

REGISTRACIÓN SOCIETARIA Y FUNCIÓN NOTARIAL

MARÍA VERÓNICA SCOCCIA y CARLOS SCOCCIA

PONENCIA

Basándonos en el desarrollo de nuestra exposición, creemos que:

- 1) Con el acto constitutivo nace la personalidad de un ente societario, independientemente de la inscripción. La sociedad requiere de la existencia de ese acto constitutivo, con todos sus elementos integrantes: pluralidad de socios, fin propio, patrimonio, organicidad, denominación y domicilio.
- 2) Dada la existencia de un profesional del derecho en ejercicio de una función pública, es al mismo a quien le compete la constitución de sociedades.
- 3) Tal actividad conforma el desarrollo pleno de la jurisdicción voluntaria, tal cual se pretende legislar en la actualidad, en base al proyecto de instrumentación de las sucesiones ante notario.
- 4) Esta postura es coherente dentro de un panorama económico en que la desregulación y el estímulo a la iniciativa privada han cobrado profundo protagonismo.
- 5) El notario actuante asumirá una responsabilidad profesional, desmasificándose e insertándose en la competencia por los espacios del mercado.
- 6) Una aceptación de nuestra ponencia consolidaría el avance operado en la legislación vigente y en los proyectos de reforma, en cuanto los mismos facilitan y estimulan la constitución de sociedades y la plena capacidad de las mismas desde dicho acto.

Por todo lo hasta aquí expuesto, concluimos que la figura del notario es el medio idóneo para la delegación de funciones que proponemos, en virtud de la evolución operada en la legislación societaria.

FUNDAMENTOS

1. *Antecedentes normativos*

El antiguo régimen del Cód. de Comercio establecía para todas las sociedades anónimas el sistema de la autorización, mediante el cual toda constitución de las mismas debía cumplir los requisitos establecidos por la ley y obtener además autorización del Poder Ejecutivo, quien la otorgaría si el objeto social no fuere contrario al interés público.

El art. 39 del mismo cuerpo normativo regulaba que a los efectos de la inscripción en el Registro Público de Comercio, la presentación de los contratos debía realizarse dentro de los quince días de otorgado el instrumento para que éste tuviera efectos desde el día de su celebración y para hacer nacer el derecho de oposición de los terceros contratantes.

Estaban sujetas entonces las sociedades anónimas a un doble control: el del Poder Ejecutivo, por un lado, y el del Registro Público de Comercio, por el otro.

Posturas doctrinarias se encontraron a favor y en contra. Para algunos, la autorización estatal otorgaba a los accionistas una total confianza sobre la seriedad de la empresa. Para otros, esa previa autorización atacaba la libertad de asociación, trabando la actividad económica. Esto lleva a que se considere, por una parte, que toda intervención del Estado en la sociedad anónima debe desaparecer, y por otra, se argumente que el Estado no debe poder impedir, negando su autorización, la constitución de esas sociedades; pero debe intervenir sí en su funcionamiento, tanto en defensa propia, por la importancia que podría adquirir la concentración de capitales, como en defensa de los mismos accionistas.

En síntesis, el Poder Ejecutivo autorizaba la constitución de sociedades anónimas cuando su organización y estatutos eran realizados conforme a las disposiciones del Cód. de Comercio y su objeto no era contrario al interés público.

Malagarriga realiza una comparación con las legislaciones extranjeras¹. Comienza explicando el origen de esta autorización gubernamental. Cuenta que la mayoría de las sociedades anónimas nacieron en una época en que la libertad de industria, de comercio y de trabajo estaban bastante restringidas. Esto, sumado al monopolio que ostentaban esas primeras sociedades y a la delegación de funciones que hacía en ellas el poder público, es el origen de la tan discutida autorización.

Coincidimos con Escuti cuando nos dice que "Conforme al régimen del Cód. de Comercio, el proceso constitutivo de una sociedad por acciones, como también sus modificaciones, es burocrática sin justificación alguna, ya que se trata del ejercicio de una misma facultad: control de legalidad, que si bien es efectuado por órganos pte-

¹ MALAGARRIGA, C.C.: *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, t. I, p. 174.

ncientes a dos poderes distintos (Ejecutivo y Judicial), en definitiva es realizado por el Estado".²

La sanción, entonces, de la ley 19.550 significa un gran avance. En lo que respecta a la sociedad anónima introduce una modificación sustancial en el régimen de autorización estatal. Establece que el contrato constitutivo será presentado a la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales. Modifica entonces la anterior autorización en un contralor, ejercido por la Inspección General de Justicia. Así, el contrato constitutivo debía presentarse en el Registro Público de Comercio, quien debía comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y formales. Se abandona el "sistema de autorización" por el denominado "normativo", pero estableciendo el control únicamente en la constitución de sociedades por acciones "cerradas" y un control permanente en las denominadas "abiertas", es decir las del art. 299.

