

# LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL MUNDO DEL DERECHO COMERCIAL

**Eduardo M. Favier Dubois (h.) \***

## I. Introducción

El análisis de la función notarial en el mundo del derecho comercial impone brindar, en primer lugar, un panorama sobre el origen, evolución y estado actual de esta rama del derecho, para luego considerar la actuación del notario en sus diversos ámbitos, con especial referencia a las sociedades, los contratos, los títulos de crédito y los concursos y quiebras, aventurando opiniones sobre el desempeño futuro.

## II. El derecho comercial

### 1. Origen y principios

En el marco de una organización feudal, con una economía agraria limitada a la satisfacción del consumo comarcano, una producción de bienes artesanal y un comercio reducido a los cambios locales, se conforma una estructura estamental de la sociedad en la que florecerán las asociaciones de los artesanos y mercaderes. Son las corporaciones de artes y oficios motivadas por fines diversos, religiosos, mutualísticos, de organización de sus actividades y defensa de sus intereses <sup>(1)</sup>. En estas libres asociaciones que desde un modesto origen incrementan su poder hasta el punto de alcanzar a dominar la vida económica y en algunos casos llegar a controlar el gobierno de la ciudad, según lo ocurrido en algunas comunas italianas, surge un nuevo derecho de la producción y de los negocios, el *ius mercatorum*.

Resulta esclarecedor para una comprensión de los lineamientos de este derecho naciente señalar los caracteres que destacan su particularidad en el derecho privado.

Se trata de un **derecho profesional**, de clase en cuanto concierne al ejercicio de

---

\*Juez Nacional

una actividad. A partir de un núcleo que se conforma con el estatuto de los sujetos que la cumplen, su organización asociativa, su habilitación para el oficio o arte, van emergiendo las normas a que se sujeta su desenvolvimiento, las reglas de sus relaciones y la forma de solucionar sus controversias. La comercialidad que delimita la aplicación de este derecho deriva siempre de la presencia o actuación del profesional, matriculado, de hecho o fictamente asimilado, en cuestiones calificadas por la *causae mercaturae*, extendidas luego a las que lo fueron *occasione mercaturae*, esto es por conexidad.

Así se fue conformando un derecho del mercado y del tráfico, de la producción de bienes y de la intermediación o de los cambios, que tendrá como gran protagonista al comerciante, sujeto de la iniciativa económica, dada su hegemonía en esa época de prevaleciente producción artesanal de los bienes. Sin perjuicio de la adaptación de clásicos contratos de derecho civil, arquetípicamente la compraventa, surgen figuras, institutos y contratos nuevos. Los transportes y los seguros, bajo evidente influjo de las reglas aplicadas en el tráfico marítimo, los negocios bancarios, la letra de cambio, la quiebra, las matrículas o registros, los libros de comercio, las marcas públicas o corporativas y las marcas particulares, son algunas de las innovaciones que aporta el nuevo derecho.

En segundo lugar se destacará la singularidad de este derecho en cuanto proviene de **fuerza privada**. A partir de las mismas corporaciones en que se desarrolla y que, al decir de Asquini, fueron “libres asociaciones de particulares” o espontáneas “fusiones de hombres”, como dijera Mossa, las reglas de su organización y de sus negocios tienen fuerza privada tanto en sus usos y costumbres como en la jurisprudencia de la justicia corporativa.

No es un derecho emanado de la soberanía del príncipe sino de las prácticas nacidas del comportamiento de los mismos artesanos y mercaderes interesados; *consuetudo vel stylus mercatorum*. De ahí que la primera literatura de este derecho estuviese constituida por recopilaciones de costumbres como la *Consuetudo mercatorum* de Génova (1056) o el *Constitutum usus* de Pisa (1161); que será sucedido por una doctrina que recoge la jurisprudencia elaborada sobre esa costumbre, a menudo incorporada, para esa época, a los estatutos de las corporaciones o aun a los estatutos de las ciudades cuando los mercaderes lograban poder político para ello.

Con lo dicho ya queda anticipado otro de los caracteres de este derecho, que es el influjo que tuvo como fuente la jurisprudencia emanada de una **jurisdicción privada**. Las corporaciones organizaron sus propios tribunales para resolver los litigios que resultasen de las actividades profesionales de sus integrantes. Esta justicia se integró con jueces comerciantes, lo que otorgaba garantía de idoneidad respecto de las cuestiones que debían resolver; fue la justicia de los pares, en la solución de conflictos derivados de negocios generalmente simples, respecto de los cuales solía ser determinante la aplicación de las prácticas en las que eran expertos tales jueces. Pero también tenía una ventaja considerable esta jurisdicción por la informalidad que permitía resolver sumariamente, *sine strepitu et figura iudicii*. A lo que todavía se sumaba que las decisiones se fundaban en equidad o, según la fórmula hispánica que recoge el capítulo I, número VI de las Ordenanzas de Bilbao de 1737, “la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de Mercaderes”.

