

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

APRECIACIÓN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES (*) (221)

IGNACIO M. ALLENDE

I. INCIDENCIA INSTITUCIONAL

Quien estudie los sistemas organizativos más antiguos comprobará, a través del examen de las obras jurídicas de los grandes gobernantes de todas las épocas, la preocupación especialísima de éstos por la organización de la Institución Notarial. Del cuerpo de Derecho de Justiniano, la Novela 45 reglamenta las actuaciones notariales y crea el Protocolo. La Novela 48 establece los requisitos a que debían ajustarse los tabelliones. La Constitución 115 del Emperador León de Oriente preceptúa: "El que haya de ser admitido ha de tener a la mano los cuarenta títulos del manual de leyes y el conocimiento de los sesenta libros". Se estaba por entonces en el siglo VI de nuestra era; no sólo preocupaba al gobernante la capacitación individual del notario, sino también la organización del cuerpo profesional a través de los colegios notariales.

Razones históricas con toda la gravitación correspondiente fue sin duda lo que indujo a Carlomagno - cuando intentó revivir en el 800 el espíritu de Roma en el Sacro Imperio - a extender su preocupación organizativa también al notariado a través de un capitular del año 805. Y siempre fueron grandes los reyes que en Francia apuntalaron al notariado; lo hicieron Felipe el Hermoso, Carlos III, Francisco I, Enrique IV y el rey San Luis; lo hizo la Revolución Francesa y también Napoleón, y en España Fernando III y su hijo Alfonso el Sabio en sus "Fuero Real", "Espéculo" y "Código de las Partidas". Ello dejó un sedimento en los pueblos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tradición jurídica latina, que es pátina porque es Historia.

Con los conquistadores llegaron a América los notarios; después de la Cruz, les eran tan imprescindibles como la bandera para implantar soberanía, como la espada para defenderse, como el machete para desbrozar senderos. En todas las épocas el creer y el hacerse creer, han sido necesidades vitales del hombre.

No ignoramos que esta relación histórica podrá reafirmar una primera impresión en el sentido que, en el siglo en que vivimos, el notariado es una pieza más de museo, a lo sumo un símbolo como la espada, el yelmo y la pluma. Ya dijimos en otra ocasión, en que invocamos a la Historia: vamos tras una fe histórica, quizá porque, como en toda época, el hombre considera que en esencia no existen garantías, sino tan sólo posibilidades.

Tres generaciones de notarios precedieron al que escribe; las visitas a notarías le fueron familiares desde la infancia; por ello vivió la impresión que narra Ramón Gómez de la Serna en su "Automoribundia", sobre su visita infantil a la casa de un notario de Paredes de Nava: "Se notaba una cosa que después no he notado nunca. . . se tenía allí una seguridad en el destino que no se sentía en otros sitios". Acotando esta impresión el notario español Gregorio de Altube señala que Gómez de la Serna "da en el blanco de nuestra corpulencia. Para el público tenemos la estabilidad de lo apaisado, y somos en lo jurídico algo tan rítmico y acompasado como el metrómetro para el solfeo". Altube agrega: "Somos nosotros, los notarios, quienes redondeamos esas leyes puntiagudas, quienes peinamos esas leyes hirsutas, enfermas de improvisación y plagadas de sectarismo. Desde la Revolución Francesa hemos canalizado muchas. Y esa función conductora, un tanto cariñosa y mucho reguladora, esa función tutelar, un poco de nurse y un bastante de ángel de la guarda, ha impedido colapsos funestos. Podemos asegurarlo, somos el taxi y la ambulancia del derecho. Si la vida corre más que las leyes, nosotros conseguimos hacerlas llegar a tiempo; si las leyes envejecen, nosotros, reanimándolas, aseguramos su existencia y resulta que ese alabeo de la ley, esa ortopedia del derecho, ese escribir en peralte para alcanzar el último deseo de un testador, esa maceración del vocablo para traducir la sutileza de un aldeano, forzosamente nos lleva a una especialización".

Lejos de nuestra intención está el pretender una exclusividad dentro del contrato en general y del societario en particular, que el notario compartió siempre, en recíproca colaboración con el abogado.