2. *Control de legalidad*

Nos dice la legislación vigente que el control de legalidad será practicado por un profesional del derecho en el ejercicio de una función pública administrativa, como lo es cualquier asesor de la Dirección o Inspección de las Personas Jurídicas, según fuere la jurisdicción, quien dispondrá la registración si lo juzga procedente. Obsérvese el paralelismo con el notario en el ejercicio de una función pública a cargo de un Registro Público también. Podrá argumentarse que el control se extiende más allá del acto constitutivo cuando lo requieran los accionistas que representen más del diez por ciento del capital, lo requiera el síndico o lo considere por resolución fundada la autoridad de contralor, por lo cual la intervención de esta última se extendería más allá de la constitución hasta la liquidación, pero en definitiva ello no es más que asignar a la autoridad de contralor funciones jurisdiccionales expresas, sin perjuicio del debido amparo de las sociedades y de las personas consagrado al otorgarle el derecho de apelación ante los tribunales competentes, contra las resoluciones del órgano estatal de contralor.

Distinto es el concepto respecto del control permanente de las sociedades denominadas "abiertas", es decir, aquellas incluidas en el art. 299 de la Ley de Sociedades, donde el criterio de la Comisión Redactora ha quedado expresamente reflejado en la Exposición de Motivos, al señalar: "Cuando la sociedad alcanza una determinada dimensión en razón de la importancia de su capital, la influencia económico social que ejerce por ese poder económico, que excede el interés individual de los titulares del capital y los límites del ámbito físico en el que están establecidos, se impone la vigilancia permanente del Estado para que se cumplan las normas que rigen su funcionamiento.

"El Estado no debe ser indiferente a la situación que se crea por las repercusiones que tiene el cese de funcionamiento de entes que son importante fuente de trabajo.

² ESCOBAR (h). I.A.: "Apuntes acerca del control y de la registración societaria", *RDCO.* año 14, [1981], p. 501.

cuya interrupción produce graves fenómenos, tanto más graves cuanto menor sea la dimensión del ámbito socio económico en el que actúan. Existen ya en el país numerosas empresas en torno a las cuales se han formado poblaciones integradas por sus obreros y empleados, y otras empresas, más pequeñas subsidiarias”.

Fue concepto de los redactores de la ley reducir la intervención estatal a un mínimo en la constitución y funcionamiento de las sociedades, salvo cuando se vea afectada la economía nacional, o aspectos del poder político que puedan ser alterados por las combinaciones económicas que integren las sociedades.

Debe observarse que también tiene un criterio amplísimo en el concepto de valuación de los aportes en especie, donde se da la facultad de recurrir a la determinación pericial, aportando los antecedentes justificativos de tales actos, importante delegación en un tercero que no reviste función pública alguna.

Nadie podrá negar que las constantes resoluciones de los organismos de control societario, de las distintas jurisdicciones, en lo que respecta a la constitución y funcionamiento de las sociedades en general, y de las anónimas cerradas en particular, cuando ejerce el control de legalidad, han incurrido sin responsabilidad para con los administrados en apartamientos, desviaciones u omisiones de importancia, del texto o doctrina o interpretación adecuada de la ley 19.550 y concordantes.

Permanentemente el control estatal ha interferido en los actos constitutivos, en circunstancias en las cuales en más de una oportunidad ha sido necesaria la intervención del organismo jurisdiccional para paliar sus efectos, en lo que ha sido un constante incremento de costos operativos. Ante ello cabe preguntarse si tiene sentido el control estatal, más aún en lo que denominamos pequeñas sociedades, sociedades cerradas o de familia, compuestas por pocos socios, normalmente vinculados entre sí, que por lo general tienen a cargo la gestión social y que explotan pequeñas y medianas empresas, enfrentado ello a la gran sociedad anónima, “abierta”, integrada por muchos socios, normalmente desconocidos entre sí, y que inclusive hasta pueden cotizar en bolsa.

En su momento la proliferación, particularmente de sociedades anónimas, destinadas a explotar pequeñas y medianas empresas, tuvo su razón de ser por circunstancias impositivas y sucesorias. Desaparecidas las razones mencionadas, particularmente el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, de nada ha servido tal circunstancia, como así también la flexibilización de la S.R.L. aunque en el tópico de nuestro trabajo el control estatal se brinda en esos y en los distintos supuestos societarios, más allá que el ropaje jurídico, grande, particularmente de la anónima, es el resultado de la existencia del mismo para un cuerpo económicamente chico.

Interpretamos que tanto el jurista como el legislador tienen dos senderos: o ignoran el fenómeno de la pequeña y mediana empresa, particularmente disfrazada de anónima, o establecen diferencias normativas, especialmente en la constitución, entre la gran anónima y las restantes, introduciendo elementos diferenciadores entre los distintos subtipos sociales. El moderno derecho comercial, a través del desarrollo de fe-

nómeno histórico se presenta con un nuevo espíritu de empresa y una nueva organización del tráfico: dicho derecho regula una serie de actos jurídicos o negocios que por razones históricas o de conveniencia social deben caer en su ámbito. Arecha³ sostiene que esta "conveniencia social" se relaciona con la seguridad y celeridad de las transacciones mercantiles, el interés del comercio y del crédito.