Bajo la flexible formulación de los fundamentos, se dejaba abierto un vasto ámbito a la creatividad de estos tribunales privados, muy próximos a los árbitros arbitradores, que consolidaban jurisprudencialmente las prácticas mercantiles y sentaban algunos principios o reglas que contribuían a dotarlas de eficacia o solidez, no en contradicción pero sí al margen del *ius commune*. Y tal fue el influjo de esta jurisprudencia emanada de la justicia de los cónsules, que caracterizada doctrina llega a sostener el origen procesal o jurisdiccional de la materia comercial (La Lumia y Ferrara). Se lo admita o no, parece innegable que al lado de los usos resultantes de la iniciativa negocial, las decisiones de esta justicia privada constituyeron el aspecto más dinámico del nuevo derecho.

Por último, pero no por ser el menos importante de los caracteres, ha de tenerse en cuenta que el derecho comercial tiende a la **uniformidad internacional**. Tan señaladamente se destaca este perfil, que Benvenuto Stracca, el más antiguo de los tratadistas italianos, pudo referirse en el siglo XVI al derecho mercantil como un *ius gentium*. Es de destacar que la nota de universalidad o internacionalidad ya tendiese a manifestarse en tiempos anteriores, en épocas de comunicaciones mucho más precarias e intercambios menos cuantiosos y complejos. Así, conforme a la enseñanza de U. Enrico Paoli (citado por Ferrara hijo), en Grecia se distinguía el derecho de la *polis* y el derecho del tráfico, que se desarrollaba principalmente por mar, conforme a normas consuetudinarias de carácter internacional. También en Roma el *ius gentium* que aplicaba el *praetor peregrinus*, respondía, según la explicación de Ascarelli, a la necesidad de elaborar instituciones para satisfacer las exigencias internacionales; ello sin perjuicio de recordar que, como lo sostuviera Valeri, no hubo en Roma una contraposición entre *ius civile* y *ius gentium* por la elasticidad del sistema judicial romano que permitía una constante renovación del derecho privado, apoyada en las facultades del *praetor urbanus* para adoptar las normas del *ius gentium* que aplicaba el *praetor peregrinus*, lo que daba una cierta uniformidad de disciplina a un derecho que conoció, sin embargo, numerosos institutos propios de los negocios que posteriormente se calificarían como mercantiles.

La índole cosmopolita de los mercaderes, la necesidad de intercambios que transpusieran las fronteras de los feudos y especialmente los periódicos encuentros de las ferias, propendieron a la unificación internacional de las reglas del nuevo derecho, circunscribiendo acentuadamente las peculiaridades locales de las prácticas políticas y los usos. La actividad mercantil, explica Galgano, queda vinculada al ámbito local del mercado sólo en cuanto concierne a la producción de los bienes, pero en cambio está marcada por el carácter ultracomunal en lo relacionado con la distribución de los productos y, en razón de ello, ésta será gobernada por reglas jurídicas de un derecho profesional ultracomunal. Es particularmente en las ferias donde se elabora un derecho común a toda la cristiandad, el *ius nundinarum*, base de un derecho tendencialmente uniforme que conocerá una progresiva expansión en todos los mercados y, al margen del derecho de fuente estatal, constituirá la *lex mercatoria*, el derecho de la clase mercantil.

Con estos caracteres se manifestarán ciertos principios y algunas reglas que dan organicidad a la disciplina. Una gran amplitud para la libertad de los cambios y de la iniciativa negocial, acompañada por el aligeramiento de las formalidades contractua-

les, el refuerzo y la seguridad del crédito en cuanto aplicado a fines productivos, la tutela de la confianza, el rigor frente al incumplimiento y la rapidez característica de las operaciones. Innovaciones negociales o adaptaciones de contratos tradicionales, institutos, figuras y disciplinas específicas a las que ya se hizo alusión, resultan expresivos de esos principios. La severidad con los incumplientes, la simplicidad en la configuración de la mora, la solidaridad pasiva, los procedimientos concursales que sustituyen a las persecuciones individuales operan como contrapeso y garantía frente a la flexibilidad negocial, al establecer una dureza de tratamiento que originó la eficacia del apercibimiento que importaba el *rigor nundinarum*. A su vera actuaban las reglas del estatuto corporativo, con sus matrículas habilitantes, su regulación de las relaciones de trabajo, las técnicas que amparaban la calidad de la producción, como la marca, la tutela del consumidor. En los burgos medievales, constituidos en centros de producción, intercambio y consumo y en las ciudades marítimas que conquistan rutas para el transporte, florecerá lo que Ascarelli denominó una civilización del trabajo libre, en contraposición con la tradicional del trabajo servil que subsistirá en el agro.

## 2.El notario en la época del nacimiento del derecho comercial

En el punto cabe destacar, por un lado, la importancia social de los notarios, que superaba a la de los comerciantes más encumbrados.

En efecto, en 1228 Ranieri di Perugia había fundado, en la Universidad de Bolonia, la primera “escuela notarial”, dando lugar a su obra *Summa artis notariae* al considerar a lo notarial como un arte, lo que implicaba elogioso abolengo en la época <sup>(2)</sup>.

