

XXX CONVENCION NOTARIAL

Durante los días 21 y 22 de agosto se llevó a cabo, en la sede del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, la XXX Convención Notarial.

Se publican a continuación las conclusiones elaboradas sobre el tema doctrinario así como las soluciones propuestas por los talleres de Derecho Comercial, Tributario y Civil.

Tema doctrinario

Panorama actual de las garantías en el Derecho Privado. Garantías mobiliarias e inmobiliarias. Personales y reales

Coordinador:	Esc. Leonardo Schestenger
Comisión Redactora:	Esc. Leonardo Schestenger
	Esc. Eloísa A. Baca Martínez
	Esc. Ana Lía Díaz Prandi
	Esc. Luciana Botte
	Esc. Verónica Rocchi
	Dra. María Liliana Morón
	Dra. Lucía Fischbarg
Relator:	Esc. Leonardo Schestenger

Conclusiones

1) Atento a la escasa aplicación de la ley 19724, en los nuevos emprendimientos constructivos, se propone a los efectos de lograr un régimen más tuitivo de los adquirentes, por Boleto de Compraventa en la comercialización de

unidades funcionales a construir, la adopción de la figura del FIDEICOMISO como alternativa viable frente a la ley de prehorizontalidad.

2) Para garantizar con acciones societarias créditos pendientes de cumplimiento, se privilegia la figura del fideicomiso frente a la prenda y el depósito, como una modalidad contractual más efectiva por su autoliquidez, por la constitución de un patrimonio de afectación y porque permite regular con mayor flexibilidad los derechos económicos y políticos inherentes a la calidad de socio que se transmite al fiduciario.

3) El contrato de fideicomiso, mediante el cual se transmite la propiedad fiduciaria del paquete accionario o se constituye fiduciariamente el usufructo sobre acciones nominativas no endosables o se cede fiduciariamente el derecho al dividendo, constituye una alternativa viable al momento de garantizar obligaciones. El usufructuario fiduciario podrá ostentar, además del derecho al cobro de dividendos, el derecho a voto sobre las materias atinentes, que expresamente se pacten. Estas garantías obligan a que las partes pacten con precisión la forma en que la fiduciaria ejercerá los derechos políticos, inherentes a la calidad de socio, a efectos de que su intervención en la toma de decisiones societarias no obstruya el desarrollo de la actividad societaria y asimismo resguarde la responsabilidad de la fiduciaria.

4) El contrato de *lease back* es una alternativa legal válida, no sólo de financiación actual, sino que también es aplicable a la refinanciación de créditos preexistentes, aun cuando éstos se hallen garantizados con hipoteca.

5) Por ser el *lease back* un contrato único, se aboga por la eliminación del doble gravamen fiscal, impuesto a la figura.

6) La condición de garantías autoliquidables, que ostentan el fideicomiso y el *lease back*, en ningún caso configura un supuesto de pacto comisorio prohibido por el artículo 3222 y concordantes del Código Civil.

7) Con relación al tema de Prenda Agraria se determinó que el art. 36 de la ley 12962 (decreto ley 15348/46- t. o. 1995), que establece la nulidad de toda convención que autorice al acreedor prendario apropiarse de la cosa prendada fuera del remate judicial o que importe la renuncia del deudor a los trámites de la ejecución en caso de falta de pago, sería de aplicación siempre y cuando dicha convención se formalice en el acto mismo de la constitución. La nulidad que contempla dicho artículo no rige cuando el convenio se concluye una vez vencida la obligación prendaria como tampoco si el mismo tiene lugar antes del vencimiento pero con posterioridad a la constitución de la prenda.

8) La utilización de la garantía de evicción dependerá de los intereses económicos que vinculen a las partes. Asimismo, funciona como una garantía posible para la transmisión de inmuebles provenientes de donaciones a herederos no forzosos. La responsabilidad del enajenante procede objetivamente. La transmisión del dominio fiduciario deberá contemplar la responsabilidad de evicción que asume el fiduciante.

