de registro. . .", con olvido de que en nuestro país sólo hay "juez de registro" en la Capital Federal, y en otras jurisdicciones ese trámite es de la competencia de jueces comunes. El error se reproduce en el art. 171 (1)(188).

Cuando la sociedad anónima se constituye "mediante actos sucesivos" (art. 167) "el acta de la asamblea se labrará por instrumento público" (art. 181), con lo que se tiende a proteger a los suscriptores. También se exige escritura pública para el contrato de fideicomiso.

Tal como ocurrió con el proyecto de reformas a la ley 11867 (2)(189) y en materia de protestos (decreto - ley 5965/63), se intenta dar a los Bancos una intervención ajena a su rol específico, ya sea en el caso de constitución de sociedades anónimas por suscripción pública (art. 172), o en el de emisión de debentures (art. 328) (3)(190).

Pese a que la legislación mercantil es más formalista que el Código Civil, como lo demuestra la transmisión de ciertos bienes muebles en que la posesión no vale título (buques, automotores y aeronaves), o la literalidad de las letras de cambio con sus cláusulas sacramentales, el proyecto subestima la solemnidad fundacional que hoy se requiere para las sociedades anónimas o en comandita por acciones.

En la antinomia existente entre la seguridad y la celeridad, se prefiere ésta a expensas del equilibrio que debe existir entre ambos factores. Por cierto que ni se apetece demasiada velocidad en la constitución de sociedades, que requieren deliberación, ni pueden atribuirse demoras a la formalidad de la escritura pública, por cuanto la faena intelectual y material no disminuye por el solo hecho de utilizar un documento de menor jerarquía.

En esta materia la prevención contra el cuerpo notarial es tan absurda como la actitud del Cabildo de Buenos Aires que, en 1613, impidió la llegada de tres abogados para evitar "el daño que de haber letrado y letrados en este puerto han sucedido porque con su asistencia siempre que los hay no faltan pleitos, trampas y marañas y otras disensiones de que resultaron a los pobres vecinos y moradores desinquietudes, gastos y pérdidas de hacienda" (4)(191).

Se advierte una vez más el desconocimiento de la función notarial que demuestran algunas personas versadas en otras ramas del derecho. Ciertos juristas, entre quienes figuran los autores del proyecto, proceden en base a sus firmes convicciones, quizá algo influenciados por el derecho anglosajón, que no distingue casi entre instrumentos públicos y privados, pero no faltan los que creen que "llevarán agua para su molino, cuando en realidad se está fomentando la creciente intervención de empiristas que no cursaron Derecho y que son los "pescadores de río revuelto".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. SOCIEDADES DE PERSONAS Y DE CAPITAL

No entraremos a discurrir si los estatutos societarios constituyen o no un verdadero "contrato" y si la multilateralidad de otorgantes (que no son distintas "partes") basta para asegurar el equilibrio jurídico entre los intereses en juego, pues entre los intervinientes algunos son más o menos activos y a veces otros se incorporan por adhesión.

La doctrina distingue entre las llamadas sociedades "de personas", cuando todos los sujetos tienen la misma o parecida oportunidad de hacer valer sus derechos, y las sociedades conocidas como "de capital", en que si bien se limita la responsabilidad de algunos aportantes, también se encuentra restringida su voluntad resolutive y el control societario.

En tal sentido hay socios que son poco menos que "terceros", dada la pequeñez de sus atribuciones conductivas y el poco acceso que tienen a los elementos informativos. Son socios realmente pasivos, cuando no aparentes (presta - nombres, personal subalterno, etc.) que se enfrentan al sector mayoritario, y a los que se intenta tutelar a través de la sindicatura, del fideicomiso o de otros órganos de vigilancia.

Falta para estas sociedades, o se reduce a la mínima expresión, ese vital factor aglutinante que se denomina *affectio societatis*. Por eso se cometen muchos abusos que afectan a los socios pasivos (e indirectamente a la buena marcha de los negocios), como cuando el directorio se fija grandes emolumentos, o realiza gastos suntuarios, o se quiere acumular la condición de presidente con la de gerente general (La Ley, noviembre 27 de 1967), etcétera.