Los sectores de la población reunidos en siete corporaciones que integraban las artes mayores eran los que gozaban de especial consideración entre los habitantes.

Entre ellas, luego de la corporación de los jueces, estaba la de los notarios. A ellos seguía la corporación de los mercaderes de paños extranjeros, los banqueros, los fabricantes de paños de lana, los médicos y drogueros, los fabricantes de sedas y mercería, y los peleteros.

Por otro lado, debe señalarse que desde el inicio se excluyó del comercio a las transacciones sobre inmuebles que, por su vinculación con el feudalismo y la nobleza, fueron consideradas siempre civiles y, en su momento, sujetas a intervención notarial.

Tal exclusión da todavía fundamento a la regla del art. 452 inc. 1º del Código de Comercio, que excluye de la compraventa mercantil a la que recae sobre “bienes raíces”, aun cuando, como se verá *infra*, la materia inmobiliaria se acerca cada día más a lo mercantil considerándose hoy en día inadecuada la exclusión <sup>(3)</sup>.

## 3. Evolución posterior del derecho comercial

La segunda etapa del derecho comercial se produce una vez consolidados los Estados nacionales en la Edad Moderna, cuando tiene lugar la unificación jurídica y se llega a una concepción moderna de soberanía.

En esta etapa el derecho comercial no tendrá fuente privada sino estatal y los tribunales de comercio estarán designados por el rey. La concepción mercantilista degrada la internacionalidad.

Se mantiene el carácter subjetivo y profesional pero a través de un sistema de

coacciones y privilegios legales.

La tercera etapa es la del derecho comercial objetivo: a partir del Código de Comercio francés de 1807 se establece un sistema de actos objetivos de comercio que prescinden de la profesionalidad de su autor, fundados ideológicamente en los principios libertarios de la Revolución Francesa y la supresión de las corporaciones.

Este sistema entra en crisis al finalizar el siglo XIX cuando comienza la cuarta etapa retornándose al profesionalismo originario pero no ya basado en la persona del comerciante sino en la “empresa”, definida por el Código Civil italiano de 1942 como organización de los factores económicos para la producción o intercambio de bienes y servicios destinados al mercado. Y dentro de las actividades de la empresa se destacan, como sustantivos, los “actos en serie o en masa”.

En la actualidad, la materia tiende a denominarse “derecho económico” en tanto ha trascendido el área del derecho privado para comprender materias de derecho público tales como los derechos de la competencia, penal económico, tributario-empresarial, inversiones extranjeras, etc.<sup>(4)</sup>

#### **4. Contenido actual del derecho comercial**

Como categoría histórica, esto es, contingente cuyos alcances los da el derecho positivo en cada período y lugar, el derecho comercial comprende en la actualidad a sus elementos originarios y a nuevos elementos que se han ido sumando.

Así, son centro del derecho comercial moderno “la empresa” y las contrataciones “en masa”. Ello implica incluir en el derecho comercial al estatuto de los comerciantes o “empresarios”, a sus auxiliares, a las sociedades comerciales, a los grupos económicos, a las empresas multinacionales, a los títulos de crédito (materiales o desmaterializados), a los concursos y quiebras, a los contratos de empresa, a ciertas organizaciones profesionales como los bancos, las entidades de seguros, las bolsas, etc., a la regulación de los mercados de capitales, de la competencia, del consumidor, de los elementos de la empresa, de la propiedad industrial, etcétera.<sup>(5)</sup>

### **III.La función notarial en los diversos ámbitos del derecho comercial**

Sin que implique agotar los aspectos, concentraremos el análisis en cuatro materias principales: sociedades, contratos, títulos y concursos.

#### **1.Sociedades comerciales**

En materia de sociedades comerciales pueden distinguirse los siguientes ámbitos de actuación notarial: constitución, precalificación, registración, rúbrica de libros, funcionamiento y extinción de las sociedades.

##### **1.1. Constitución**

Conforme al art. 4º de la ley de sociedades 19550 “el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado”.

Vale decir que, en principio, existe una opción para constituir una sociedad comercial por instrumento público o privado.

Sin embargo, tal opción desaparece y el “instrumento público” pasa a ser obliga-

torio en el caso de las “sociedades anónimas” en tanto el art. 165 de la ley dispone que “la sociedad se constituye por instrumento público...” en el caso de constitución por acto único, esto es, la que no se realiza por “suscripción pública” (arts. 168 a 182 L.S.).

Y como la experiencia nacional carece de antecedentes en materia de constitución por suscripción pública, se llega a que todas las sociedades anónimas deben constituirse por escritura pública.

La misma solución se aplica a las siguientes sociedades:

a) A las “sociedades en comandita por acciones” en virtud de la remisión general del art. 316 L.S. a las normas de la sociedad anónima.

b) A las “sociedades de economía mixta” por la remisión del art. 3° del decreto-ley 15.349 ratificado por ley 12962.

c) A las “sociedades del Estado”, por la remisión del art. 2° de la ley 20705.

