

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***CONTRALOR DE LEGALIDAD DE SOCIEDADES COMERCIALES(\*) (698)***

CARLOS ISMAEL WEXLER

**SUMARIO**

I. Necesidad del contralor. Sus desbordes. II. Contralor y tipicidad. III. Formularismo. IV. Propuestas. V. Análisis crítico de las propuestas. VI. Conclusión.

**I. NECESIDAD DEL CONTRALOR. SUS DESBORDES**

El derecho de asociarse libremente con fines útiles, consagrado por nuestra Constitución Nacional, responde a la necesidad de impulsar la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

concentración de esfuerzos y capitales que, para su desarrollo, reclama imperiosamente la economía moderna.

Las extraordinarias consecuencias que produce el fenómeno asociativo exige que el Estado favorezca su desenvolvimiento y, a la vez, adopte medidas que eviten eventuales perjuicios que afecten a la moral y al orden público.

El poder estatal se reserva, a tales fines, el contralor de la actividad de aquellas entidades de especial trascendencia económica, e incluso, exige la satisfacción de determinadas formalidades, al tiempo de su constitución, tendientes a que esas sociedades se asienten sobre bases firmes y jurídicamente certeras.

Siguiendo esa tesitura nuestro ordenamiento exigió, en un principio, la escritura pública en la formalización de todo contrato social que limitase la responsabilidad de los socios a los capitales del ente colectivo.

Después restringió ese requisito únicamente a las sociedades por acciones; intentando, el anteproyecto de lo que fuera, luego la ley 19550 (E.D., 42 - 943), eliminar totalmente el recaudo.

Esa ley, por otra parte, superpuso al ya vigente contralor de legalidad que ejercía el Registro Público de Comercio para la inscripción de los correspondientes actos constitutivos, el de organismos dependientes del poder administrador que, si bien preexistían, limitaban su potestad a la actividad que desarrollaban sociedades de capital dividido en acciones.

El ordenamiento se ocupa, además, del contralor de aquellas entidades que, como las que practican oferta pública de títulos y valores, despliegan actividades de notoria trascendencia general, y establece organismos administrativos especiales que tienden a ese fin (v. gr., Comisión Nacional de Valores, etc.).

Pero lo que interesa puntualizar no es tanto la amplia gama de mecanismos creados por las leyes sino la tendencia generalizada a suprimir formalidades públicas para los actos constitutivos de sociedades comerciales, por un lado, y la de superponer órganos de fiscalización de esos contratos, por otro.

Esta política, lejos de facilitar el ejercicio del comercio; lejos, también, de ser expresión de un régimen jurídico liberal, como frecuentemente se afirma, es manifestación de un progresivo intervencionismo estatal en la vida privada con las perniciosas consecuencias que, muchas veces, tenemos que padecer.

Seguramente los redactores del anteproyecto de la ley 19550 no imaginaron que la rápida regularidad de las sociedades comerciales que creyeron, se conseguiría con ella, y que los impulsó a insertar el art. 7º, quedaría asfixiada por el entorpecedor expediente burocrático, frecuentemente inconducente, que genera la autoridad de contralor.

## **II. CONTRALOR Y TIPICIDAD**

Si bien el análisis que practica la Administración Pública respecto de los contratos constitutivos abarca no sólo el tipo de organización societaria allí

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

instrumentado sino también - entre otros elementos - el objeto elegido; interesa aquí destacar que se procura disminuir la importancia de las formas extrínsecas supliéndolas por las intrínsecas que hacen, precisamente, al tipo escogido por los constituyentes de la entidad.

La ley exige que la sociedad, como condición de su existencia, se constituya conforme a alguno de los tipos por ella previstos (art. 19) y declara nulo el contrato que no se ajusta a ese recaudo (art. 17).

Para justificar la medida no se le ocurrió al legislador mejor arbitrio que confundir las formas extrínsecas con las que determinan si la estructura de la entidad es o no típica y, así, afirma - sin mayores reparos en su dislate - que los tipos se han establecido ad solemnitatem (Exposición de Motivos).

Pero la tipicidad no apunta a las solemnidades que deben rodear a un acto para su válida exteriorización sino a la organización del ente creado por aquél.

No refiere a los recaudos que, como la intervención de funcionarios públicos, la asistencia de testigos, o el uso de sellados especiales, caracterizan a un acto como solemne sino a las pautas sobre las que los interesados pueden contratar.

