

XXXII Jornada Notarial Argentina

TÍTULO PONENCIA

“EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS”

Titulares: José Pablo Sala Mercado, María Valeria Sala Mercado y Cristian Ariel García Li Muli

Tema/Comisión: III (Sociedades)

Coordinador Nacional: Soledad Richard

Datos Contacto: josesalamercado@yahoo.es; tel: +54-351-4213235

“EXTENSIÓN DEL EXÁMEN CALIFICADOR EN LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES SOCIETARIOS”

Introducción

El examen calificador¹, que materializa el principio de legalidad registral como acto de sometimiento de un documento a la ley, presenta algunos reparos en materia judicial y registral cuando reviste el carácter de instrumento público notarial.

Numerosas sociedades constituidas por instrumento público notarial (Sociedades Anónimas o de otro tipo que adopten esa formalidad por aporte de un bien transferible por instrumento público) son observadas al efectuarse el control estatal por autoridad judicial, administrativa de contralor (IGJ) o registral (RP).

Vale decir que un instrumento de tal naturaleza ha sido visado de legalidad² por

¹ López de Zavalía expone que “Calificar es encuadrar un objeto de conocimiento en una determinada categoría. Si la categoría de que se trata es jurídica, estaremos frente a una calificación jurídica.”, destacando que el que controla realiza una doble calificación, porque autocalifica su conducta para decidir si obra y como lo hará y califica la conducta ajena. López de Zavalía Fernando J., “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Víctor P. de Zavalía S.A., Bs.As., 1983. Pág. 393.

² Gattari destaca y menciona en su obra el texto aprobado en 1986 en reunión de La Haya por el Consejo Permanente de la Unión Internacional de Notariado Latino que en referencia a los documentos notariales expresa “9. *Los documentos notariales gozan de doble presunción de legalidad y de exactitud. La presunción de legalidad comporta que el acto o negocio jurídico reúne los requisitos legales para su validez, y particularmente, que el consentimiento de los otorgantes se ha manifestado en presencia del notario libre y conscientemente. ... 12. Los notarios redactaran los documentos conforme a su leal saber y entender y reflejaran en é claramente la voluntad de los otorgantes que previamente habrán de interpretar, adaptándola a las exigencias legales o de técnica jurídica necesaria para su plena eficacia.*” Y por otro lado el texto I Congreso de Derecho Notarial nacional de 1971 en Córdoba, que en relación al Notario y su función expresa “2.1. *El escribano es un profesional del derecho encargado de una función pública de carácter jurídico y social. Como profesional de derecho asesora a quienes se lo requieren, respecto de los actos que deben otorgar,*

el escribano oportunamente y, por tanto, ello hace propio detenerse en la competencia de nuevas observaciones que se produjeran en las distintas etapas ulteriores a superar para el logro de la inscripción definitiva. Asimismo, debe distinguirse la competencia de cada control ya que, de contar toda etapa con idéntica competencia, pueden acaecer contradicciones que dilaten el proceso y perjudiquen a los administrados interesados y terceros en general, por cuanto la seguridad jurídica entra en juego.

Es importante resaltar que se trata de un control *a priori*, el cual tiene por objeto determinar vicios manifiestos en el documento con algunas excepciones intrínsecas ya que, en caso de conflicto ulterior sobreviniente respecto de la sustancia, las autoridades administrativas, judiciales o arbitrales, podrán efectuar el debido control *a posteriori*, cuando sean llamados a tal efecto³.

El examen calificador varía frente a las características del registro receptor del instrumento (constitutivo o declarativo, convalidante o no convalidante) y ello le añade o quita intensidad. Así las cosas, podrá el registro circunscribirse a las formas extrínsecas del instrumento y la detección de vicios manifiestos, excepcionalmente a lo intrínseco, o, por el contrario, extenderse a la totalidad del documento en cuanto a forma y fondo. El interrogante a responder es el siguiente:

¿Qué alcance tiene el examen calificador efectuado por un juez o registrador sobre el instrumento público notarial constitutivo de sociedad? ¿Es parte el notario, como funcionario delegatario de fe pública⁴, del “control estatal” dispuesto para estos actos? ¿Las competencias son concurrentes, excluyentes, o por etapas?

para que se concreten con fines lícitos cuyo cumplimiento persiguen. En ejercicio de la función pública jurídica cumple la misión de configurar el instrumento y autenticar los hechos y las declaraciones de los otorgantes, así como la legitimar y legalizar los actos que en su consecuencia celebran. ...”. Gattari, Carlos Nicolás, “Manual de Derecho Notarial” 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, págs. 494 y 497.