Ahora bien, ¿cuáles son las especies de “instrumento público” hábiles para constituir una sociedad comercial?

Sin lugar a dudas, el instrumento por excelencia no es otro que la “escritura pública” (art. 979 inc. 1° del Código Civil), autorizada por “escribano público”.

La doctrina señala además, como alternativa, la constitución de sociedad con los herederos menores de edad en los casos de los arts. 51 y 53 de la ley 14394 (art. 28 L.S.), cuyo instrumento público podría consistir en el acta de la audiencia judicial del sucesorio, y la constitución de sociedad por el concursado con sus acreedores (art. 43 ley 24522), en cuyo caso el instrumento público podría resultar de las respectivas actuaciones judiciales.

Sin embargo, tales casos carecen de aplicación en la práctica por lo que la “escritura pública” es el instrumento consolidado para la constitución de las sociedades por acciones.

Al respecto, cabe señalar que no resulta admisible la práctica de algunas provincias en las cuales se trata de suplir el instrumento público con un instrumento privado agregado a actuaciones que se realizan frente a la autoridad local de contralor societario (art. 300 L.S.), al no cumplirse los requisitos relativos a la declaración de voluntad ante un oficial público actuando en la esfera de su competencia (arts. 980 a 996 del Código Civil) <sup>(6)</sup>.

La sanción por constituir una sociedad por acciones por instrumento privado sería, según Halperín, la nulidad absoluta del art. 17 L.S. al tratarse de un elemento tipificante <sup>(7)</sup>.

Por otro lado debe destacarse que si en alguno de los tipos sociales de instrumento público optativo (“colectiva”, art. 125; “en comandita simple”, art. 134; “de capital e industria”, art. 141; y “de responsabilidad limitada”, art. 146) se aportaran inmuebles (art. 38 L.S.) la constitución que contiene esa transferencia también debería hacerse por escritura pública (art. 1184 inc. 1° del Código Civil), inscribiéndose preventivamente a nombre de la sociedad en formación en el registro que correspondiere (art. 38, tercer párrafo, L.S.).

En los casos de opción por instrumento privado, el principio de autenticidad exigido por la ley (art. 5° L.S.), y la imposibilidad material de que los contratantes comparezcan a “ratificar” su firma ante la Inspección General de Justicia de la Nación, lle-

va a que, en la Capital Federal, las firmas sean autenticadas por escribano público.

De ello se sigue que, en la práctica, *en todos los casos de constitución de sociedades comerciales hay intervención notarial*, sea por la vía de la escritura pública (sociedades por acciones u otras con aportes de inmuebles) o sea por la vía de la certificación de firmas (otros casos de sociedades no accionarias).

## 1.2. Precalificación

En la Capital Federal, y con base en Convenios de Cooperación suscriptos por el Ministerio de Justicia con los tres Colegios Profesionales (Abogados, Contadores y Escribanos), rige un sistema de precalificación profesional de documentos a presentar ante la Inspección General de Justicia de la Nación con las siguientes características <sup>(8)</sup>.

En primer lugar, es de carácter obligatorio a partir del 3-6-95 en virtud del decreto 754/95 del Poder Ejecutivo Nacional.

La intervención profesional está prevista conforme a un régimen particular de incumbencias en cuya virtud el escribano “pre-calificará”, necesariamente, todos los contratos sociales y actos formalizados por escritura pública y, optativamente, en los casos de agregación de documentación de asamblea ordinaria unánime o inscripciones que no impliquen reforma de estatutos o transferencias de fondos de comercio.

En segundo lugar, el contenido de la “precalificación” es análogo al de la “calificación” que debe hacer el organismo encargado de la fiscalización y registración (art. 3° b R. 2/87).

Finalmente, con la precalificación se logra una gran economía del trámite ya que, una vez presentado el instrumento precalificado, intervendrá un solo inspector quien deberá pronunciarse en breves plazos máximos de despacho (art. 4° a, Resol. 2/87).

## 1.3. Registración

Conforme al art. 5° de la ley 19550 “el contrato constitutivo o modificatorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social...”.

La legitimación para rogar la inscripción corresponde, naturalmente, al representante contractual o estatutario de la sociedad, pudiendo designarse mandatarios especiales en el propio acto a inscribir (art. 167 *in fine* L.S.).

En las jurisdicciones donde la autoridad que ordena la inscripción es judicial se discute la posibilidad de que la registración sea pedida por el escribano autorizante del documento, facultado expresamente o no, por no ajustarse a las normas procesales locales en materia de procuración y patrocinio letrado.

Por nuestra parte, no dudamos de la facultad de pedir la inscripción por parte del escribano, por ser también un deber del mismo como autorizante, debiendo adecuarse las normas procesales a las particularidades del Registro y no lo contrario <sup>(9)</sup>.

Donde el Registro está en manos de la autoridad administrativa se reconoce la facultad del notario para solicitar la inscripción, tal como ocurre en la Capital Federal, con independencia de que precalifique o no al documento.