9) Con la reforma introducida al artículo 3876 del Código Civil, que trae aparejado el artículo 76 de la ley 24441 al establecer la posibilidad de conve-

nirse la postergación de los derechos del acreedor, claramente se ratifica la posibilidad de las partes de convenir o negociar con el rango.

De lege ferenda

1. Se propone la creación de un nuevo derecho real, bajo la denominación de Fianza Real, tendiente a proteger el derecho de información que le compete al acreedor sobre el estado jurídico del inmueble o muebles registrables dados en garantía.

2. Se propone la profundización del derecho real de superficie con destino de vivienda urbana para conferir protección y garantía en la adquisición de unidades funcionales a construir o en construcción en la etapa previa a la afectación al régimen de propiedad horizontal.

Informes presentados en los talleres

Durante la Convención se realizaron tres talleres de estudio y análisis que funcionaron sucesivamente. En ellos no se presentan trabajos ni se extraen conclusiones. Lo que se busca son soluciones comunes a problemas. La presentación de los informes al plenario es a efectos de comunicar lo tratado, así como las opiniones.

Taller de Derecho Comercial

Coordinador: Esc. Norberto R. Benseñor
Subcoordinadores: Esc. Agustín M. Ceriani Cernadas
Esc. Alfonso Gutiérrez Zaldívar
Esc. Federico Leyría

1. La reiteración de los actos aislados practicados por una sociedad constituida en el extranjero a raíz de un reciente pronunciamiento judicial.

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en los autos caratulados: “Rolyfar S. A. c/ Confecciones Poza S. A. C. I. F. I. s/ ejecución hipotecaria”, rechazó la acción ejecutiva promovida por un cesionario de un crédito hipotecario originariamente otorgado por una sociedad constituida en el extranjero no inscrita de acuerdo con el art. 118 de la ley 19550 como acreedora, fundándose en que se dio por probado que dicha sociedad había participado en la generación de otros préstamos hipotecarios, razón por la cual la reiteración de dichos actos le privaba de legitimación para intentar esta vía, ocasionando la inhabilidad del título¹.

En el caso se analizaron los distintos considerandos de este pronunciamiento, advirtiéndose, en primer término, que llama la atención la admisión de la excepción de inhabilidad de título, por cuanto ésta debiera ceñirse exclusivamente a las formas extrínsecas del título mencionado, sin que pueda dis-

(1) E.D., 6 de agosto de 2003.

cutirse la legitimación de la causa². Por otra parte, la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero se rige por la ley de su constitución en cuanto a su existencia y forma³. Además, por imperio de los tratados internacionales, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones opera de pleno derecho entre los países que han ratificado dichos acuerdos.

Si bien la legislación local impone para la realización de actos habituales y para instalar sucursales, asientos o cualquier otra especie de representación permanente, la obligación de inscribir el contrato en el Registro Público de Comercio y designar un representante, ello no implica desconocer que por sí solas esas sociedades pueden ejercer actos aislados y comparecer en juicios, confirmando la plena capacidad jurídica.

Amén de ello, tanto la doctrina como los pronunciamientos de los congresos especializados han declarado que la omisión de registrarse o el incumplimiento de los recaudos establecidos solamente ocasionan la ampliación de la responsabilidad de los actuantes en forma solidaria e ilimitada y la aplicación de medidas coercitivas, sin que signifique una mengua a su personalidad o provoquen la nulidad de los actos realizados.

Finalmente, hubo consenso en el sentido de que el fallo resuelve erróneamente la situación del acreedor por no estar ajustado a los principios antes expuestos.

Completando el tema, se citaron pronunciamientos judiciales tales como: “Rosario de Betesh, Enriqueta c/ Rosarios y Cía. S. A. y otro s/sumarísimo”⁴ y “Catena, Jorge Armando c/ Sidney Inversor S. A. s/ medida precautoria”⁵, en los cuales se informa que el incumplimiento de la inscripción del artículo 123, cuando una sociedad participa en otra, provoca la imposibilidad de ejercer, respecto de la sociedad local, los derechos de socio, políticos y patrimoniales hasta tanto se cumpliera con la respectiva inscripción registral⁶.

