

FUNCIÓN NOTARIAL. CARENCIA DE INCOMPATIBILIDAD*

Doctrina:

- 1) *No es incompatible con la función notarial el ejercicio del cargo de consejero del Consejo de Administración de una cooperativa. Por aplicación del artículo 118 de la ley 20337, el beneficio contenido en el art. 8º de la ley 12990 debe considerarse extensible igualmente al cargo de consejero del Consejo de Administración de una cooperativa.*
- 2) *La excepción del artículo 985 del Código Civil también comprende los actos otorgados por cooperativas en las cuales el notario tenga interés por ser accionista, gerente o director.*

Desarrollo:

Viene a dictamen de la Comisión de Consultas la cuestión planteada por el escribano J. H. A. En su presentación el consultante pregunta, en primer término, si existe incompatibilidad legal entre el ejercicio del notariado y el desempeño como integrante del Consejo de Administración de un banco cooperativo y, seguidamente, si habría prohibición en tal caso de autorizar también las escrituras en el banco en que fuera parte.

Dividiremos, en consecuencia, las cuestiones antedichas tal cual lo formula el presentante.

* Aprobado por el Consejo Directivo en sesión del 24/9/1997 sobre la base de un dictamen preparado por el Esc. Norberto Benseñor.

1.- Compatibilidad o incompatibilidad del ejercicio del notariado con el desempeño del cargo de miembro del Consejo de Administración de un banco cooperativo.

Las incompatibilidades con el ejercicio del notariado son tratadas en nuestra jurisdicción, en el artículo 7º de la ley 12990. De la inteligencia de esta norma, el ejercicio notarial resulta incompatible con el desempeño de cualquier función o empleo, público o privado, retribuido en cualquier forma (inciso a) y también con el ejercicio del comercio, por cuenta propia o ajena (inciso b). Sin embargo, inmediatamente después, el artículo 8º exceptúa de las incompatibilidades previstas en el artículo anterior la actuación por parte de notarios en cargos de directores o síndicos de sociedades anónimas y en carácter de accionistas de las mismas. Posteriormente el decreto ley 9706 suspendió la vigencia del inciso a), en tanto se refiere a la incompatibilidad del notariado con el desempeño de la función pública, que de tal modo deviene en posible.

El citado artículo 8º permite, en consecuencia, ejercer diversas actividades (las expresamente enunciadas) superando la incompatibilidad que se produciría al significar algunas de ellas el efectivo desempeño de funciones o empleos, retribuidos en cualquier forma (aplicación inciso a. del artículo 7º). En el caso concreto, la permisón admite integrar los órganos de administración y/o fiscalización de sociedades anónimas. En otra mención pareciera que el articulado ha pretendido introducir alguna pauta interpretativa de modo de no coartar la participación de notarios como accionistas de sociedades anónimas. Si bien la norma no causa conflicto en la especie, es prudente señalar que adquirir el rol de accionista, en forma alguna, exterioriza el desempeño de funciones o empleos, ni tampoco ejercicio del comercio que resultaría incompatible a tenor del inciso b) del citado artículo 7º. Sobre este último aspecto, la doctrina coincide en indicar que la participación en sociedades no adjudica al socio, por ese solo hecho, el ejercicio del comercio, ni siquiera cuando se ejerce el cargo de director o gerente de la entidad, aclarando expresamente que el carácter de accionista o director no determina la calidad de comerciante por parte de quien se encuentra en dicha posición (conf. Fernández; Gómez Leo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial*, Tomo I, pág. 48; Fontanarrosa, *Derecho Comercial*, pág. 213). Esta postura se aclara cuando se comprende que el accionista es un suministrador de capital mientras que el director, que para su designación ni siquiera requiere ser accionista (art. 256 de la ley 19550), importa actualmente el desempeño de una función o cargo eminentemente técnico, que se cumple en interés de un sujeto de derecho diverso (la sociedad). Precisamente, el artículo 1º del Código de Comercio declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual, concepto que la jurisprudencia ha consagrado reiteradamente al sostener que la calidad de comerciante no resulta del mero hecho de ser integrante de una sociedad (Cám. Com. JA 46, 391; Cám. Fed. JA 72, 546 y L.L. 20, 888; Cám. Civil, Sala D, L.L. 83, 89), ni aun cuando perteneciera al directorio de una sociedad

anónima (Cám. Especial Civ., Comercial L.L. 75, 702; Cám. Com. JA 1964-Y-456; Cám. Com. JA 21, 280).

Si bien es cierto que la ley notarial declara incompatible, también, el ejercicio del comercio por cuenta ajena, nos resistimos a considerar que la naturaleza jurídica del cargo de director implique configurar a quien lo ejerce como ejecutor del comercio por cuenta ajena, sin violentar las diversas doctrinas expuestas sobre la condición del directorio y de sus miembros al respecto (véanse las teorías desarrolladas por Martorell, E. E., *Los directores de sociedades anónimas*, págs. 74 y ss.). Más bien, la calidad de órgano societario que reviste el directorio lo hace ser titular de atributos y funciones que desenvuelve a través de sus integrantes, con marcado corte profesional y técnico, que de por sí desborda la actividad que significa el ejercicio del comercio frente a un derecho societario, para el cual resulta indiferente la existencia o el mantenimiento de un objeto comercial.