Escapa a la intención de este ensayo especificar la importancia social y de desarrollo de las sociedades anónimas, sobre lo cual hay bastante literatura, y se llega a que en algunos países adopten esa forma societaria hasta los cuadros de "fútbol" y partidos políticos opuestos al "capitalismo".

Empero, la prevención popular que de alguna manera existe entre los pequeños inversionistas en materia de sociedades anónimas, se manifiesta de distintos modos. Antes de la ley 13512, por ejemplo, se buscó resolver entre nosotros el problema de la propiedad horizontal mediante sociedades de capital y adjudicando las distintas unidades entre los tenedores de acciones (o cuotas de sociedades de responsabilidad limitada), pero el sistema no satisfizo psicológicamente y no pasó de ensayo.

Procuraremos establecer un paralelo entre las sociedades de personas y las de capital, por una parte, con los derechos personales y reales, por otra parte. Ambos grupos ofrecen al observador similares características distintivas.

Cuando los socios son "personalmente" responsables, sin limitación de su patrimonio, los terceros contratantes sopesan tanto su solvencia pecuniaria como la moral, la idoneidad técnica y la aptitud comercial, y en consecuencia el vínculo obligacional se circunscribe a ámbitos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reducidos, al conocimiento y estimación personal (a veces juega la intuiti personae).

Distinto es lo que sucede en las sociedades en que la responsabilidad de sus integrantes se limita al "capital" prometido. En estos casos el crédito no reposa en calidades personales, sino en otros factores de garantía, que por lo general se traducen en el cumplimiento de ciertas formalidades, que comienzan en el plano documental.

La convivencia jurídica exige mayor esmero en el cuidado del crédito cuando el acreedor no "elige" al deudor, o la persona de éste puede variar, es decir cuando potencialmente el obligado se "despersonaliza".

Es verdad sabida que los derechos reales afectan, o pueden afectar, a quienes no intervinieron en el vínculo comercial cuando éste fue creado.

A veces los derechos reales son precedidos por los derechos personales, y también puede suceder que nazcan juntos. El ideal, a nuestro juicio, consiste en que la metamorfosis entre el derecho personal y el real se produzca cuanto antes, lo que no obsta a la coexistencia de ambos, ya que subsiste de todos modos la obligación de tipo personal (evicción y saneamiento, ejecutabilidad de otros bienes, etc.) (5)(192)

Lo que importa es que el acreedor pueda ejercer el ius perseguendi o el ius preferendi quienquiera sea el tenedor de la cosa cuando se trata de obligaciones propter rem (6)(193). Para obtener este resultado sin que se cometan abusos que perjudiquen a "terceros" se exigen formalidades especiales relacionadas con la constitución y la publicidad de los derechos reales, y puesto que éstos son oponibles a terceros se utiliza generalmente documentos con efectos erga omnes de modo tal que resulten insospechados y nadie pueda dudar de su autenticidad comercial ni de su antigüedad en cuanto a la fecha originaria.

En el campo de los derechos reales, el crédito (como "con - fianza") se fortifica, pasando a segundo plano la persona del deudor, que puede hoy ser uno y mañana otro. También en materia de sociedades de capital los acreedores (inclusive los accionistas) deben tener un mínimo de seguridades de que la empresa fue sometida a calificación intrínseca y extrínseca (notarial y registral, respectivamente) para que no tenga vicios congénitos y para que los directores contemporáneos o futuros no puedan cometer abusos.

III. CAUTELA REFORMISTA

La prudencia que debe caracterizar a todo régimen de sociedades y particularmente a su reforma, ha sido expuesta con elocuencia por Carlos José Varangot (7)(194), quien cita la opinión de Joaquín Garrigues y Díaz Cañabate de que "nunca se ha creído que el nacimiento de una sociedad anónima sea un acto jurídico puramente privado" (8)(195) y también menciona la solicitada del Consejo Federal del Notariado Argentino en que se expresa: "Se descodifica al país. Cualquier enmienda requiere un prolijo estudio para conservar la organicidad y esa elaboración no debe ser el fruto inmaduro y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

circunstancial de comisiones ad - hoc que a lo sumo representan una determinada corriente doctrinaria, máxime cuando ésta se encuentra controvertida por personas de tanta autoridad científica como los modificadores" (9)(196).