³ Véanse artículos 6, 11, 17, 167, 299, 300, 304, ss y cc de LGS; y artículo 7 inc. b de Ley 22315.

⁴ Abella, citando jurisprudencia expresa que la fe pública fue definida como “una potestad del Estado que obliga a tener por ciertos y auténticos determinados hechos....” Abella, Adriana, “Derecho Notarial”, Bs.As., Ed. Zavalía, pág. 93.

Si bien resulta dificultoso separar competencias y en la práctica ello surge con frecuencia, intentaremos brindar claridad a fin de contribuir con la celeridad que la dinámica comercial necesita en estos procesos constitutivos.

La escritura pública y el registro inmobiliario. Paralelismo

En cabeza del escribano u otros funcionarios autorizantes del instrumento, se encuentra el deber de elevar un acto a escritura pública. Esto es realizado por los funcionarios teniendo presente los requisitos de fondo y forma (Contenido y continente)⁵, por lo que ello resulta un primer examen con la debida autoridad. Es decir que, cabe preguntarse si luego del ropaje brindado por el escribano y el control de contenido autorizado por este, otros, también funcionarios, pueden ingresar sobre lo ya revisado oportunamente por el notario⁶.

Trazando un paralelismo con lo dispuesto por Ley 17801, el registrador que recibe un instrumento público notarial, solamente puede avocarse en su examen calificador a las formas extrínsecas⁷ y, excepcionalmente, a lo intrínseco, casos de examen de la capacidad de las partes y del tracto sucesivo (horizontal o vertical)⁸. Es dable destacar que en este escenario la revisión del instrumento es de carácter acotado (debiendo ser oportuno e integral), por cuanto se trata de un registro declarativo y se entiende que el escribano es

⁵ Arts. 299 a 309 del CCCN. La definición que brinda el art. 299 del CCCN respecto de la escritura pública, pone fin a una vieja discusión respecto a la calidad o no de funcionario del escribano, por cuanto el mismo, al referir “o de otro funcionario autorizado”, no deja dudas de que el notario integra dicha categoría.

Asimismo, deberá el escribano observar la Ley General de Sociedades a los fines de control de contenido, respecto de las disposiciones contractuales que componen la escritura. No olvidemos que se trata de un técnico en derecho.

⁶ Se ha sostenido en relación a la escritura pública notarial que la correcta actuación del notario estaría asegurando la actuación de los otorgantes y la legalidad del acto o negocio documentado. Gattari, Carlos Nicolás, “Manual de Derecho Notarial” 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 210.

⁷ Cuando hablamos de formas extrínsecas nos referimos al “continente” que es el acto instrumental, es decir a los requisitos propios del instrumento, como son: la competencia territorial del oficial público, su idoneidad para el acto, la existencia de las firmas del oficial público y los otorgantes, etc. El acto instrumentado y su contenido son la parte intrínseca del título que se lleva al Registro. Moisset de Espanés Luis, Publicidad Registral, 3ra.Ed., Zavalía, Bs.As., 2003, pag.178.

⁸ Arts. 9, 15, 30, 31, 32 Ley 17801. Cierta doctrina se extiende aún más considerando que cualquier nulidad manifiesta del documento, sea de formas extrínsecas o al contenido del acto, tendrá que ser observada por el registrador. Destaca que el registrador no debe limitarse a analizar la legalidad de las formas extrínsecas, sino que también la capacidad de las partes y todo vicio que origine una nulidad manifiesta, a tenor del documento y de las constancias del Registro. Moisset de Espanés Luis, Publicidad Registral, 3ra.Ed., Zavalía, Bs.As., 2003, pag.181 y ss, y pág.202.

quien debió revisar el resto de la sustancia.

Se concluye por tanto que el contenido del acuerdo de partes, elevado a escritura pública, se encuentra reservado al escribano y, por tanto, ajeno al estudio del registrador responsable. Son las formas extrínsecas y, lo excepcional ya referido, los elementos sometidos al arbitrio del responsable registral, sin que pueda superarse ese límite. No tiene facultades el registrador para detectar vicios ocultos del instrumento ni interpretar su clausulado, debe solo detenerse en lo manifiesto u ostensible.

Este escenario no encuentra su espejo en el iter constitutivo de una sociedad que fuera elevada a escritura pública, por cuanto los jueces y los registradores suelen reconsiderar el instrumento en toda su extensión, ya sea su ropaje o lo intrínseco, produciendo observaciones de criterios fundales que contrarían lo autorizado por el notario o integran sus omisiones. Es dable afirmar que en el caso del Registro Público, estamos frente a una inscripción constitutiva respecto del tipo social, más no de la sociedad que puede, en su defecto, recaer en la sección IV de LGS⁹.