En conclusión, el escribano tiene siempre la facultad de solicitar la registración del documento que autorizó.

Por otro lado, cuando el documento que se presenta tuvo intervención notarial se

producirá una ventaja para las partes ya que registrará la regla de retroactividad de los efectos de la inscripción a la fecha del documento notarial si se presentó dentro de los quince días del art. 39 del Código de Comercio, aplicable a las inscripciones no societarias y a las patrimoniales societarias <sup>(10)</sup>.

#### **1.4. Rúbrica de libros**

El art. 53 del Código de Comercio, reformado por el dec. ley 4777/63, ordena la individualización de los libros en la forma que disponga el Tribunal de Comercio, debiendo cumplir tales disposiciones los comerciantes, los auxiliares y las sociedades comerciales (arts. 33 inc. 2° y 43 del Cód. Com.).

Además, respecto de las sociedades, deben llevar, con las formalidades de los libros de comercio, los denominados libros de “funcionamiento”: actas de órganos colegiados (arts. 73, 249, 290 y conc. L.S.), registro de acciones (art. 213 L.S.) y registro de asistencia a asambleas (art. 238 L.S.).

En Capital Federal, la Inspección General de Justicia, que lleva al Registro Público de Comercio y ha reemplazado al Tribunal de Comercio en esa función (ley 22315), ha dictado la Resolución General 7/95 unificando las disposiciones sobre individualización y rúbrica de libros y disponiendo la rúbrica por escribano de acuerdo con la foja notarial aprobada por Resolución 126/95 de la Secretaría de Justicia.

La rúbrica debe peticionarse ante notario de registro de la Capital Federal, quien deberá completar una foja especial que presentará a la Inspección de Justicia y contra la cual, en caso de no mediar impedimento, se entregará una oblea que se adherirá a la primera página del libro.

Por su lado, en la provincia de Buenos Aires, la Resolución 106/91 admite la rúbrica por escribano mediante acta notarial que contenga los datos respectivos: razón social, nombre y número del libro, cantidad de fojas y certificación sobre el último asiento del libro anterior.

#### **1.5. Funcionamiento societario**

##### a) Reuniones de socios y asambleas

Las deliberaciones de las sociedades comerciales, en principio, no requieren intervención notarial.

En materia de sociedades por acciones, la presencia voluntaria de un escribano, a pedido de algún accionista, resulta un tema controvertido.

Una posición práctica entiende que debe someterse a la decisión de la mayoría y, en caso negativo, desalojarse al escribano del lugar de reunión por tratarse de un domicilio privado.

En cambio, existe una corriente doctrinaria que entiende que el desalojo del escribano implica un abuso de derecho al impedir la constatación notarial de lo ocurrido en la asamblea perjudicando, sin causa, los derechos del socio minoritario <sup>(11)</sup>, a la que corresponde adherir.

En suma, si la mayoría no permitió el acceso del escribano, y no puede éste garantizarse por alguna medida cautelar previa, tal hecho constituirá una presunción desfavorable respecto de la fidelidad del acta en caso de impugnación por tal motivo.

Paralelamente, también se postula una reforma legal tendiente a hacer obligatoria

la presencia notarial en las asambleas, particularmente en la asamblea extraordinaria de sociedades abiertas, tal como ocurre en Italia para todas las extraordinarias conforme al art. 2375 del Código Civil unificado <sup>(12)</sup>.

Otra cuestión vinculada a las asambleas es la imposibilidad de confeccionar acta en el libro del art. 73 L.S. por ausencia del mismo. En tal supuesto, se considera válida práctica la de la asamblea ante notario con cargo de su inmediata transcripción, una vez recuperado el libro faltante o rubricado uno en sustitución.

También hay actuación notarial en la certificación de firma de la carta poder para concurrir a la asamblea (art. 239, segunda parte, L.S.).

Finalmente, cabe destacar la existencia de un proyecto de colaboración notarial con la fiscalización estatal de las sociedades por acciones (arts. 299 y 300 L.S.), mediante la presencia de notarios en las asambleas con carácter análogo al de un inspector de justicia, es decir, como meros veedores administrativos.

#### b) La reforma de estatutos de sociedades por acciones

En caso de sociedades no accionarias, a pesar de que el contrato social constitutivo haya sido hecho optativamente por escritura pública, la doctrina entiende que la reforma puede hacerse por instrumento privado dando prevalencia a la regla del art. 4º L.S. por encima de la del art. 1184 inc. 10 del Código Civil <sup>(13)</sup>.

En materia de sociedades por acciones, donde el instrumento público es obligatorio en la constitución, la cuestión de si éste rige también para las reformas (conflicto art.4º L.S. vs. arts. 165 L.S. y 1184 inc. 10 del Cod. Civil), provocó un áspero debate en la doctrina de la Capital Federal a partir del caso “Cometarsa Const. Metal. Arg. S.A.” (C.N.Com., Sala A, 7-9-78) que, revocando una denegatoria del entonces Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, ordenó la inscripción de una reforma de estatutos de sociedad anónima conformada por la Inspección General de Personas Jurídicas e instrumentada en copias del acta de asamblea y planillas de asistencia, firmadas por el representante legal de la sociedad y certificadas, en cuanto a su fidelidad, firma y personería, por escribano <sup>(14)</sup>.