Hoy siguiendo precedentes franceses y españoles de tanta significación por las leyes de Organización del Notariado vigentes, para el ejercicio profesional se requiere: "título de escribano, con tal que su otorgamiento requiera estudios que deberán abarcar la totalidad de las materias y disciplinas análogas a las que se cursen para la carrera de abogacía, con más de dos años de práctica notarial". Por si ello no bastara, los registros de contratos públicos se otorgan mediante concurso de oposición, única profesión que exige por sobre el título universitario exámenes de capacitación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código de Comercio exige la escritura pública como requisito constitutivo de las sociedades anónimas y en comandita por acciones. El Anteproyecto de Ley General de Sociedades suprime la señalada exigencia formal. ¿Ello se justifica? ¿Existen razones superiores a las tenidas en cuenta por Vélez Sársfield y Acevedo, para innovar? El notariado, consciente del deber que le compete en el desenvolvimiento del derecho positivo, presentará en forma integral las objeciones que estime destacar al anteproyecto en estudio.

Nuestro propósito es doble. Primero, estudiar a la luz de la exposición de motivos del anteproyecto la razón de ser de la modificación en lo que hace a la forma y prueba del acto constitutivo de las sociedades; en segundo término, destacar que, una vez más, el notariado sufre un injustificado embate. El cercenar sin motivo superior la esfera de su actividad es afectar el interés público al que tan probadamente sirve, acordando a las relaciones jurídicas de los individuos seguridad y certeza.

II. DE LA FORMA Y PRUEBA EN EL ANTEPROYECTO

A) Instrumento privado o escritura pública: En la nota de elevación y en la exposición de motivos del anteproyecto se cita el elaborado por los doctores Carlos C. Malagarriga y Enrique A. C. Aztiria.

Del doctor Malagarriga (Revista del Notariado, N° 657) son los siguientes conceptos: "De mí sé decir que en los cuarenta años que ejercí libremente la profesión de abogado y en los cinco que llevo de ejercicio de la magistratura es de los contratos de sociedad por escritura privada de los que he visto surgir mayores y más frecuentes conflictos. No me arrepiento, pues, haber mantenido con Aztiria, en nuestro proyecto, la exigencia de la escritura pública en los casos que antes he mencionado, y no tengo ambages en declarar que para mí el desiderátum sería que todos los contratos de sociedades fueran hechos en esa forma".

El anteproyecto se aparta de uno de sus antecedentes al preceptuar en el art. 4°: "El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado". En la exposición de motivos se manifiesta textualmente que: "Se persigue dar las máximas garantías de seguridad y celeridad". Reiteradamente se enuncian conceptos y términos como los siguientes: "Tutela de los intereses" - "Se tiende a evitar" - "Para obviar cualquier clase de maniobra" - "Previniendo" - "Previsiones" - "Protección" - "Asegurar" - "Amparar" - "Seguridad" - "Tutelamiento" - "No dejar lagunas" - "Previniéndose" - "Superando toda discusión" - "Prudente" - "Proteger" - "Contralor". Ha existido, evidentemente, la inquietud de dar relevancia a todo aquello que acuerda seguridad y certeza.

No percibimos el motivo fundamental por el cual no se sigue en tema tan importante como es la instrumentación constitutiva, el mismo criterio de "mantener la tradición legislativa" adoptado para la liquidación.

La recientemente sancionada ley 17711, de Reformas al Código Civil,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mantiene en el artículo 1184 el requisito de la escritura pública en "los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones". El artículo 1810 extiende el alcance de la escritura pública, es decir, la reforma recientemente sancionada reafirma la proyección jurídica de la escritura pública, como formalidad instrumental de mayor jerarquía, única utilizable para actos ad solemnitatem, que excluye al simple instrumento público. Este precedente legislativo tan reciente y trascendental como lo es la reforma al Código Civil, a cuyas normas se remite en su artículo primero el propio Código de Comercio, no pudo dejar de tenerse en cuenta. En la exposición de motivos se vierten los conceptos siguientes: "Asimismo, otorga a las partes la opción de recurrir al instrumento privado o al público: no impone la obligatoriedad de este último, toda vez que los trámites judiciales o administrativos que son menester cumplir hacen innecesario el recurso de la escritura pública, especie de aquél, desde que tales actuaciones otorgan las máximas garantías de seguridad para los constituyentes, y en todo caso son instrumentos públicos".

De un cotejo estrictamente técnico de lo que representa la escritura pública dentro del género instrumento público, se deducirá que las consideraciones formuladas en la exposición de motivos no son congruentes con la realidad jurídica, cuando sin más ni más equipara la trascendencia y efectos de la escritura con la del mero instrumento público, apartándose de la concepción doctrinaria compartida en nuestro medio desde Vélez Sársfield hasta la reciente reforma del Código Civil.