Halperín sostenía que el Estado debe intervenir para reglar el tráfico comercial, y en ocasiones ejercerlo. Hoy este concepto se ve empujado por el desarrollo de las nuevas teorías neocapitalistas: de allí la protección al consumidor, el fomento de la competencia y del desarrollo, etcétera. La creciente concentración urbana produjo un importante cambio en las relaciones sociales, ya que hoy las operaciones se efectúan tanto con conocidos como con desconocidos; así aparece la inscripción registral, la cual va adquiriendo cada vez mayor trascendencia como protección de los terceros.

La registración societaria no es ajena a esta evolución, siendo una forma típica de publicidad cuya finalidad es dar seguridad al tráfico jurídico amparando la celeridad y buena fe. Messineo indicó que la publicidad es el instrumento que permite hacer conocido, o cuando menos conocible, un hecho o acto jurídico por la generalidad de los terceros, en tutela de los intereses en juego, mediante la inscripción en Registros Públicos cuya exactitud es garantizada por el Estado.⁴

La doctrina elaborada, como la legislación dictada con posterioridad a la 19.550, demuestran una tendencia unánime a simplificar el régimen del control de legalidad para evitar superposiciones inútiles que van en desmedro de los administrados.⁵ En el Primer Congreso de Derecho Societario de La Cumbre, año 1977, existieron ponencias y debates sobre el tema, los cuales fueron considerados en el plenario.

En marzo de 1978 se sanciona la ley 21.768 que en su momento significó una medida de trascendencia, pero que la opción otorgada no era lo suficientemente flexible para aquellas jurisdicciones que estimaran conveniente establecer un sistema unificado de todas las funciones registrales en el organismo de control de las sociedades por acciones; ello da origen al dictado de la ley 22.280, que no se limita a las funciones societarias registrales, sino que abarca todas las funciones mercantiles registrales. Con el dictado de dicha ley, la cuestión, según Escuti⁶ quedó planteada en simplificación del régimen de control, y cuál sería la sede competente. Ello dio lugar a planteos tendientes a evitar los obstáculos que traben o dificulten el comercio, lo cual se puede simplificar en que el uso del crédito exige una gran confianza que el derecho

³ ARECHA: *La Empresa Comercial*, p. 453. Citado por ETCHVERRY, R.A.: "Necesidad de ordenamiento y actualización de la legislación mercantil sobre la base del moderno derecho comercial". *RDCO*, año 9, 1976, p. 332.

⁴ MESSINEO: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, pp. 241/242. Citado por ESCUTI (h). I.A.: ob. cit. en nota 2, p. 502.

⁵ ZALDÍVAR, E.: "El control externo de las sociedades comerciales". *JA*, 1973. Doctrina, p. 114.

⁶ ESCUTI (h). I.A.: ob. cit. en nota 2, p. 506.

mercantil debe suscitar y asegurar; simultáneamente es interés del comercio exigir rapidez en las transacciones para el logro de beneficios, en un régimen de libertad que garantice a los individuos su accionar. Debe observarse que la legislación no debe apartarse de lo que es una rápida, económica y buena administración, para lo cual deben simplificarse los controles, careciendo de motivación la concurrencia de facultades casi idénticas cuya diferenciación fundamental radica en la órbita que actúa cada uno de los funcionarios, que en definitiva representan al Estado.

Este análisis lleva imperiosamente a observar las fases de la función del Registro: una que reviste verdadero carácter jurisdiccional, tal cual es valorar, ordenar o rechazar las inscripciones, es decir practicar el control de legalidad, y otra, de carácter administrativo, como por ejemplo la rúbrica de los libros societarios. Con respecto a la primera corresponde señalar, coincidentemente con Carlos San Millán⁷ que la existencia de actos de naturaleza jurisdiccional no importa de por sí presupuesto de un tribunal o juzgador dependiente del Poder Judicial.

Dice el mismo autor que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido a través de reiterada jurisprudencia que no niega en modo alguno el ejercicio de la función jurisdiccional en sede administrativa. Lo que la Corte exige en definitiva es que exista revisión judicial de los actos de administrador, siendo suficiente esta si se realiza en una instancia judicial. Se observa que analizada la labor judicial en lo referente a las inscripciones registrales, se advierte que se trata de una función esencialmente administrativa.

3. Precalificación registral

Convenios suscritos por la Inspección General de Justicia el 19 de diciembre de 1986, con los colegios profesionales de escribanos, abogados y Ciencias Económicas, de la Capital Federal, tuvieron como consecuencia de la cooperación técnica y financiera, el dictado de la res. gral. 2/87 de la Inspección General de Justicia, en cuyas consideraciones se propende a un mejor funcionamiento, modernización, reestructuración y actualización de tareas, como así también contribuir al cumplimiento de las misiones y funciones que las leyes y demás normas le atribuyen a dicha Inspección General. Que igualmente de dichos convenios resulta con carácter optativo, para algunos de dichos trámites, un tratamiento especial de rapidez, integrado con dictámenes profesionales de precalificación, que supondrían la adecuación de la documentación que se presente a las normas legales y reglamentarias del acto que corresponda instrumentarse.