2. Problemáticas que causan las cancelaciones societarias prematuras. Situación de la sociedad cancelada a la cual restan cumplimentar actos liquidatorios o de partición.

La cancelación registral es la última etapa del proceso liquidatorio y provoca la verdadera extinción de la persona jurídica. Tal como dispone el art. 112, se arriba después de terminada la liquidación, para lo que se debe cancelar el pasivo, realizar el activo (art. 105), aprobar el balance final de liquidación, el proyecto de distribución del remanente (art. 109) y proceder a su ejecución (art. 111). Por tal motivo, mientras no se dé esta secuencia, no puede obtenerse la cancelación. Sin embargo, se han detectado cancelaciones prematuras, es decir que se obtienen antes de adjudicar los bienes remanentes a los socios o

(2) C. P. C. N. Art. 544, inc. 4.

(3) Ley 19550. Art. 118, 1° párrafo.

(4) *E.D.*, t. 99, pág. 72.

(5) *Revista de las Sociedades y Concursos* N° 15, 2002, pág. 250.

(6) *Id. anterior*, pág. 250.

accionistas. Ante esta situación, debiera imponerse como criterio formal la reapertura del proceso liquidatorio para cumplir con las adjudicaciones omitidas. No obstante ello, la Inspección General de Justicia ha declarado reiteradamente que resulta ocioso proceder a la apertura formal del proceso de liquidación al solo efecto de cumplir con la adjudicación omitida, considerando que el liquidador, oportunamente designado, conserva su legitimación a los efectos de cumplir con el acuerdo particionario, siempre y cuando estuvieran aprobados por la asamblea o reunión de socios.

3. Sindicación de acciones como medio de evitar la atomización de una empresa familiar. Análisis.

El pacto de sindicación de acciones es un acuerdo para-societario. Puede adoptar dos modalidades: de bloqueo o de mando. El primero es el que establece mecanismos para que las acciones no puedan ser ofrecidas a terceros ajenos al pacto sin que éstos puedan ejercer el derecho de preferencia para adquirirlas. El segundo es aquel que preacuerda el ejercicio del derecho de voto en los asuntos que se planteen y, sobre todo, en la elección del directorio.

La jurisprudencia ha declarado la validez y licitud de este pacto, teniendo presente que los accionistas pueden hacerse representar por mandatarios en las asambleas y que en las cooperativas son válidas las reuniones sociales por delegados. El pacto no es oponible a la sociedad ni a terceras personas y para su concreción no requiere que sea autorizado previamente en el estatuto.

Se recomienda su utilización para limitar los riesgos de atomizar el elenco social y dispersar las resoluciones sociales.

4. Cláusulas restrictivas para la transmisibilidad de cuotas y acciones. Aplicación al supuesto de fallecimiento e incorporación de herederos.

El artículo 214 de la ley 19550 permite limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas no endosables o escriturales pero no prohibirla. Por tal motivo, el criterio del organismo de control se orienta en admitir cláusulas estatutarias que impongan un derecho de preferencia a favor de los socios ante la venta de acciones a terceras personas.

También han convalidado la exigencia de que las acciones deban transmitirse a personas que ejerzan determinada profesión, cuando ella haya sido impuesta como condición necesaria para participar en la sociedad.

Por el contrario, no se conforman estatutos que contengan cláusulas que supediten la transmisión a la autorización o aprobación discrecional del directorio o de la asamblea.

5. Problemáticas que pueden presentarse en la venta del paquete accionario. Transmisión fiduciaria. Consideraciones prácticas a tener en cuenta.