El apartamiento de la tradición argentina en materia constitutiva de cierto tipo de sociedades, no debe ser inconsulto y por el contrario, toda política revisionista requiere meditaciones y estudios, escuchándose a quienes poseen autoridad y experiencia en asunto tan delicado.

No es admisible repetir errores como el cometido al sancionarse la ley 11645 sobre sociedades de responsabilidad limitada, en que las motivaciones que relegaron a la escritura pública, haciéndola optativa, no tienen nada de jurídicas y resultan del siguiente diálogo parlamentario: "Senador Sánchez Sorondo: Propondría a la Comisión que se sirviera aceptar que estas sociedades sólo pueden constituirse mediante instrumento público. Senador Bravo: ¿Qué inconveniente encuentra el señor Senador en que fueran privados, si se van a inscribir los contratos? Senador Sánchez Sorondo: ¿Y qué inconveniente habría en que sean públicos? Varios Senadores: Es mucho más barato" (10)(197).

IV. CONVENIENCIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA

Sorprende de veras el afán de prescindir del documento indubitado por excelencia: la escritura pública, cuya aplicación como elemento fundacional campea en el derecho comparado (11)(198).

No sólo se cuida en la mayoría de los países civilizados (salvo en los que no han desarrollado el instrumento público) el nacimiento eugenésico de las sociedades anónimas, sino que se propende a que las actas de asambleas en que se resuelven cuestiones de importancia se formalicen en documento notarial (12)(199).

En la VI Jornada Notarial Argentina (La Plata, 1953) se exaltó la conveniencia de que los contratos de sociedad se realicen exclusivamente por escritura pública. En un trabajo que presentáramos entonces invocamos las siguientes razones:

"Razones de tutela jurídica: Necesidad de proteger a los otorgantes de la ignorancia, propia o ajena, o de la mala fe.

"Razones de paz social: La sociedad y el Estado tienen especial interés en que no se altere la convivencia jurídica y en que la contratación marche siempre por cauces tranquilos.

"Razones de economía judicial: La escritura pública es un instrumento de precisión comparada con un instrumento privado, más o menos burdo, y por ello a mayor intervención notarial lograremos menor recargo judicial. Como el Registro Público de Comercio depende del Poder Judicial (art. 34, Cód. de Com.) interesa especialmente destacar este tipo de argumentación.

"Razones de política impositiva: El escribano es el principal agente de percepción tributaria instrumental y su mediación evita las evasiones tan frecuentes en los instrumentos privados.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Confiados como están a un especialista de derecho y en virtud de sus atributos especiales, las escrituras públicas se encuentran a cubierto de vicios congénitos (valor forma) y de impugnaciones futuras (valor prueba)

"La institución notarial, además de su función configuradora y antilitigiosa, actúa como reguladora de la contratación y de las manifestaciones unilaterales de voluntad, orientándolas y evitando su excesiva proliferación" (13)(200).

El remanido argumento del costo de la escritura pública, único invocado - como si el instrumento privado naciera por generación espontánea y gratuita - carece de seriedad jurídica y a lo sumo justificaría una adecuación arancelaria, como la establecida en la provincia de Buenos Aires que distingue los casos en que el notario haya redactado los estatutos o se limita al quehacer fedatario (art. 4º, ley 6925) y exime de aportes previsionales a las escrituras societarias (art. 6º, inc. i, ley 6983), o en Tucumán (decreto 844, de 11/10/67) o la que procura lograr desde hace varios años el Colegio de Escribanos de Capital Federal.