Se estableció que tal precalificación deberían realizarla profesionales escribanos, abogados, y/o graduados en Ciencias Económicas, según las necesidades que a criterio del organismo impulsara el trámite a realizar.

⁷ SAN MILLÁN, C.: "Antecedentes normativos del Registro Público de Comercio que explica la redacción del art. 34 del Cód. de Comercio", LL. 2/5/78.

Dicho dictamen precalificatorio, conforme al art. 3º de la resolución citada, deberá confeccionarse conforme al detalle que para cada tipo de trámite se indica en el anexo que integra dicha resolución; la precalificación supone la adecuación a las normas legales, técnicas y reglamentarias que correspondan al acto de que se trate.

En el art. 4º de la mencionada resolución se trata extensamente el trámite especial previsto, conceptuándose, por ejemplo, que en estos supuestos se dictará resolución mediante la actuación de un solo inspector calificador, verificándose la existencia de los recaudos materiales necesarios y el cumplimiento de los principios de ordenamiento registral de acuerdo al tipo de trámite requerido.

Cumplidas dichas tareas, sin otro trámite, se emitirá pronunciamiento mediante resolución firmada ordenando la inscripción registral, o disponiendo la conformidad administrativa a la presentación, según sea el supuesto peticionado; sin perjuicio de lo cual podrá aconsejarse la observación o rechazo. En estos últimos casos se deberá remitir en el día al Sr. Subdirector General, quien evaluará el criterio del inspector calificador en contraposición al dictamen precalificatorio; según resulte lo actuado en esta última instancia se cursará la observación aconsejable al interesado, o de primar el criterio de este último se dictará la resolución, conformando el documento, por parte del inspector general.

La misma res. gral. 2/87 excluye de dichas actuaciones a aquellos actos que correspondan a sociedades sujetas a fiscalización estatal permanente, según lo dispuesto en el art. 299 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En su anexo establece concretamente cuáles son los trámites y los profesionales intervinientes para los dictámenes exigidos para determinados actos; expresamente establece la actuación del notario en la constitución de sociedades, reorganización de las mismas, disoluciones, supuestos que no impliquen reforma estatutaria, y en fin, en toda aquella instancia societaria que comprende el íter que va de la constitución a la cancelación registral, asistido únicamente por un graduado en ciencias económicas; esta última asistencia lógicamente tiene por fin el análisis puntual, preferentemente de los estados contables, por un profesional con incumbencia para ello.

Dicha resolución general, en consonancia con las normas de la Inspección General de Justicia aprobadas por la res. gral. 6/80 de la misma inspección, ha merecido algunas reformas que son perfectamente clarificables de la intención a que nos llevan las conclusiones de este trabajo, como así también otra normativa semejante o análoga de organismos de control provincial. Es de destacar que muchas de estas reformas, en una pretendida ampliación de incumbencias y/o extensión de funciones hacia otros profesionales que intervienen en la problemática societaria, han violentado normativa expresa de lo que es la función y el documento público. Evidentemente haciendo hincapié en intereses sectoriales profesionales, se ha transgredido la normativa de fondo de nuestra legislación, elevando a la categorización de funcionario público a los abogados y contadores intervinientes, tal cual se observa en la res. 9/87. Es decir, se ha querido extender la fe pública en contraposición al Cód. Civil, cuando existe para ello

una enumeración precisa de la ley de fondo que demarca el ámbito de aplicación de dicha fe pública legitimada, la única regulada por ley. Este concepto de fe pública es el tema central de la construcción jurídica que pretendemos elaborar en este trabajo, en lo que interpretamos que al encontrarnos en un sistema de neto corte romanista, a diferencia de los germánicos o anglosajones, las inscripciones revisten un carácter meramente declarativo, limitándose la potestad del registrador al examen de los recaudos legales y fiscales extrínsecos; si delegamos en otro registrador, como lo es el notario, que a la vez es el conformador del instrumento, el receptor de la voluntad negociada, el control de legalidad, habremos obtenido como conclusión final de este estudio que la instrumentación de los actos societarios ante el mismo invisten por ese solo hecho y circunstancia al ente constituido, de plena y absoluta capacidad para actuar. Nada de lo aquí expuesto es ajeno a nuestro derecho, y es así que las sociedades civiles, con contrato consensual y formal, *ad probationem*, quedan regularmente constituidas desde que las partes suscriben la escritura pública exigida por el inc. 3° del art. 1184.

En forma semejante a la precalificación se ha legislado en la provincia de Bs. Aires, donde, por ejemplo, la disposición gral. 106/91 de la Dirección Provincial de Personas Jurídicas, y complementarias, delegan la rúbrica de libros sociales en el notario, quien por medio de acta notarial realiza tal tarea; en similar forma, en virtud de la normativa de la ley 11.483 de dicha provincia, se otorgó al Instituto Provincial de Acción Cooperativa la policía o control de las sociedades cooperativas, indicando el IPAC que continuaría con igual criterio respecto a la rúbrica de sus libros. Recientemente el dec. 754/95 sustituyó los arts. 9° y 10 de dec. 1493/82, estableciendo los recaudos a cumplir para la individualización y rúbrica de libros por los escribanos públicos, recordando también el carácter obligatorio de la precalificación instituida en el convenio de asistencia técnica celebrado el 24 de marzo de 1987, ya mencionada.