El examen calificador judicial

Para el caso de que no se trate de una Sociedad Anónima, el juez de comercio debe intervenir ordenando la inscripción. Previo a ello, requiere el cumplimiento de requisitos legales y fiscales comprensivos, por ejemplo, de alta en AFIP; publicaciones legales e integración de capital en lo que fuere menester (según se trate de aportes en dinero o en especie); como también de lo que pudiera surgir, previa revisión del instrumento.

Asimismo, cabe preguntarse también si, para el caso de observación del instrumento por el juez, es necesaria la suscripción de otro documento del mismo carácter o si, por el contrario, con la confección de un similar privado (acta privada) puede subsanarse el defecto señalado.

⁹ Arts. 5 y ss; 21 y ss, LGS.

Cabe preguntarse también en casos de constitución de sociedades con aporte de inmuebles que requieren su registración previa en el Registro de la Propiedad: ¿Qué pasaría si hubiera discordancia entre Registros como resultado de satisfacer las observaciones que pudieren hacerse luego de la inscripción del instrumento público en el Registro de la Propiedad? ¿Qué pasaría con las consecuencias de esa publicidad discordante (entre Registros) que pueda brindarse a terceros?

En estos casos debiera evitarse realizar el mismo control en más de una oportunidad, con lo que podríamos pensar que, en caso de la intervención de un escribano, que incluso ya sometió el acto a un Registro previo, no debiera resultar significativa la intervención judicial, puesto que la actividad del magistrado podría ser cubierta en gran parte por el notario. Satisface este pensamiento el hecho de que el escribano naturalmente posee cinco tipos de responsabilidades en su accionar (civil, penal, fiscal o administrativa, disciplinaria o profesional y colectiva)¹⁰.

En este orden, atento a la actual redacción del artículo 5 de LGS, cabe preguntarse respecto de las sociedades personalistas y SRL constituidas por escritura pública, lo siguiente: ¿Es necesaria la etapa previa en un juzgado comercial?¹¹

La norma actual reza: “El acto constitutivo, su modificación y el reglamento, si lo hubiese, se inscribirán en el Registro Público del domicilio social y en el Registro que corresponda al asiento de cada sucursal, incluyendo la dirección donde se instalan a los fines del artículo 11, inciso 2.

La inscripción se dispondrá previa ratificación de los otorgantes, excepto cuando se extienda por instrumento público o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.....”.

¹⁰ Gattari, Carlos Nicolás, “Manual de Derecho Notarial” 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 245.

¹¹ El similar anterior rezaba: “*El contrato constitutivo o modificadorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término y condiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio. La inscripción se hará previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga, excepto cuando se extienda por instrumento público, o las firmas sean autenticadas por escribano público u otro funcionario competente...*”.

A la luz del precepto, creemos que podría suscitarse un problema por la omisión de consignar al “juez de registro” en la nueva redacción si el registro se irroga competencias directas sobre el instrumento en concurrencia con los tribunales. Máxime si, la norma siguiente, establece la opción de acudir al “Registro Público o, en su caso, a la autoridad de contralor...”¹².

Más allá de esto, recibido el instrumento por el juez, corresponde destacar qué amplitud tiene el estudio que éste puede realizar del documento. Entendemos que aquí cabe distinguir, nuevamente, los vicios extrínsecos de los intrínsecos. Relevados los presupuestos de la escritura pública, el juez podría observar inconsistencias manifiestas en el clausulado del contrato (Ej.: discordancia entre capital y suma de los aportes, omisión de requisitos tipificantes y no tipificantes), pero no debiera ingresar en el análisis de cuestiones sustanciales. Vale decir, el estudio de la relación entre capital y objeto, por ejemplo, o la calidad sustancial del socio en las sociedades llamadas peyorativamente como “sociedades de cómodo”¹³. Dicho examen ya ha sido verificado por el funcionario autorizante del documento que le ha sido traído a fin de completar el proceso inscriptorio. De lo contrario, el notario sería un simple instrumentador de documentos a los que dota de fe pública, pero nada más.¹⁴

Creemos que el escribano es un funcionario técnico en derecho que debe calificar el documento al momento de realizarlo y, salvo el supuesto de omisiones evidentes como las resaltadas, el juez debiera convalidarlo, pues la validación no proviene de la venia otorgada por la autoridad judicial, sino de la conformidad del acto con los propios preceptos legales.