Finalmente, la línea conceptual del art. 8º de la ley 12990 pareciera emparentarse con el propio artículo 985 del Código Civil, que a su vez excluye de la prohibición funcional en los actos en que fuere parte el propio escribano por resultar ser integrante de sociedades anónimas, gerentes o directores de ellas.

Sin embargo, las reflexiones precedentes pueden servir de antecedente a los efectos de resolver a su tiempo la situación que puede presentarse cuando el notario pretenda participar en sociedades de otro tipo (no anónimas) o cuando se plantean, como en el presente caso, situaciones donde existen remisiones legales al régimen de la sociedad anónima.

El *status* legal de la “cooperativa” ha quedado escindido con naturalidad del cuerpo orgánico de la ley de sociedades eludiendo, de tal modo, la polémica sobre la calidad societaria o asociativa de la misma, como también su condición civil o comercial. La ley 20337 se limita a categorizarla sólo como “cooperativa” (véase Richard, Escuti, Romero, *Manual de Derecho Societario*, pág. 357). Ello no impide que existan disposiciones como la del artículo 118, que establezcan que, supletoriamente, son aplicables las normas del Capítulo II, Sección V de la ley 19550 (o sea, el de la sociedad anónima), en cuanto “se concilien con las de esta ley y la naturaleza de aquéllas”.

Mediando conciliación de normas y no existiendo contradicción a la naturaleza de las disposiciones societarias, la aplicación supletoria de las normas es operativa.

En orden a la organización de la administración y representación de la entidad, las normas aplicables son evidentemente conciliables. En efecto, la administración de la cooperativa es encomendada por la ley a un Consejo de Administración elegido por la Asamblea periódicamente, no pudiendo exceder la duración del cargo de consejero de tres años (art. 63), en consonancia con las disposiciones equivalentes de la ley 19550 (arts. 255 y 257). Las restantes normas también guardan facción y orientación simétrica con la ley 19550. Por tal motivo concluimos, sin mayor esfuerzo, que existe conciliación de normas que apoyan la supletoriedad en tal tema.

En la inteligencia sostenida es posible considerar, entonces, que el benefi-

cio contenido en el art. 8º de la ley 12990, al exceptuar de la incompatibilidad al desempeño del cargo de director o síndico de la sociedad anónima, debe considerarse extensible igualmente al cargo de consejero del Consejo de Administración de una cooperativa.

2.- Compatibilidad o incompatibilidad del notario, que a su vez es miembro del Consejo de Administración de una cooperativa, en autorizar escrituras en que esta entidad sea parte o tenga interés.

El art. 985 del Cód. Civil, al considerar las incompatibilidades y prohibiciones, ha declarado concretamente que son nulas las escrituras autorizadas por el escribano en asuntos en que tenga interés o sea parte, con excepción si lo fuere en sociedades anónimas, por ser gerente o director.

La razón de haber excluido sólo a estas sociedades puede fundamentarse en que la doctrina considera que esta clase de agrupaciones está formada *intuitu rei* y *no intuitu personae*, como las otras clases de sociedades y, en consecuencia, el interés del notario no es directo sino indirecto. El Colegio de Escribanos ha sostenido que en la sociedad anónima hay un predominio del elemento capital sobre el personal, mientras que en la sociedad de responsabilidad limitada el carácter personal resulta de la cesibilidad restringida de las cuotas del capital, por lo que se concluyó indicando que el escribano no puede autorizar escrituras en que sus parientes dentro del cuarto grado estén personalmente interesados por tener parte en sociedades de responsabilidad limitada (*Revista del Notariado*, año 1948, N° 560, pág. 196).

Pese al citado antecedente, no dudamos en indicar que los argumentos de dicho dictamen han quedado fundamentalmente desajustados, por cuanto en la ley societaria las cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada son cesibles libremente salvo restricción expresa del contrato (art. 152 texto según la ley 22903) en forma similar a lo que acontece en las sociedades anónimas, donde también el estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas (art. 214).

Por otra parte, después de la reforma del año 1968 al Código Civil por la ley 17711, ha quedado definitivamente superada la cuestión relativa a la atribución de la personalidad jurídica de las demás sociedades civiles y comerciales, al quedar todas comprendidas en el artículo 33, segunda parte, inciso 2 del citado cuerpo legal.

Pero dado que no es ésta la cuestión en consulta, prescindimos de profundizar el análisis de esa cuestión, que por supuesto estimamos de contundente vigor y actualidad, para limitarnos al supuesto caso de la cooperativa, donde entendemos que se reproducen con generosidad y amplitud las características *intuitu rei* antes mencionadas por la doctrina, para admitir la exclusión de las sociedades anónimas y que en este caso particular se refuerzan por las siguientes particularidades de la cooperativa:

a) no tiene límite estatutario al número de socios (art. 8º, incisos 2, 3 y 17, inc. 2);

b) tiene capital variable (art. 2º, inc. 1);

c) adjudica un voto por persona y no en función del capital (art. 8º, incisos 5 y 11);

d) la distribución de excedentes es en proporción al uso, no habiendo reparto de utilidades sino retorno del mayor valor del servicio (arts. 2º, inc. 6, 42);

e) el reembolso de las cuotas sociales se hace al valor nominal, en caso de liquidación (art. 94, párrafo 3º);

f) se adjudica el sobrante patrimonial al organismo nacional o provincial de control, según el caso (arts. 95 y 101).

Por tal motivo, concluimos que la excepción del artículo 985 también comprende los actos otorgados por cooperativas en las cuales el notario tenga interés por ser accionista, gerente o director.