Hemos pretendido, de esta sintética remisión de normativa societaria vigente demostrar cómo, con atisbos administrativos, muchos de ellos de temerosa ejecución por los intereses profesionales sectoriales en juego, han ido extendiendo el control de legalidad, cual es la calificación de los documentos que instrumentan los actos, a los distintos profesionales. Al haber extendido dicho control a un profesional del derecho, encargado de una función pública, como es definido el notario, no es necesario ningún esfuerzo o construcción jurídica para determinar que los actos societarios, desde la conformación a la extinción del ente, deben ser conformados por dicho profesional, en una función propiamente notarial en atención al conjunto de principios y reglas jurídicas aplicables a países como el nuestro, en que su ciencia jurídica y su legislación se han formado sobre la base del derecho romano.

El derecho, en definitiva, es la obra del legislador, el cual partiendo de principios elaborados sobre la base de un procedimiento lógico deductivo, de arriba hacia abajo, va dando luz a una serie de normas escritas, las cuales no pueden sustraerse a ciertas influencias históricas y consuetudinarias. Estas normas escritas constituyen el ordena-

miento jurídico de un país, que deben ser aplicadas, a su vez, mediante un procedimiento logístico.

Ante ello, así como la ley 21.768 resolvió quitar de la esfera administrativa del juzgado correspondiente el manejo del Registro Público de Comercio, proyectos cercanos como el Anteproyecto de Ley de Registro de Comercio, presentado por el Consejo Federal del Notarial Argentino, como otras tentativas tendientes a eliminar la duplicidad del control de legalidad y de registraciones, nos llevan a proponer concretamente las conclusiones a que arribaremos, revisando la oportunidad y alcance de la intervención administrativa en el iter societario desde la constitución hasta la cancelación de la personalidad obtenida, tratando en tal forma de que se opere una saludable concentración no sólo en el ejercicio de las funciones, sino también en la conservación de la documentación pertinente, circunstancias éstas que, como es notorio, resultará de una economía para los administrados y una más eficaz publicidad de los actos de los sujetos fiscalizados.

Esta permanente delegación de funciones que proponemos tiene su basamento además en normativas análogas en otras actividades o jurisdicciones, en las cuales el Estado ha encomendado a profesionales con incumbencia específica, la delegación de tareas que en un principio, realizaba la misma administración, tal es el caso de lo regulado en la provincia de Bs. Aires en la ley 10.707 y actualmente en Capital Federal para la habilitación de comercios.

4. Función notarial y jurisdicción voluntaria

La jurisdicción voluntaria es aquella que, como dice Gutiérrez Alvis,⁸ el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico, para cuya celebración se finge la existencia de un proceso, el cual se caracteriza por las siguientes notas: voluntariedad para las partes, no para el magistrado; ausencia de conflicto de intereses entre las partes; control de legalidad y asesoramiento de esas partes.

Como ha recordado Cubides Romero,⁹ "la intervención del notario en los contratos y actos que requieren de solemnidades, cumple en la actualidad y por virtud del reconocimiento de la fe notarial, la función que realizaban los jueces en la jurisdicción voluntaria como en el caso de la *in iure cessio*. Y así como en Roma los *iudicii chartularii*, auxiliares judiciales, fueron encargados de los juicios simulados y, sucedidos luego en su competencia por los tabeliones, llegó a los notarios la facultad de intervenir en la transferencia de los bienes inmuebles, requerida de solemnidades. La interven-

⁸ GUTIÉRREZ, ALVIS y ARMARIO, F.: *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 1982, p. 328. Citado por GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: en "Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el notario". *Revista Jurídica del Notariado*, II, 1993. España.

⁹ CUBIDES ROMERO, Manuel: "Derecho notarial colombiano". Universidad Externado de Colombia, p. 490. Citado por GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: *ob. cit.* en nota 8.

ción en actividades determinadas por la voluntad o necesarias para vigilar la acción jurídica de los particulares que es en esencia la misión que cumple el servicio notarial, recibiendo y autorizando las declaraciones espontáneas de voluntad y dándoles autenticidad y fuerza ejecutoria, recoge los contenidos de la jurisdicción voluntaria para desempeñarlos dentro de su propia estructura jurídica”.

Junto a la actuación notarial, los jueces también desempeñan, además de su actividad, y por razones exclusivamente históricas, actividades de carácter no jurisdiccional, que se denominan “jurisdicción voluntaria”, que han sufrido esa ampliación por entender que la intervención del juez ofrece una garantía de fiscalización más segura. Descartaremos las tesis que llevan al problema de la determinación de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, para concluir indicando que la misma constituye una actividad autónoma del Estado, caracterizada por la circunstancia de actuarse una función pública sobre relaciones o intereses jurídicos privados, dentro de un sistema cautelar que tiene como finalidad exclusiva la garantía de cualquier derecho en el ámbito del derecho privado.