La tipicidad es una de las técnicas de que se vale el derecho penal liberal para considerar incriminadas únicamente aquellas conductas minuciosamente descritas en la ley respectiva (nallum crimen sin lege); pero, aplicada a las sociedades comerciales, se convierte en un instrumento de intervención estatal en las relaciones mercantiles.

Así, mientras la ley penal considera lícita toda acción no prevista por ella y, por lo tanto, existe libertad para ejecutarla, la 19550 sólo protege aquellos actos que constituyan sociedades conforme a alguna de las figuras que ella prescribe.

La tipicidad actúa, por un lado, como freno de la potestad punitiva pero por otro, restringe el derecho privado de contratar libremente.

Las formas extrínsecas no importan limitación a la libertad sino condicionar su protección normativa al cumplimiento de ciertas ceremonias jurídicas.

La supresión de solemnidades en beneficio de la tipicidad societaria no es, en consecuencia, una manifestación del derecho liberal sino del más puro intervencionismo estatal(1)(699).

Superar el autoritarismo inmanente, en este aspecto de la ley en rigor, ha sido y es una necesidad que se impone a los juristas y los obliga a usar recursos, no siempre ortodoxos, como ocurre con el encuadramiento jurídico de sociedades de empresas, constituidas para la ejecución de obras públicas de gran envergadura, no contempladas ni protegidas por el régimen ahora establecido.

En definitiva, lo que es necesario destacar es que el contralor de tipicidad de los contratos sociales tal como hoy se ejecuta, sólo se podría compadecer con el derecho constitucional de asociarse con fines útiles y con el de ejercer libremente el comercio con una medida que el ente público, por el momento, no ostenta

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**III. FORMULARISMO**

Para el lector que no esté familiarizado con la realidad que palpita en las oficinas de la autoridad de contralor las expresiones precedentes, quizá le parezcan simples argumentos, meros ejercicios de retórica, o especulaciones de gabinete.

Sin embargo, esa realidad es expresión cabal de lo afirmado y su manifestación más concreta resulta del obligatorio uso de formularios impuestos por la autoridad de contralor, cuyos textos muchas veces empujan penosamente a los contratos societarios, hacia ríspidas encrucijadas idiomáticas.

Esta modalidad es consecuencia de la arrogante e injustificada posición de autosuficiencia que adopta la Administración Pública; posición que no sólo avanza sobre las libertades mencionadas sino que, además, no tiene en cuenta el respeto del que son acreedores los profesionales - a cuyos servicios recurren los particulares para redactar sus contratos societarios - y que proviene de la idoneidad que adquieren tras laboriosos estudios universitarios especializados.

Resulta, en definitiva, incongruente sostener la eliminación del instrumento público en el acto de constitución social, sobre bases supuestamente liberales y apoyar simultáneamente el uso de sacramentales formularios.

Cabe señalar, además, que el Estado favorece, mediante una superflua superposición de organismos burocráticos que origina un papeleo, generalmente inconducente, la irregularidad del fenómeno societario que él mismo a través de la ley, severamente condena.

**IV. PROPUESTAS**

Diversas posiciones se han adoptado para superar la situación expuesta. Me ocuparé, en seguida, de las que considero representativas de tendencias de singular importancia.

1) la Cámara de Sociedades Anónimas(2)(700) propone la creación de una "instancia administrativa previa a la actuación judicial, con derecho de apelación", y desligar la cifra del capital del texto estatutario "no obstante figurar en el acta constitutiva" y sin perjuicio de que todos los aumentos de esa cantidad sean siempre publicados e inscriptos.

2) el Colegio de Escribanos de la Capital Federal(3)(701) sostiene la necesidad de que el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales sea verificado por notarios, siendo imprescindible que todo acto constitutivo de sociedades comerciales se instrumente por escritura pública. El escribano autorizante, añade, correría con la responsabilidad de gestionar la inscripción del documento en el Registro Público de Comercio.

3) el doctor V. Zamenfeld(4)(702) propone que la legalidad del contrato sea certificada por un abogado y que, además, un profesional de ciencias

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

económicas haga lo propio respecto del valor de los aportes no dinerarios. Esos profesionales, cuyas firmas deben ser autenticadas por los colegios respectivos, responden solidaria y directamente con los socios por los actos así certificados. La inscripción registral, por otra parte, después de cierto tiempo, y siempre que el documento no esté viciado de nulidad absoluta tendría efectos saneatorios. El instrumento constitutivo, en consecuencia, sería de naturaleza privada.