Instrumentos públicos, a modo de recordación y ejemplo, son las letras de particulares dadas en pago de derechos de aduana en las condiciones preceptuadas. Estas, como la escritura pública, hacen plena fe hasta que sean argüidas de falsas por acción civil o criminal, única similitud de alcance entre los instrumentos públicos, pero en modo alguno por ello se equipara la efectividad, la eficacia y la jerarquía de ellos; por el contrario, la escritura pública reconocida como especie se utiliza ya por imposición de ley, ya voluntariamente en los actos jurídicos de más trascendencia social, tal cual lo es la constitución de una sociedad, en definitiva, creación de una persona jurídica capaz, como la física, de crear deberes y contraer obligaciones. Frente a estas reflexiones, no se alcanza a comprender la ligereza con que en la exposición de motivos se vierten los conceptos precedentemente transcritos.

B) Razones por las cuales la escritura pública acuerda las máximas garantías: Si bien es cierto que las actuaciones judiciales o administrativas transforman al privado en instrumento público, no acuerdan al acto jurídico las máximas garantías - además de las fundamentaciones expuestas - por los siguientes motivos: a) El contrato societario celebrado por escritura pública lleva ab initio y per se fecha cierta (artículo 1035 del Cód. Civil), elemento de importantísima relevancia jurídica, no así la mera certificación de firmas ante escribano

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre documento privado, preceptuada en el anteproyecto (art. 5°).

b) Los otorgantes quedan, mediante la escritura pública, identificados legalmente y a todos los efectos también ab initio (art. 1001 del Cód. Civil).

c) Con el otorgamiento de la escritura pública quedará acreditada y evaluada por hombres de leyes y también simultáneamente la personería de los otorgantes que invoquen representación o mandato (art. 1003 del Cód. Civil).

d) Mediará en todos los casos simultáneamente con el acto constitutivo una labor informativa y docente profesional, que evitará inconvenientes posteriores y hará menos engorrosa y más expeditiva la labor de los órganos administrativos y judiciales, previa al acto registral.

e) El protocolo de los escribanos propiedad del Estado, en que se asientan las escrituras públicas, ofrece no sólo el máximo de seguridad sino que facilita la expedición de copias y pericias.

No se niega en modo alguno la relevancia de la intervención de la autoridad de contralor y juez de registro como medio de alcanzar la mayor perfectibilidad legal que se pretende para todo contrato de sociedad, pero se reitera sí, que las máximas seguridades de autenticidad las acuerda el notario. El juez registrador cumple autoridad de contralor - lo señala García Coni - , podrá 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.

C) Actividad, profesional del notario en el contrato: La exposición de motivos, fundamenta la no obligatoriedad de la escritura pública en la siguiente forma: "La ilustración acerca de la gama de soluciones legales posibles, en todo caso, los fundadores deben hallarla en su asesor letrado". Frente a este argumento, el notariado duda sobre cuál es la motivación fundamental de la reforma, en lo que hace a la instrumentación.

¿Es que acaso el notario no está capacitado para asesorar sobre contratos de sociedad? La actuación diaria en este quehacer jurídico, el aporte doctrinario de los escribanos sobre esta especialidad, sus periódicos congresos y jornadas locales, provinciales, nacionales e internacionales para dilucidar problemas societarios están demostrando su idoneidad. El último Congreso Internacional de notarios, celebrado en Munich (1967), tuvo como tema central "El conflicto de leyes en materia societaria". En la actualidad, como lo señaláramos precedentemente, los notarios egresan como asesores letrados en su más alta acepción, circunstancia que debió tenerse en cuenta en la exposición de motivos.

Llama la atención la función subsidiaria que para la Comisión Reformadora tiene el asesoramiento letrado. Pareciera que se hubiese confiado más en las soluciones burocráticas que en la técnica profesional. La actividad asesora y técnica del notario, en materia de contratos, es atribución y deber al mismo tiempo, impuestos por la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

12990, que preceptúa: "El escribano de registro es el funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad, conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan, los actos y contratos que le fueran encomendados".

D) Experiencia nacional y legislación extranjera: "La experiencia argentina - se dice en la exposición de motivos - acerca de los demás tipos de sociedad confirma la solución consagrada".