Desecharemos las semejanzas y diferencias entre la función notarial y la judicial,¹⁰ pero sí debemos indicar que está justificada la competencia notarial en aquellos actos de jurisdicción voluntaria donde la judicatura desempeña funciones que encuadran a la perfección en las características que, en virtud de su desenvolvimiento histórico y legislativo, tiene el notariado: formación suficiente, hallarse investido de la fe pública (funcionario público), y contar con los medios técnicos adecuados (escrituras y actas notariales —especialmente dentro de estas las de “calificaciones jurídicas”—) para lograr soluciones que satisfagan los intereses de los particulares, que se garantizan en función de la prevención de conflictos, y por lo tanto para el logro de la paz social y de la seguridad jurídica, mediante el control de legalidad de dichos actos.

Concretamente, Escuti¹¹ propone que el control de legalidad y funcionamiento debe estar a cargo de un funcionario público, idóneo y responsable, pues lo contrario implicaría negar la concreción de un verdadero y eficaz estado de derecho en la República Argentina.

Al respecto puede hablarse de la responsabilidad directa y personal del notario en un doble aspecto: el ejercicio de la función notarial es de desempeño personal del notario, quien no puede delegar el ejercicio de su función; de hacerlo, además de incurrir en responsabilidad disciplinaria, incurre en responsabilidad penal. Esta última responsabilidad permite la existencia misma del notariado, sin ella no podría existir éste: sólo puede establecerse una presunción de verdad, de credibilidad obligada en la afirmación de un funcionario, cuando faltar a la verdad esté fuertemente sancionado. Es menester reducir las probabilidades de mendacidad a una cifra despreciable, por-

¹⁰ GÓMEZ FERRER SAPIÑA, R.: ob. cit. en nota 8, p. 106.

¹¹ ESCUTI (h), I.J.: ob. cit. en nota 2.

que si esta es elevada cae a tierra, mejor dicho no puede establecerse aquella presunción.

La responsabilidad civil, permite la existencia de un tipo de notariado: el legitimador. Sólo puede establecerse una presunción de legalidad, de validez, si se establece, junto a la competencia técnica del notario, la responsabilidad civil por el daño que cause por una actuación torpe a los otorgantes y a los terceros.

La legislación vigente ha dado y está dando actualmente muestras acabadas del paulatino desplazamiento que se ha ido produciendo primeramente del doble control de legalidad, y luego de la delegación en forma exclusiva y excluyente de ciertas sociedades, como por ejemplo de aquellas que realizan oferta pública de sus títulos valores, para lo cual, según la ley 22.169, se delega en la Comisión Nacional de Valores la conformidad administrativa a las reformas estatutarias.

Argumentos a favor de nuestra ponencia, que tiene por fin desplazar el control de legalidad hacia la órbita notarial, son los citados por Nissen¹² quien expresa: "El cúmulo de tareas que pesa sobre el Juzgado de Registro para el ejercicio del control de legalidad sobre los documentos cuya inscripción se pide, hacen materialmente imposible que el registrador pueda abordar la tarea de pronunciarse sobre las oposiciones formuladas a los pedidos de inscripción, cuando ellas se fundan en vicios de la voluntad, u otras razones sustanciales, para cuya apreciación y resolución se requieren formas de juicios que no son las propias en trámite de inscripción. No dudamos que el juez de registro debe rechazar la oposición que aparezca desprovista de fundamento serio y razonable, pero no debe ser él quien deba meritar las razones legales invocadas para fundarla".

Es importante señalar que del juego armónico del inc. c del art. 4º y 26 de la ley 22.315, en concordancia con lo preceptuado por el art. 2º de la ley 22.169, la Inspección General de Justicia carece de las facultades calificadoras respecto de las sociedades sujetas al control de la Comisión Nacional de Valores. Consecuencia de esta delegación del control de legalidad en uno de los tipos societarios expresamente citados en el art. 299 de la Ley de Sociedades, resulta que la Inspección como organismo registral sólo realice la tarea material de la registración en lo atinente a las sociedades que hacen oferta pública. Ante ello surge claramente la pregunta: ¿Qué inconveniente existe en que el control de legalidad de las denominadas sociedades "cerradas", en el supuesto de las anónimas, y en los restantes tipos societarios, sea practicado por el notario? En orden a la función nos encontramos ante un profesional que goza de todos los atributos del funcionario público, perfectamente capacitado para ello: que no sólo ha logrado el título universitario requerido, sino que además para acceder al ejercicio de la función debe compulsar con quienes habiendo logrado el mismo grado académico, deben someterse a un examen de idoneidad. Sólo resta la habilitación legal para practicar el control de legalidad que se propone, razón por la cual la propuesta de este

¹² NISSEN, R.A.: "Competencia del juez de registro", *RDCO.* 1977, p. 486.

estudio es incorporar la permisión normativa expresa que implicaría "habilitarlo legalmente".

Díaz de Guíjarro ha expresado,¹³ en una apología a la actividad notarial. "...de una interpretación inicial que el notario efectúe, va a depender la plenitud de la cuestión del acto en cuanto a la realización misma, en cuanto a sus efectos, sobre todo de especialísima manera que sea materia de litigio judicial, con respecto al acto notarial es base fundamental, y tan fundamental que a veces decide por sí mismo el resultado del pleito. No es, entonces una función automática la que el notario cumple, siempre igual y sólo mecánica, porque entonces no habría dignidad en el ejercicio profesional...".