A los argumentos a favor de la escritura pública sobre seguridad jurídica, accesoriamente respecto de la constitución social y exteriorización de la voluntad social por el presidente ante el notario, se oponían los de ausencia del escribano en la asamblea, consecuente equivalencia entre la fedación de la escritura y la de la copia del acta, y suficiente exteriorización por el pedido de inscripción.

A ese fallo siguieron otros en la misma línea, aun con diversidad de argumentos <sup>(15)</sup>, lo que motivó que la I.G.P.J. dictara una resolución general (3/80, luego recogida por el art. 31 de la resol. 6/80) modificando la anterior vigente (1/75) y reglamentando la inscripción de reformas de sociedades por acciones por instrumentos privados <sup>(16)</sup>, también admitida entonces por el Juzgado de Registro en orden al ple-nario virtual.

Sin embargo, por resolución posterior del 11-12-87 (Nº 9/87) la I.G.J. admite un mecanismo alternativo de instrumentación de la reforma consistente en reemplazar la certificación notarial por declaración jurada del abogado interviniente en el trámite, sobre la base de cuatro fundamentos: a) que no hay fe pública al no estar el escribano en la asamblea; b) que basta con la credibilidad suficiente, lograda también con la

firma del abogado; c) que las inscripciones no son saneatorias; y d) que es necesario simplificar y acelerar los trámites.

Dicho régimen es totalmente criticable al quebrar el principio de autenticidad en la inscripción de las reformas de sociedades por acciones <sup>(17)</sup> en tanto al no inscribir un documento auténtico no se produce el efecto declarativo (presunción de validez) frente a terceros, a quienes bastará negar el acto para obligar a la sociedad a probarlo por otros medios <sup>(18)</sup>.

En suma, la falta de escritura pública en la reforma, más allá de su admisión jurisprudencial, conspira contra su seguridad y permite eventuales impugnaciones.

#### c) Otros actos societarios

Durante la vida de la sociedad comercial pueden tener lugar actos societarios que, por su trascendencia en materia de efectos constitutivos sobre la tipicidad, el patrimonio o la regularidad, requieren escritura pública cuando se refieren a sociedades por acciones.

Son los casos de transformación (art. 74), fusión (art. 82), escisión (88) y regularización adoptando el tipo de sociedad por acciones (art. 22).

## 1.6. Extinción de sociedades

La intervención notarial resulta optativa en materia de acuerdos de disolución (art. 94), nombramiento de liquidador (art. 102), prórroga (art. 95, 1º), reactivación (art. 95, 3º), partición parcial (art. 107) y partición final (art. 109).

Sin embargo, cuando las particiones comprenden a inmuebles la intervención notarial es necesaria para transmitir la propiedad a los socios, sea a título de devolución de capital o sea a título de ganancia final (art. 109).

Dicha escritura exige la comprobación de que fueron depositados en el Registro Público de Comercio tanto el balance final como el proyecto de distribución, aprobados por los socios, como así que el primero arroja pasivo cero (art. 111 L.S.).

## 2. Contratos comerciales

El informalismo propio del derecho comercial reconoce como contrapartida el rigorismo cuando se trata de situaciones que afectan a terceros, casos en los que se acude, contractualmente, a la forma “escritura pública”.

Entre estos casos, cabe mencionar a los siguientes:

a) Contrato de fideicomiso para emitir debentures por sociedad comercial (art.339 L.S.).

b) Contrato de mutuo con garantía hipotecaria, individual o para securitizar, y las respectivas cesiones de carteras (ley 24441).

c) Cesión de patentes (art. 41 ley 111).

Hay también casos de escritura pública como opción expresa prevista por la ley respecto de un instrumento privado certificado o de actuación administrativa, por ejemplo:

a) Reglamento de gestión entre sociedad gerente y sociedad depositaria de Fondo Común de Inversión (art. 11 ley 24083).

b) Contratos de “Acuerdos de Colaboración Empresaria” (art. 369 L.S.) y de “Uniones Transitorias de Empresas” (art. 378 L.S.).

c) Transmisión de propiedad o derechos reales sobre un buque de diez toneladas o más (art.156 ley de navegación), o hipoteca naval (art. 501 L.N.).

Finalmente, hay una gran cantidad de supuestos en los cuales la intervención notarial no está exigida ni nombrada por la ley pero es escogida libremente por las partes en orden a sus notables ventajas.

Entre muchos otros casos pueden mencionarse el depósito notarial de acciones sujetas a prenda o embargo (art. 219, segunda parte, L.S.), o con motivo de transferencia de paquete accionario a plazo, las actas de sorteos de círculos de ahorro, la cesión de facturas comerciales en pago o en garantía de obligaciones o al solo efecto de procurar su cobro (*factoring*), actas de constatación de mercaderías, certificación de formularios de transferencia de automotores, etcétera.