**V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PROPUESTAS**

1) Con relación a la formulada por la Cámara de Sociedades Anónimas debe puntualizarse que si hay un elemento que esencialmente tipifica a las sociedades por acciones, ese es precisamente el capital y la cantidad de títulos que lo representan.

Tan es así que, cuando bajo caución de sus acciones, una entidad concede un crédito a quien las posee - v. gr., en la proporción de un 51 So del total - resulta imprescindible determinar el número global de esos valores.

Si el estatuto, que debe formalizarse por escritura pública, no consignase dicha cifra; si él puede ser modificado privadamente; si, además, al acta de la asamblea de accionistas que decide una nueva emisión de títulos se le da fecha cierta pero inadvertida o intencionalmente se demora la publicación e inscripción de las que habla el proyecto en cuestión, el acreedor puede encontrarse con la desagradable sorpresa de no tener en caución el porcentual del capital que creyó poseer sino, por ejemplo, su décima parte.

Si, en cambio, la cantidad de acciones figura obligatoriamente en el estatuto; si éste debe instrumentarse, al igual que toda modificación que se le introduzca, por escritura pública, y si además de esas modificaciones se deja constancia en el testimonio del acto originario (véase art. 996, Cód. Civil), no hay posibilidad de maniobra o sorpresa alguna similares a la que ya he mencionado.

Debo confesar que no comprendo por qué afirma la Cámara de Sociedades Anónimas "que la mención de esa cifra no arroja dato de interés para accionistas y terceros".

Tampoco resulta claro el sentido que tendría el que el estatuto indique todos los elementos que hacen a la organización social y que giran en torno del capital sin indicación de éste; pues de ese modo, lo accesorio tendría primacía ante lo principal.

Afirma, además, la proponente, que el monto que indica el estatuto "habitualmente tampoco refleja la realidad cuando la sociedad está recorriendo su camino dentro del quíntuplo" y que esa realidad se conoce sólo mediante "una adecuada información a través de los balances".

Este punto de vista implica sustituir el elemento jurídico (estatuto) por los estados contables; lo que es, en definitiva, una manifestación de realismo económico que pretende superar estructuras de derecho que confieren certeza y seguridad a las relaciones societarias.

Con relación a la instancia administrativa previa y a su apelación judicial,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

mentadas en la propuesta, parece oportuno señalar que no impedirán las demoras burocráticas que se procuran eliminar, sino que será una fuente de ellas y que, por otra parte, la justicia es el último recurso al que debe apelarse para obtener la seguridad deseable en los negocios societarios. Siempre es más conveniente arbitrar los medios tendientes a que los entes colectivos nazcan sin defectos, sobre bases ágiles certeras y responsables, como las que surgen de lo propuesto por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal.

En definitiva, la respuesta a la cuestión planteada no debe buscarse en instancias administrativas ni judiciales, ni tampoco en el realismo económico, sino en aquellas instituciones jurídicas que son el producto de una centenaria experiencia rendida tanto en el país como en el extranjero.

2) Con respecto a la propuesta del doctor Zamenfeld, y en razón de las atribuciones que pretende se adjudiquen a los abogados, entiendo necesario caracterizar las funciones que normalmente están llamados a desempeñar y compararlas, también a ese mismo fin, con las de los notarios.

La función de los abogados es suficientemente ardua y meritoria como para pensar en adjudicarle otras que, por ser auxiliares de la justicia, no desempeñarían con la imparcialidad imprescindiblemente requerida en nuestro caso.

El abogado está llamado a defender los parciales intereses que sus clientes le encomiendan.

En asuntos litigiosos no puede asistir sin incurrir en prevaricato, a partes encontradas, en forma simultánea.

En cuestiones de competencia voluntaria su misión se reduce a allegar al juez los elementos necesarios para que éste dicte la resolución apetecida. Nunca es el abogado el que instrumenta tales disposiciones que, es de hacer notar, revisten el carácter de documentos públicos.

Cuando interviene en la redacción de contratos, los respectivos instrumentos son siempre privados.