Se trató específicamente la complejidad derivada de la venta del paquete accionario en los siguientes aspectos:

- a) Necesidad de consignar la proporción de las acciones con relación al to-

tal del capital social, ponderando la toma de control o el grado de participación.

b) El análisis de la consistencia patrimonial de la sociedad y la relación de activo y pasivo, la influencia de los pasivos ocultos y el destino de las contingencias.

c) La adopción de resoluciones sociales que tiendan a integrar el nuevo directorio y aprobar la gestión de los salientes, disponiéndose de los documentos necesarios para posibilitar el cumplimiento del artículo 60 de la ley 19550.

También se analizó la complejidad del carácter de accionista del titular fiduciario de las acciones, en especial en cuanto a que es necesario prever en el contrato de fideicomiso el marco de actuación, facultades y eventuales limitaciones al accionar del fiduciario en los diferentes aspectos del giro societario.

6. La defectuosa redacción en materia representativa de que adolecen los estatutos de las asociaciones, fundaciones, mutuales y cooperativas.

La redacción habitual de los estatutos de asociaciones, fundaciones, mutuales y cooperativas describen las distintas funciones que ejercen el presidente, el secretario y el tesorero, asignando a cada uno de ellos la obligación de firmar los documentos de la institución. Por tal motivo, la representación legal de estas instituciones resulta formulada de modo ambiguo, sin expresarse con la claridad que merece tan importante función externa. Sobre esta base se ha recomendado que, en lo sucesivo, la organización de la representación legal de estas entidades sea formulada en forma expresa y concisa, en cláusula especial, atribuyendo su ejercicio a los miembros que corresponda, según determine el estatuto, independientemente de la descripción de las funciones internas de cada uno de los miembros de los órganos de administración, las cuales no perjudicarán a los terceros que contraten con la entidad, de acuerdo con la cláusula genérica de imputación antes referida.

Finalmente, el coordinador y subcoordinadores evacuaron distintas consultas que formularon los asistentes.

Taller de Derecho Tributario

Coordinadores: Esc. Nelly A. Taiana de Brandi
Dr. Emir J. Pallavicini

El desarrollo del tema comenzó con la necesidad que tiene el Estado de recaudar fondos para atender las principales funciones a su cargo, no delegables: educación, salud, seguridad y justicia. En definitiva, los recursos indispensables que permitan una vida comunitaria en libertad y equidad.

En esa tesitura adquiere importancia la participación del escribano, en contacto inmediato con la expresión o transferencia de la riqueza, que permite la recaudación en la fuente y disimula la voracidad fiscal.

A su vez, la actividad recaudadora del Estado importa modificaciones en

conceptos jurídicos propios del derecho privado, que se justifican a tenor de la autonomía del derecho tributario.

Quedó claro en la exposición que es una finalidad inalcanzable lograr la liberación del notario respecto de su colaboración en el plano tributario, por lo que nuestra lucha debe acotarse a alcanzar de parte del fisco el tratamiento de mandatario, responsable por la encomienda, en una valoración positiva de su intervención.

Se distinguió entre obligaciones y deberes tributarios y, a esta altura de la charla, se hizo una enumeración de las menciones que deben ser prestadas por los contratantes y de las atestaciones a cargo del notario, como guía que impida olvidos.

A continuación, se enumeraron deberes cuyo cumplimiento resulta en los hechos de imposible observancia.

Se expuso sobre las obligaciones recaudatorias a cargo del notario así como también del deber de control de información, concluyendo con una sinopsis de los supuestos gravados con ganancias, en razón del sujeto pasivo o de la calidad de la renta, y los supuestos gravados con el impuesto a la transferencia de inmuebles para personas físicas y sucesiones indivisas.

Se caracterizó en especial a la empresa unipersonal y se enumeraron los supuestos de excepción en que no corresponde el pago de ganancias.

Mereció especial tratamiento el régimen tributario en los loteos y en la propiedad horizontal. Aquí se asimiló a la adjudicación en un condominio la disolución de la sociedad civil con objeto “construcción de edificio para unidades de vivienda” y la posterior adjudicación de las mismas. Se hizo hincapié en la necesidad de que el loteo tenga fines de urbanización y de que en la propiedad horizontal concurren la construcción y venta, en la misma cabeza.