Esto, en definitiva, significa la introducción decisiva del notariado de tipo latino en el ejercicio de funciones que le son propias en un avance legislativo que sería adaptar la actividad a las exigencias de los nuevos cometidos que le esperan. Por doquier el notariado libre de tipo latino con raigambre continental del derecho, reconquista las posiciones otrora perdidas en una ampliación del ámbito de su competencia.

CONCLUSIONES

Creemos luego de lo desarrollado que el Estado debe limitar sus funciones, debe apartarse de aquellos cometidos que afectan la libertad de contratar y la libertad económica, y solamente debe intervenir en lo imprescindible, cuando esté en juego el bien común.

La intervención del Estado no sólo cercena las libertades individuales, sino que además genera una burocracia inconducente; si ese control, además de no tutelar el bien común, ya que nos encontramos en la esfera individual de la contratación, no es encima eficiente, es preferible no tenerlo y contar con sistemas capaces de dar respuesta a la necesidad de contratar de los administrados. Siempre estará abierta para éstos la acción de la justicia, por el eventual ilícito resultante, en razón de las distintas responsabilidades que asume el notario, conformador del instrumento, como funcionario público que es. Una duplicidad de funcionarios públicos no sólo superpone las funciones sino que además encarece el procedimiento. Lejanos están los tiempos en que Halperín desmerecía la actividad notarial, cuando sostenía: "Qué agrega la autenticación notarial, más allá de un recargo de costos insumidos por innecesarios desembolsos de honorarios".¹⁴ Por lo expuesto, y sin perjuicio de todo lo que hemos expresado, se debe concluir que solamente deben fiscalizarse en su constitución, determinadas sociedades, particularmente algunas del art. 299 de la Ley de Sociedades Comerciales. La problemática que se analiza se inserta perfectamente dentro de los marcos regula-

¹³ DÍAZ DE GUÍJARRO, E.: "La fe pública notarial y la interpretación de la ley". *JA* 5452, 28/2/86.

¹⁴ HALPERÍN, I.: "Análisis crítico de ciertas resoluciones de la Inspección General de Personas Jurídicas". *RDCO*, año 1975, p. 79.

torios de los servicios públicos y de la perspectiva de la responsabilidad profesional. Posibilitar que la sociedad instrumentada ante notario goce de una capacidad plena desde el acto de la constitución, redundará con toda seguridad en una reducción de los altos costos que la sociedad ha debido afrontar como consecuencia de controles indebidos e innecesarios, los cuales en más de una oportunidad hacen afrontar al Estado y a los administrados los altos costos operativos, sabiendo que en más de un supuesto existen verdaderos abusos consecuencia de interpretaciones *contra legem* que inequívocamente hacen asumir la responsabilidad de los mismos a los requirentes, los cuales no saben dónde recurrir para exigir en protección de sus derechos el responsable del daño producido; dado el actual proceso de desregulación profesional, que trae como consecuencia una transformación de las diversas prestaciones de servicios, las cuales apuntan para el desarrollo de sus actividades a un mayor rendimiento de los mismos, todo lo cual obligará a una actualización en línea general de los profesionales, ante lo cual *sin duda* alguna, será un tema trascendente la apreciación de determinadas negligencias en el ejercicio profesional, sobre todo en distintas áreas disciplinarias, todo lo cual da el nacimiento a las especialidades.

No existe duda alguna que el notario, obligado a instrumentar la problemática societaria dentro del marco desregulatorio y de responsabilidad profesional, enriquecerá su conocimiento, en forma individual o asociada, desmasificándose e insertándose en la competencia por los espacios del mercado, todo lo cual tendrá, como consecuencia inmediata la protección de los derechos de los requirentes, consolidándose por ello, como un hito de la década, la consolidación de la responsabilidad profesional, temática abordada concretamente en los proyectos de reforma de los Códigos Civil y Comercial, los cuales tienen como ideas centrales considerar a la misma dentro del campo contractual, situando el ejercicio profesional dentro de la locación de servicios, y ubicando la misma dentro de los factores subjetivos de atribución, asentando este último concepto en la atribución de culpabilidad o eximición de ella, e incluso ponderando esta actividad a quien mejor esté posicionado para proporcionar la mejor información, manteniendo la idea de la responsabilidad subjetiva en el ámbito profesional, permitiendo probar la no culpa en las obligaciones de medio, más allá que siendo el hecho negativo imposible de probar, lo que deberá probarse es el hecho positivo, o lo que es lo mismo, que se empleó la diligencia acorde con la circunstancia y naturaleza de la obligación; similares consideraciones pueden practicarse respecto a las obligaciones de resultado. Es así que se plantearán distintas opciones teniendo en cuenta aspectos fácticos y jurídicos, como por ejemplo las calidades personales del obligado, en donde la especialización es factor determinante de aquellas otras en que el quehacer profesional es esencialmente fungible. Es decir, habrá una revalorización de la especialidad y de los especialistas, lo cual planteará diferenciaciones concretas en las prestaciones profesionales notariales, en el ámbito del derecho societario, para lo cual se establecerán los distintos caminos para acceder a la categoría jurídico notarial de especialista en derecho societario, consideraciones que aun dentro de una situación ob-