Compete, en cambio, a los escribanos, actuar como oficiales públicos y deben hacerlo con absoluta imparcialidad ante las partes interesadas, pues, de lo contrario, son nulos los instrumentos que autorizan.

La intervención notarial se plasma, casi siempre, en documentos públicos y el escribano es responsable de sus actos no sólo ante los que a él recurren sino también ante el Estado y, en forma solidaria con aquéllos, por el cumplimiento de todos los recaudos legales y fiscales que deben satisfacer tales instrumentos.

Por la enorme trascendencia económica y social del fenómeno societario, compete al Estado vigilar la satisfacción de dichos requisitos en los actos constitutivos pertinentes. Ese contralor debe practicarse, por tales motivos, por funcionarios u oficiales públicos. Nunca puede delegarse en manos privadas.

La propuesta del doctor Zamenfeld desnaturaliza la misión del abogado, pues le adjudica el ejercicio de la referida atribución pública, siendo que,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

por naturaleza, esencialmente defiende intereses privados.

Por el contrario, la postura del Colegio de Escribanos de la Capital Federal responde a las necesidades apuntadas ya que se afirma en la circunstancia de que los escribanos de registro son profesionales de derecho con funciones públicas.

El notariado ha tributado una larga y fructífera experiencia en la calificación de legalidad de los actos que autorizan sus componentes y ella no debe ni puede ser echada en saco roto

Su intervención con la conciliación de intereses diversos y la adecuación de éstos a las normas en vigor, se manifiesta acabadamente en la escrituración de distintas expresiones del fenómeno asociativo, cuales son las entidades por acciones, las civiles, y los consorcios de copropietarios de inmuebles sometidos al dominio horizontal.

En los pocos casos en que esos documentos son observados por autoridades competentes o a raíz de estudios de títulos o antecedentes, los interesados recurren al escribano para exigirle la satisfacción de los recaudos reclamados y de los que la ley lo hace responsable.

Esa responsabilidad se extiende indefinidamente y no es del todo extraño que incisivas preocupaciones sobre actos autorizados, y que el tiempo ha borrado de la memoria, quiten el sueño a notarios que, jubilados incluso, deben recordarlos; pues los interesados ponen en tela de juicio no sólo su idoneidad sino también su, así siempre expuesta, seguridad patrimonial.

Esto excepcionalmente ocurre a los abogados, y menos aún acaecería si el Registro Público de Comercio, como propone el doctor Zamenfeld, purgase los actos allí inscriptos.

Cabe, por otra parte, preguntarse: ¿Hasta qué punto es conveniente el que dicha registración tenga efectos saneatorios cuando la seguridad general y el propio Estado pueden resultar comprometidos por el incumplimiento de la ley? ( Qué patrón puede utilizarse válidamente para determinar el lapso de tiempo que debe transcurrir para que la ilegalidad se torne estéril?

¿Qué régimen de nulidades tendría que sancionarse para evitar esas consecuencias; y, aún cuando él se pusiese en vigencia, sería ése el medio más idóneo para obtener la seguridad buscada?

Las respuestas, por obvias, no merecen mayores comentarios.

## **VI. CONCLUSIÓN**

En definitiva, después de la exposición hecha, creo que, sin lugar a dudas, puede concluirse en que el Estado debe descentralizar el contralor de los actos constitutivos de sociedades comerciales trasladándolo al notariado.

La actividad del ente público debe limitarse a otorgar publicidad a esos contratos y a vigilar, cosa que ahora no hace sino deficientemente, la actividad de dichos entes colectivos.

Los abogados, por su parte, es conveniente que queden en sus bufetes para asesorar a los particulares y defender sus intereses, cuando es necesario, en los estrados judiciales.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Por otra parte, no es sino como último recurso, en la justicia donde debe buscarse la seguridad en materia de sociedades comerciales; pues no es la posibilidad de la impugnación del contrato ante los jueces lo que garantiza un ordenamiento sano del fenómeno técnico sino el nacimiento ágil y responsable de dichos entes colectivos.

La rápida regularidad de las sociedades comerciales a obtener mediante la fórmula propuesta por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, redundará, a no dudarlo, en una pronta incorporación al tráfico económico, de bienes y servicios, hoy inactivos, y que son imprescindibles para extraer al país de su actual situación elevándolo, a la que por naturaleza está destinado, sobre bases jurídicamente indispensables.