V. CONCLUSIONES

No hemos escuchado ni leído ningún argumento de prestancia jurídica en contra de la escritura pública fundacional de sociedades "de capital", ni a favor de la "libertad de formas" en asunto tan delicado. Por el contrario, existe consenso general de que deben cumplirse ciertas solemnidades hasta llegar a la inscripción en registros especiales. Se requiere siempre legitimación y publicidad, conceptos que se complementan y refuerzan, pero que no deben confundirse, pues el notario y el registrador no pueden suplirse recíprocamente ni por terceros.

Trazando un paralelo entre los derechos y obligaciones societarios con los derechos reales y los intereses comunitarios, hemos señalado la conveniencia que para los "terceros" significa el correcto nacimiento de una sociedad, sobre todo cuando ésta es de "capital" y se limita la responsabilidad de personas desconocidas.

El registrador, aunque sea juez, no puede ex post facto extender su facultad calificadora más allá de un examen somero y extrínseco; puede rechazar pero no corregir ni prevenir, por cuanto la calificación intrínseca del documento debe producirse en "estado naciente" como única manera de asegurar su viabilidad.

En su actuación profesional el notario no pretende exclusividades y sabe que como él hay otros operadores del derecho con quienes comparte tareas de consultor y redactor jurídico. Pero no admite que otras personas pretendan transitar en una zona reservada a determinados universitarios, escudándose en el incógnito. Como fedatario sí quiere que se reconozcan sus prerrogativas funcionales.

La autoría del documento tiene que ser inequívoca y la intervención de otros juristas debe ser acreditada por el notario, vale decir que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actuación de ambos podrá ser promiscua, distinguiéndose entre la tarea intelectual y la específicamente fedataria.

Está bien el "anonimato" de los socios, pero no debe admitirse el de los redactores practicones, que sólo encuentran cauce en el instrumento privado, que es "privado" no sólo en contraposición al público, sino en cuanto carece de los atributos de éste.

SENTENCIAS FORENSES DE INTERÉS NOTARIAL

I ESCRITURAS PÚBLICAS. - Testimonios. Fotocopias

DOCTRINA: No procede aceptar como suficientes para acreditar vínculos y dictar declaratoria de herederos las fotocopias de testimonios de documentos originales que no se tienen a la vista para la autenticación.

Cámara 1ª de Apelaciones de Mar del Plata.
AUTOS: CALCOEN, FRANCISCO J. L., SUC.

2ª Instancia. - Mar del Plata, mayo 11 de 1967.

1ª ¿Es justa la resolución apelada?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. - El doctor Larraín dijo:

1º En estos autos sucesorios, sobre la base de la partida de defunción de fs. 3, de las partidas extranjeras de fs. 4, 6 y 27/8 y de los documentos de fs. 8/10 y 30/32 certificado el primero por el juez de paz de esta ciudad y el segundo al parecer por el secretario del Juzgado Federal de Azul, el apoderado de los pretendientes a la herencia solicitó declaratoria de herederos a fs. 37 y con la oposición del agente fiscal de fs. 38 vta. en la que insistió corrigiéndola a fs. 40 vta. ante la reiteración de parte de fs. 39/40, repetida y ampliada a fs. 42/43, el a quo rechazó las objeciones del Ministerio Público mediante la siguiente resolución: "Por los fundamentos del escrito que se provee (art. 24, Cód. de Proced.) considéranse auténticas de sus originales las - fotocopias de fs. 8/10 y 30/32 (art. 82, Cód. Civil: art. 41, decreto 13118/53; Salas «Código Civil anotado», t. I, pág. 569, N° 1, cita al art. 1006 y art. 979. inc. 2º. Cód. Civil)".

Corrida nueva vista al mismo agente fiscal, éste apeló mediante el escrito fundado de fs. 47/49, cuya devolución ha solicitado el letrado apoderado de los presuntos herederos intervinientes.

2º Cabe, pues antes de entrar al fondo del asunto, decidir si en los recursos en relación puede fundarse la queja en el escrito en que se lo interpone, pese a lo dispuesto en el art. 271 del Cód. de Proced., o si cabe cumplir con dicha norma devolviendo tal escrito dejando constancia de la interposición del recurso por no haberse limitado el mismo a la mera deducción de ese remedio procesal, pues sobre ese tema versa la pretensión de fs. 50/51.