Por fin, se señalaron coincidencias y diferencias entre el impuesto a las ganancias y el impuesto a la transmisión de inmuebles de personas físicas y sucesiones indivisas.

En el trato de situaciones específicas, se multiplicaron las consultas por parte de los asistentes, a las que los coordinadores dieron respuesta:

1) En el tema “reemplazo de bien de uso” se comentó el dictamen 12/02 y la necesidad de que el contribuyente, por medio del formulario 235 o 206 (multinota), comunique ese reemplazo a la AFIP como condición para que el notario autorizante del acto no retenga.

2) En caso de quiebra del contribuyente, su liquidación, o si la operación arrojara quebranto, es menester contar con un certificado definitivo de no retención, aclarándose que la certificación provisoria no es suficiente.

3) En relación con el impuesto inmobiliario de la ciudad de Buenos Aires, y ante el informe de la deuda, es importante que Dirección de Rentas comunique puntualmente la existencia del juicio y el juzgado que permitan al notario contar con una correcta y completa información.

4) La responsabilidad del escribano como agente de información nace en la escritura antecedente, firmada a partir de enero de este año, cuando el notario no consigna la retención o la causa de la exención.

5) Quedó claro que no es menester comunicar a la AFIP los supuestos de transferencia por montos que no superen los \$ 80.000.

6) No obstante la oposición de los asistentes, se sostuvo que en el caso de la venta de cualquiera de las únicas dos unidades en un edificio en propiedad horizontal, ella está gravada por ganancias, salvo el caso del alquiler o vivienda propia o que proceda la exención del artículo 14 de la ley 23905.

7) En las transferencias onerosas de sepulcros, el precio está dado por el valor tierra más la construcción.

8) A tenor de la RG 830, la dación en pago es asimilada a la permuta y es suficiente la información, salvo que exista diferencia en efectivo, sobre el que corresponde la retención.

9) Quedó claro, en cuanto a sus efectos, que en la ciudad de Buenos Aires, el impuesto de sellos grava la escritura pública, mientras que en la provincia de Buenos Aires, a todo instrumento público o privado.

10) En la subasta, a pesar de que el dominio se transfiere en el expediente, la AFIP permite un diferimiento del pago al momento de la escritura de protocolización de las actuaciones. En este aspecto hubo coincidencia de parte de los asistentes en que la protocolización no significa escritura de transferencia, por lo que no correspondería el impuesto, tampoco en ese momento.

11) En las operaciones en moneda extranjera ha de estarse al cambio tipo vendedor Banco Nación del día hábil anterior a la escritura. En la provincia de Buenos Aires, para la cancelación de hipotecas constituidas con anterioridad al día 9 de enero de 2002, debe tomarse la equivalencia de \$1- US\$1.

12) La cesión de derechos hereditarios onerosa no está gravada en la ciudad de Buenos Aires, pero sí lo está en la provincia de Buenos Aires, en la que corresponde el gravamen calculado sobre la valuación fiscal o el 20% del precio, lo que sea mayor. Al consolidarse el dominio debe abonarse la diferencia del 3%.

13) El fideicomiso no está gravado, ni por ganancias ni por ITI, por cuanto se trata de un negocio neutro, sin significación económica. Está gravado con impuesto de sellos en la ciudad de Buenos Aires. En la provincia de Buenos Aires, el gravamen corresponde al fideicomiso en garantía, que recibe el tratamiento de la hipoteca.

14) En la venta de acciones no hubo coincidencia entre los coordinadores. Para el Dr. Pallavicini, el notario sólo debe retener si el cedente hace profesión habitual de la venta. Para la Esc. Taiana de Brandi, está vigente el decreto 493 que sólo exime a las acciones que coticen en Bolsa, por lo que corresponde la retención del 1,5% que prevé la RG 1107, haya o no habitualidad.