Desde otro ángulo, la actuación notarial adquiere la mayor relevancia en el análisis de las facultades de los representantes societarios para otorgar determinados contratos, civiles o comerciales pero propios de la operatoria mercantil (arts. 1003 del Código Civil y 58 L.S.).

También el documento notarial es valorado en el ámbito del derecho internacional privado para presumir la legalidad de los actos cumplidos en extraña jurisdicción, especialmente poderes comerciales, atento a que se presume que el notario actúa conforme a la ley de su país <sup>(19)</sup>.

### 3. Títulos de crédito

A pesar de que el rigorismo cambiario se logra mediante formalidades solemnes en instrumentos privados, cabe destacar dos ámbitos trascendentes del quehacer notarial.

El primero es el referido al “protesto” de las letras de cambio y pagarés en caso de falta de aceptación o de pago (arts. 63 inc. a, 64 a 67 del dec. ley 5965/63), única forma practicada en nuestro medio frente a la falta de utilización del protesto postal bancario.

Si bien esta actuación ha ido perdiendo vigencia con la generalización de la cláusula “sin protesto” (art. 50 D.L.), se mantiene firme en materia de letras de cambio internacionales.

El segundo ámbito se refiere a los casos de robo, pérdida o inutilización de títulos al portador por más de mil pesos moneda nacional (art. 752 del Código de Comercio) en el cual el notario debe labrar un acta y notificarla al emisor.

Dicha actividad es frecuente en materia de títulos públicos al portador cotizables en bolsa.

### 4. Concursos y quiebras

En este ámbito el notario aparece cumpliendo tres funciones principales.

En primer término, como colaborador del deudor concursado en la certificación de firmas y personerías relativas a la conformación de la propuesta de acuerdo (art. 45 ley 24522).

En segundo lugar, como auxiliar judicial en los procedimientos de clausura del establecimiento y oficinas, incautación e inventario de los bienes del fallido, dado que pueden confiarse a un escribano (art. 177 L.Q.).

Y, en tercer término, como autorizante en las escrituras de enajenación de inmuebles de la quiebra, sea en interés de la propia quiebra en los casos de venta directa (art. 213), o en interés del adquirente cuando éste opta por la escritura pública de protocolización de la subasta (art. 208).

Ello, sin perjuicio de destacar el análisis que debe efectuar el notario, en su función cautelar como operador del derecho, ante cualquier acto que autorice (v.gr.: venta o hipoteca), de una situación de eventual cesación de pagos del vendedor o hipotecante que pudiera llevar a la ulterior declaración de ineficacia (arts. 118 y 119 L.Q.).

#### **IV. Presente y futuro del notario en el derecho comercial**

De los análisis precedentes resulta que el notario, que fue en principio ajeno al derecho comercial, desarrolla hoy una gran cantidad de funciones en el ámbito societario nacional y que algún retroceso en la práctica (v.gr.: reformas de estatutos de sociedades por acciones) fue superado ampliamente por otras incumbencias (v.gr.: precalificación profesional, rúbrica de libros, etc.).

Por otro lado, las modernas orientaciones europeas exigen la intervención notarial en la constitución de las sociedades como garantía del control de legalidad cuando éste no es provisto por el Estado <sup>(20)</sup>, y la presencia, como se vio, del notario en algunas asambleas <sup>(21)</sup>.

En materia de contratos, títulos y concursos, la función notarial no viene impuesta por la ley en la misma medida. Sin embargo, se advierte día a día un proceso de mayor intervención vinculado, no sólo a las ventajas de su actuación en el ámbito doméstico, sino también a las exigencias de certeza que imponen las relaciones internacionales.

Finalmente, se advierte cada vez un mayor desarrollo notarial en el ámbito, no ya de la fedación pública, sino del asesoramiento en los negocios con posible proyección, inclusive, en materia concursal por vía de los procedimientos privados de “acuerdo preventivo extrajudicial” (art. 69 L.Q.) y de “avenimiento” (art. 225 L.Q.).

Es que en el mundo de los negocios donde cada vez se valoran más los entendimientos, la mediación y las transacciones para superar los conflictos, evitando el litigio, el notario tiene, como operador tradicional de la paz y de la seguridad jurídica y como moderno perito en ciertas áreas del derecho, un rol trascendente a desarrollar.

Hacemos votos para que el centenario de la Revista del Notariado implique un fructífero llamado a la reflexión sobre este desafío.

#### **Notas**

1 Seguimos en esto el esclarecedor trabajo de nuestro maestro Jaime Luis Anaya en *La unificación del derecho privado. Un replanteo necesario*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs.As., anticipo de *Anales* año XXXV, segunda época, N° 28, págs.8 y sgtes.

2 Ver Pondé, Eduardo Bautista, *Origen e historia del notariado*, Ed. Depalma, Bs.As., 1967, pág. 152, Nros. 4 y sgtes.

3 Ver Fernández, Raymundo L. y Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial*, Ed. Depalma, Bs.As., 1986, t. III-A pág. 341.