A través del estudio de antecedente de dominio, tarea previa al otorgamiento de toda escritura traslativa de propiedad, el notario debe evaluar no sólo la causa y modo que dio origen al título, sino que debe sopesar entre tantísimos elementos configuradores de los hechos y actos jurídicos con especial detenimiento la capacidad de las partes, ya sean físicas o jurídicas. La experiencia notarial indica - coincidiendo con el doctor Malagarriga - que no son las sociedades constituidas por instrumentos privados precisamente las menos vulnerables.

Llama profundamente la atención al notariado la siguiente argumentación, dada en la exposición de motivos del anteproyecto: "La constitución por instrumento privado es aceptada por países que se destacan por la importancia de su desarrollo económico (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Alemania, etc.)".

Por igual motivo de alto nivel económico alcanzado en esos países, podrá propugnarse - dejándose de lado factores de tradición jurídica, mentalidad y conformación social - la supresión del sistema escrito propio del derecho latino y la adopción del Common Law, La Equity y Los Standards Jurídicos. De alto desarrollo económico y/o jurídico son también países como Italia, Suiza, España y Japón, donde se exige la escritura pública como formalidad constitutiva. Las legislaciones de los países mencionados y que son de una misma tradición jurídica al nuestro, excepto Japón, son las legislaciones que debieron ser invocadas, y no las de los Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, donde sabido es rige el sistema de derecho anglosajón, diametralmente opuesto al nuestro.

Nuestro notariado es de raigambre latina y donde exista derecho escrito de origen románico, caso de Luisiana y Puerto Rico, país asociado a los Estados Unidos, y Quebec en Canadá, existirán notarios profesionales de derecho vinculados con las relaciones contractuales en todos sus aspectos.

E) Razones de Economía: El notariado no puede permanecer en silencio frente a tan directas alusiones que se formulan en la exposición de motivos. Se argumenta en ella: "Que la constitución por instrumento privado ... tiene la ventaja de disminuir los costos de constitución cuando los fundadores resuelvan prescindir del notario, dada la opción otorgada por la ley".

No puede sobreponerse un problema adjetivo a uno sustantivo, máxime cuando más lógico es adecuar el primero y no innovar con los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consiguientes riesgos sobre el segundo. En última instancia la economía directa del cliente se volcará en perjuicio del contribuyente, que es quien hace frente en definitiva a todo incremento del mecanismo burocrático.

En la exposición de motivos se señala: "Las funciones asignadas al Registro Público de Comercio exigen la reestructuración del Juzgado Nacional de Registro de esta Capital, regulando el procedimiento y suministrándole los medios materiales para cumplir estas funciones". El cambio de sistema - se reconoce implícitamente - implicará creación de nuevos cargos y empleos y se necesitarán nuevos recursos, que tendrán que ser afrontados a través de derechos o impuestos.

El notario cumple funciones de agente de retención de impuestos, y en materia societaria alcanza gran relevancia su actuación recaudadora. Su actividad gratuita, fiscalizada y responsable, lo transforma en un colaborador fiscal, reemplazable sólo a costa de nuevas creaciones de organismos recaudadores y fiscalizadores, que por cierto no serán gratuitos para el Estado.

En el recientemente inaugurado Congreso de Racionalización de la Administración Pública y Privada, el señor secretario de Estado de Hacienda, doctor Bunge, manifestó: "Hablar de racionalización a nivel de gobierno es hablar de congelación del gasto público, de esa tarea en la cual están empeñadas sus autoridades desde hace un año y de la cual ya hay resultados positivos". El desplazamiento de la actividad profesional del notario en materia societaria, a la esfera del Estado, se traducirá en incremento burocrático con todas sus implicancias, hecho que está en el espíritu de los gobernantes evitar.

A las razones de orden jurídico y prácticas, el notariado deja vislumbrar las de orden institucional. El notariado es una realidad histórica y actual, no sólo argentina, sino internacional en lo que hace al ordenamiento jurídico de derecho de tipo latino; cercenar injustificadamente su campo de acción es conmover su estructura, lo que redundará no sólo en propio perjuicio, sino de la sociedad toda, dentro de la cual - con las excepciones que confirman la regla - goza de serio y gravitante prestigio.

El anteproyecto en estudio resta trascendencia a la escritura pública. Sólo puede esperarse del notariado su defensa por lo que representa como forma de mayor relevancia para obtener seguridad y certeza, en los más importantes actos jurídicos, entre los que cuenta el acto constitutivo de las sociedades comerciales, cualquiera sea su tipo.