Se estimuló a los asistentes a recurrir en consulta fundada ante Dirección de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires, de modo de lograr pronunciamientos del Organismo que permitan un asesoramiento seguro y sin riesgos por parte del escribano. También se postuló la conveniencia de interponer jurisdiccionalmente una declaración de certeza que permita establecer, si a la fecha, es procedente que, agotada la Ley de Sellos y el Código Fiscal en lo pertinente, resulte de aplicación subsidiaria la Ley de Sellos nacional.

Coordinadora: Esc. Patricia M. Casal

a) En primer término se destacó la importancia de la intervención notarial en la concreción de la compraventa inmobiliaria. Sin desconocer el ámbito propio de aquellos que se desempeñan en la intermediación, se resaltó la trascendencia de la función del escribano en la gestación del negocio inmobiliario, la necesidad de su asesoramiento y un adecuado control instrumental para evitar consecuencias perjudiciales.

b) A la luz de la premisa anterior, se abordaron en forma teórico-práctica los contenidos y efectos jurídicos de: la reserva y oferta de compra del denominado “boleto provisorio”, concientizando sobre la diversidad de formas de redacción con que estos instrumentos se presentan en la práctica inmobiliaria. Se coincidió en que debería reflejarse la verdadera intención de las partes en las cláusulas que los conforman, ya que pueden devenir instrumentos a partir de los cuales se haga exigible la respectiva escrituración.

c) Contemplando el boleto de compraventa y sus previsiones contractuales, se abordaron los siguientes temas: la seña –cláusulas generalmente utilizadas– y sus efectos, el principio de ejecución del contrato, el pacto comisorio, la cláusula penal, las diferencias entre ellos, planteándose la diversidad de formas de instrumentación y los efectos jurídicos que acarrearán.

No existieron desacuerdos en cuanto a las formas de instrumentación.

d) Se analizó la intervención de los menores en la contratación inmobiliaria. Menores sujetos a patria potestad, emancipados (matrimonio y habilitación de edad), anticipaciones de capacidad del art. 128 del CC., constancias necesarias para su intervención y previsiones contractuales en los distintos supuestos.

La temática se concentró en el análisis de casos en que los menores trabajan o ejercen oficio o profesión. La realidad que nos ofrecen los menores adultos, antes de cumplir 18 años (artistas, jugadores de fútbol federados, etc.) y la necesidad o no de la presencia de aquellos que ejercen la patria potestad para la contratación.

Se evidenciaron posturas contrapuestas en aquellos supuestos en que entran en colisión la capacidad del menor para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo o profesión (art. 128 del Código Civil) y la prohibición de contratación con el o los progenitores –artículos 279, 1359 y 1361, inciso 1 del Código Civil–.

Se discutió el supuesto de la venta de un bien adquirido por el menor con el producto de su trabajo, oficio o profesión, con uno o ambos progenitores como compradores.

No existieron coincidencias, quedando expuestas las dos posturas: la que se pronunciaba a favor de su validez, entendiendo que el artículo 128 es específico con relación a la regla genérica del artículo 279 y el argumento opuesto,

que entiende que no existen excepciones a las prohibiciones contractuales establecidas frente a padres e hijos.

e) Limitación a los pagos en dinero en efectivo. Régimen establecido por la ley 25345 modificada por la ley 2413. Decreto 22/01.

Se analizó la problemática del boleto de compraventa en el cual se efectuó el pago en dinero efectivo. Se discutió sobre las posibilidades reales de bancarización en los supuestos de contratación en dólares estadounidenses; la conveniencia y/o necesidad o no de expresar en el boleto de compraventa las razones por las cuales no se cumple con los medios de pago establecidos por la ley; la improcedencia de la renuncia al derecho de reivindicación en el boleto de compraventa (cláusula que con frecuencia vemos pactada en los boletos de compraventa).

Se plantearon diversas posturas, evidenciando la dificultad que generan las normas jurídicas mencionadas, pero más allá de toda divergencia, existió absoluto consenso en la necesidad de derogar la normativa.