¹² Artículo 6 LGS

¹³ Desde ya que, con el nuevo concepto de sociedad, estas categorías debieran desaparecer. La prohibición de la sociedad de cómodo (sociedades donde el socio mayoritario era casi único socio en los términos del capital) que no proviene de la ley, sino del activismo judicial y administrativo, más allá de que nunca estuvo justificada (se establecieron porcentajes arbitrarios de participación que superaban la categoría prohibida), ahora pierde totalmente vigencia con la nueva redacción del artículo primero de LGS. Véase fallo: “Fracchia Raymond S.R.L.”, 05-03-05, Cám. Nac. De Apelaciones en lo Comercial. Véase: Odriozola, Carlos S. “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿Por qué no?”, LL, 2006-D, 1305.

¹⁴ Abella destaca al tratar los efectos de del ejercicio de la función notarial, que el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos, Abella, Adriana, “Derecho Notarial”, Bs.As., Ed. Zavalía, pág. 28.

Debiera evitarse la realización innecesaria de las mismas actividades que impliquen una superposición de competencias (o de control, dependiendo de la mirada) por lo cual, en caso de la intervención de un escribano que analiza las cuestiones intrínsecas del acto, debería obviarse la actividad judicial en ese aspecto para que las actividades de los funcionarios (notario y magistrado) no se repitan con posibles interpretaciones contradictorias. Es necesario comprender que no es una cuestión que sea llevada a un juez para resolver un conflicto o contradicción alguna, solamente debe atender a la existencia de ciertos requisitos y formas.

Calificación del Registrador

Siguiendo con el análisis propuesto, de la normativa registral territorial se suelen desprender amplias competencias del registrador en torno a la evaluación del instrumento. Es así que, en el artículo 39 de la Resolución General 7/2015 de IGJ, sobre el control de legalidad, se establece que se “verificará la legalidad del documento y del acto contenido en él, comprendiéndose en ello la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales y sustanciales que en cada caso correspondan...”.¹⁵

La redacción, si bien es clara, vale preguntarse si se ajusta a derecho en el caso de los instrumentos públicos. ¿Puede el registrador valorar la totalidad del instrumento en cuanto al continente y su contenido?

La respuesta al interrogante, creemos debe ser idéntica al supuesto judicial. Más aún, si la orden viene dada por un juez de comercio en las localidades donde persista ese trámite (Ej.: Córdoba), creemos que con mayor razón debe ser así, puesto que ya dos funcionarios han revisado el documento (notario y magistrado).

¹⁵Artículo 39 RS 7/2015 IGJ: “Previo a ordenarse la inscripción de lo expresado en el artículo 36 de las presentes Normas, se verificará la legalidad del documento y del acto contenido en él, comprendiéndose en ello la verificación del cumplimiento de todos los requisitos formales y sustanciales que en cada caso correspondan. Exceptúense las modificaciones, disolución, liquidación y demás actos sujetos a la competencia y autorizados por la Comisión Nacional de Valores, los cuales se inscribirán en forma automática conforme al artículo 4º, inciso c) in fine, de la Ley N° 22.315”. Véase fallo: “Fracchia Raymond S.R.L.”, 05-03-05, Cám. Nac. De Apelaciones en lo Comercial.

Un ejemplo algo extraño que se presenta en Córdoba, a propósito del activismo del Registro Público, es el rechazo por parte de la autoridad administrativa de las copias certificadas con transcripción de rúbrica de actas de Directorio y Asamblea, con motivo de no contar estas con “firmas certificadas” de las partes otorgantes o del presidente¹⁶. Este acto, que parece un tema menor, dilata procedimientos simples de inscripción de actos por supuestos vicios formales en los documentos acompañados, los que no son tales, puesto que una sociedad que cuenta con los libros en legal forma y donde se asientan las reuniones de sus órganos, actos documentados que luego son certificados en copia¹⁷ por un escribano y que el registrador rechaza por no contener, esa copia, firma certificada. Es que exigir ello contraría la naturaleza de inmediatez del acta celebrada, por cuanto el acta tendría una fecha de producción y las firmas otra diferente de certificación. ¿Tendrían que volver a firmar los accionistas la copia certificada para convalidar las firmas estampadas en el original? ¿Tendrían que celebrar los accionistas la asamblea en la notaría? Ello contraría lo dispuesto por el art. 233 LGS. Los libros llevados en legal forma hacen prueba de sí mismos y con la transcripción de rúbrica en la certificación de la copia debiera ser suficiente¹⁸. Se exige un requisito sin justificación alguna, extralimitándose la administración en sus facultades de contralor.