- 4 Ver Anaya, Jaime L., *Código de Comercio*, OMEBA, Bs.As., 1965, t. I, págs. 42 y sgtes.
- 5 Ver Fontanarrosa, Rodolfo, *Derecho Comercial Argentino*, Zavalía Editor, Bs.As., reedición 1992, pág. 25, Nros. 7 y sgtes.
- 6 Ver contra esa práctica: Gutiérrez Zaldívar, Álvaro, *La forma de constitución, adecuación y modificación de las sociedades por acciones*, en LL, t. 147, p. 1402.
- 7 Ver Halperín, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Bs.As., 1974, Ed. Depalma, pág. 63. Sin embargo, aun en esta posición, creemos que si hubo efectivos aportes y actividad social existe un substracto subsumible en una sociedad de hecho que, como tal, puede ser regularizada mediante escritura pública saneatoria (art. 22 L.S.).
- 8 Ver nuestra obra *Documentación y Dictámenes ante la I.G.J.*, Ed. Errepar, Bs.As., 1996, pág.15.
- 9 Ver los sólidos fundamentos dados por Juan Alberto Gardey en *El contrato y su inscripción en el Registro Público de Comercio*, en *Revista del Notariado*, N° 655, enero-febrero 1961, pág. 33.
- 10 Ver nuestra obra *Derecho societario registral*, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 1994, pág. 354.
- 11 Ver Farina, Juan M., *Intervención del escribano público en las asambleas de las S.A. Rev. del Not.* 902 pág.66 y *Acta de asamblea de sociedades comerciales. Los grabadores. El escribano público*, en L.L. 1987-C-669; Scala, Carlos H., *La actuación notarial en las asambleas societarias* en *Rev.del Not.* N° 898 pág. 715; Solari Costa, Osvaldo, *Asambleas de sociedades anónimas: intervención notarial* LL año LV N° 192, 8-10-91, pág. 1.
- 12 Ver el trabajo de Solari Costa citado en nota anterior.
- 13 Ver C.N.Com., Sala D, 27-12-79 “Fortín de Gainza S.A.”, ED 87-243.
- 14 Se pronunciaron a favor del instrumento privado, entre otros, Víctor Zamenfeld (*A propósito del instrumento público en las reformas del contrato constitutivo de sociedades por acciones* LL 1978-D, pág. 54), Horacio Fargosi (*Reforma de estatuto, acta de asamblea, escritura pública*, LL 1978-D, 1025), e Ignacio A. Escuti (h.), (*La interpretación de la ley y el art.165 de la ley de sociedades argentinas*, LL 1979-A, pág. 74. Ver a favor de la escritura pública *El estatuto de la sociedad por acciones- Su modificación- Fallos- Doctrina crítica*, Bs.As. 1981, Edit.Col.de Esc. de Capital Federal, de varios autores, prologado y coordinado por Francisco J. Del Castillo. También, Zavala Rodríguez, Carlos J. *Sociedades por acciones. Modificaciones de su estatuto. Escritura pública*, Bs.As., 1981, Edit. Macchi.
- 15 Entre otros, C.N.Com., Sala D, “Ayasa S.A.”, 18-10-78; ídem, “Fortín de Gainza S.A.” 27-12-79 (LL 1980-B,487; ED 87-423); Sala C, 13-2-80 “Serviacero S.A.” (LL 1980-B, 396; ED 87-429), fallo éste último donde se explica el silencio del legislador en materia de forma de las reformas por la propia mecánica de las deliberaciones asamblearias y su particular forma, conformando el acta en libro rubricado una especie particular de instrumento: la “escritura comercial” dotada de cierto valor probatorio.
- 16 Se exigían copias del acta de asamblea que aprobó la reforma, firmadas por los representantes legales de la sociedad, y copias de la planilla de asistencia a la asamblea, también firmadas, con certificación notarial que acredite la fidelidad, la personería y la autenticidad de las firmas.
- 17 En el sistema anterior la autenticidad resultaba de dos eslabones encadenados: el primero constituido por el acta en un libro rubricado con cierta fuerza probatoria (art. 63 Cód. Com.), y el segundo resultante de la escritura pública o certificación notarial. Todo reforzado por la firma del presidente (arts. 73 y 249 L.S.). Ahora, la fedación notarial se reemplaza por un testimonio simple de parte interesada, el letrado, sujeto a impugnación por cualquier tercero y sin presunción de autenticidad a favor.
- 18 Ver nuestro trabajo en *Doctrina Societaria y Concursal*, 12-10-88, t. I, Edit. Errepar, pág. 221.
- 19 Conf.C.S.J.N. Fallos, 48:98; C.N.Com., Sala A, 21-10-65 ED 13-548, entre muchos otros.
- 20 Ver la Directiva N° 1 de la Unión Europea en materia de sociedades comerciales (R.D. C.O., año 1991 pág.364).
- 21 Art. 2375 del Código Civil italiano.