jetiva tendrá como resultado una segunda valoración subjetiva, que estará signada por la notoriedad e idoneidad que haya adquirido el notario como especialista por su particular dedicación a la temática societaria. Esta temática pondrá en pie de igualdad a la relación cliente profesional, lo cual hoy no se observa en el plano cliente administrativo, brindando un nuevo marco normativo referencial, en contraposición al álea interpretativa del funcionario que actualmente conforma al ente societario. Si se adopta nuestra ponencia, el administrado no se sentirá agobiado por el sinnúmero de procedimientos minúsculos que no conllevan a la celeridad propia del tráfico comercial, puesto que la actuación administrativa se reduciría únicamente a controlar la constitución de sociedades que por su objeto, o por recurrir a la oferta pública, repercutan indudablemente en la comunidad, ya que el control de legalidad y la responsabilidad que de ello resulta con el fin del reconocimiento de la personalidad jurídica, tendrá como base el pronunciamiento de un profesional habilitado, en el ejercicio de una función pública que verificó el cumplimiento de todos los requisitos legales, juicio de valor que igualmente no tendrá una virtud convalidante, pues no excluye la posterior instauración de acciones de impugnación de la personalidad obtenida, en lo que hace a sus consecuencias y efectos, con las responsabilidades emergentes del profesional notario interviniente.

Ante esta alternativa, ¿cuál sería el papel a desempeñar por el organismo inscriptor? Partiendo del supuesto que el acto de constitución fue otorgado ante un profesional en ejercicio de una función pública, a cargo de un registro notarial que al decir de Gattari "a fuerza de hablarse de derecho registral y del registro de la propiedad, del automotor, de aeronaves, etcétera, los notarios hemos perdido la noción vital de que los notariales también son registros"¹⁵, lo cual conllevaría a exponer que la registración del acto solamente tendría por finalidad publicitar el cumplimiento de la legalidad formal constitutiva; sin atribuir a la autoridad administrativa la potestad de determinar el mérito del ente constituido. Recordemos que la escritura pública es uno de los instrumentos públicos enumerados en el art. 979 del Cód. Civil, incs. 1° y 2°. Spota define al instrumento público como aquél que tiene como principal característica el haber sido otorgado ante un órgano estatal (agente administrativo o funcionario) con atribución por la ley para darle autenticidad, es decir, conferirle los efectos propios de la fe pública, en lo que atañe a las circunstancias de haberse formulado la declaración de voluntad y realizado los hechos jurídicos cumplidos por él mismo, o que ante él sucedieron.

Mediante esta actividad las sociedades quedarían sujetas a la fiscalización estatal permanente si cumplieran los recaudos del art. 299 de la Ley de Sociedades, tanto para las restantes sería la autoridad competente para resolver, en el orden administrativo, las cuestiones que se suscitaran entre los entes constituidos, y la coordinación e

¹⁵ GATTARI, C.N.: "Capacidad de la sociedad con inscripción en formación". *Revista del Notariado*, n°. 773, p. 1359.

información relacionada con el potencial económico empresarial, en aquellos ámbitos que posibiliten uniformar los distintos sistemas de procesamiento de datos, a los efectos de su publicidad, oponibilidad, etcétera, previéndose que en todo momento la inscripción no será convalidante de los vicios y/o defectos de que adolecieren los entes constituidos.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) ANAYA, Jaime: "Sociedad en formación y personalidad jurídica", *ED*, t. 129.
- 2) BENSEÑOR, Norberto: "Fiscalización estatal y poder de policía societario", *RDCO*, n° 117, junio 1987.
- 3) ESCUTI, Ignacio Andrés: "Apuntes acerca del control y de la registración societaria", *RDCO*, año 14, 1981.
- 4) ETCHEVERRY: "Necesidad de ordenamiento y actualización de la legislación mercantil sobre la base del moderno derecho comercial", *RDCO*, año 9, 1976.
- 5) FAVIER DUBOIS (h): *Derecho Societario Registral, Ad-Hoc*, Bs. Aires, 1994.
- 6) GATTARI, Carlos: "Capacidad de la sociedad con inscripción en formación", *Revista del Notariado*, n° 773.
- 7) HALPERÍN: "Análisis crítico de ciertas resoluciones de la Inspección General de Personas Jurídicas", *RDCO*, año 8, 1976.
- 8) MALAGARRIGA, Carlos: *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, t. I, Editorial Científica y Literaria Argentina, 1926.
- 9) *Revista Jurídica del Notariado Español*, n° II Extraordinario, 1993, Gráficas Minaya, Guadalajara.
- 10) RICHARD, Efraín: "La publicidad como medio de asegurar la personalidad jurídica societaria. La intervención notarial", *Revista Notarial*, n° 917.
- 11) SPOTA, Alberto: *Tratado de Derecho Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1967.