Volviendo al examen calificador, también es dable considerar la concurrencia de competencias entre el notario y el registrador, a fin de delimitar en alguna medida las facultades y, por qué no, responsabilidades de cada uno.

a) Documento notarial sin intervención judicial previa

¹⁶El Formulario Planilla Anexo IIA (Requisitos para asamblea.....) establece el deber de acompañar: Pto. 2. “Transcripción mecanografiada del ACTA DE DIRECTORIO DE CONVOCATORIA, con el ORDEN DEL DIA en forma destacado, con **firma del Presidente certificada por Escribano Público**, quien debe indicar LIBRO y FOLIO donde está inserta, y datos referidos a la RUBRICA, (autoridad que la realizó y la fecha en que se efectuó la misma), del Libro respectivo. ORIGINAL”; Pto. 8. “TRANSCRIPCION mecanografiada del ACTA DE ASAMBLEA con **firma del Presidente certificada por Escribano Público**, quien debe indicar LIBRO y FOLIO donde está inserta, y datos referidos a la RUBRICA, (autoridad que la realizó y la fecha en que se efectuó la misma), del Libro respectivo. ORIGINAL. Ajustada a las características de Resoluciones N° 011/2005 y N° 001/06”.

¹⁷Estas copias certificadas tendrían plena fe por haberse realizado en ejercicio de la función pública notarial. Gattari, Carlos Nicolás, “Manual de Derecho Notarial” 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 175.

¹⁸ Art. 73 LGS; Arts. 330 ss, y cc del CCCN.

Para el caso de que el instrumento autorizado por el notario (por escritura pública) se presentara directamente por mesa de entrada (constitución de Sociedad Anónima), creemos que el registrador tiene mayores facultades en el criterio calificador, debiendo asegurar el cumplimiento de requisitos de forma (instrumento) y fondo hasta su competencia (tipificantes y no tipificantes), únicos revisables *a priori*, pero no debe inmiscuirse en cuestiones intrínsecas que solo atañen al escribano. Un criterio contrario sería no observar el control estatal de que dispone la normativa societaria durante el iter constitutivo.

b) Documento notarial con intervención judicial previa

Por su parte, para el caso de que haya intervenido la autoridad jurisdiccional entre la autorización del acto por un escribano y su posterior llegada al registro, cabe concluir que la calificación del registrador se encuentra limitada a su mínima expresión. El examen se reduce a los casos en los que existe imposibilidad material de cumplir con el mandato judicial (Ej.: Defectos respecto de los datos personales de los contratantes – discordancia entre Nombre y DNI consignados, etc.,-). Vale decir que este tipo de comunicaciones procedentes de un tribunal y que tienen por destinatario al Registro, revisten carácter ordenatorio, por lo que resulta ser un mandamiento que debe cumplirse, salvo excusa de imposibilidad material. Dentro éste género ordenatorio encontramos a las sentencias de inscripción de sociedad, donde el examen calificador del documento ya viene cubierto por la intervención del magistrado y, en consecuencia, se ha ordenado la inscripción del mismo en el RP. En este supuesto, el registrador, salvo imposibilidad material, debe inscribir y no puede observar la sustancia (ni contenido, ni fundamento) del acto objeto del mandamiento judicial.

Conclusiones:

Debe evitarse la superposición de competencias entre escribanos, magistrados y funcionarios del Registro.

En casos de haber intervenido un escribano realizando el contrato constitutivo societario por escritura pública, la actividad de control del magistrado debería ser calificadora sobre ciertos requisitos y aspectos formales extrínsecos, evitando lo intrínseco (que le pertenece al notario).

En estos casos el registro realiza un examen limitado, pudiendo exceptuarse de cumplir la manda judicial de registrar solo en casos de imposibilidad material. Finalmente, para el caso del instrumento que llega al registro sin intervención judicial previa, el examen de formas y excepcionalmente de fondo lo realizará el registrador responsable, cuidando de no superponerse con lo que le atañe al notario.

BIBLIOGRAFÍA

Abella, Adriana. “Derecho Notarial”, Bs.As., Ed. Zavalía, 2010.

Gattari, Carlos Nicolás. “Manual de Derecho Notarial” 2ª ed., Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 2008.

López de Zavalía Fernando J. “Curso Introductorio al Derecho Registral”, Ed. Víctor P. de Zavalía S.A., Bs.As., 1983.

Moisset de Espanés, Luis. Publicidad Registral, 3ra.Ed., Zavalía, Bs.As., 2003.

Odriozola, Carlos S. “Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social ¿Por qué no?”, LL, 2006-D, 1305.