

17 de julio de 1996,

Su Excelencia
Lic. Raúl Montenegro Diviazo.
Ministro de Gobierno y Justicia.
E. S. D.

Señor Ministro:

Con sumo agrado le externamos nuestra opinión jurídica, relativa a su Consulta Administrativa, identificada como Nota No. 841-D.L. de 5 de junio de 1996, la que recibimos el día 10 de junio del presente año.

Su interrogante es expresada así, "si las Actas de las sociedades anónimas o de cualquier otro tipo de Asociación que se presenten en las Notarías para protocolizar en la Escritura Públicas, deben ser consideradas minutas y, por ende, deben estar debidamente refrendadas o firmadas por abogados".

De su interrogante, se puede inferir que surge para los notarios, la duda de si las actas de sociedades anónimas son minutas. Esto tiene trascendencia en tanto que, como afirma el Asesor Legal de su institución, en el artículo 4 de la Ley 9 de 1984, las minutas deben ser suscritas o firmadas por los abogados.

Desde nuestro punto de vista, la solución de esta pregunta lleva implícito el hecho de saber si la ley exige que las actas sean o no firmadas por los abogados o asesores legales de las sociedades mercantiles. Para esto, nos valdremos de los siguientes apartes, planteados en forma de cuestionamientos:

1. El ejercicio de la profesión de abogado ¿involucra la redacción o preparación de todo documento u acta societaria?

A la luz del artículo 14 de la Ley 9 de 18 de abril de 1984, publicada en la Gaceta Oficial Nº.20,045, de 27 de abril de 1984, "se prohíbe a los funcionarios administrativos... aceptar o dar curso a memoriales o escritos que tengan relación con el ejercicio de la abogacía y no hayan sido firmados o suscritos por un abogado...."

Esta primera parte del artículo 14, claramente se obliga a los funcionarios, entre los que debe incluirse, dada la naturaleza jurídica de su función pública, a los notarios, a saber previamente, son los documentos o memoriales que involucra el ejercicio de la abogacía.

En el artículo 4 de esta misma Ley, se hace una lista o enumeración de los actos que se presume involucran el ejercicio de la profesión abogadil. En este sentido el artículo 4 señala:

"Artículo 4: La profesión se ejerce por medio de Poder legalmente constituido o asesorando a la parte interesada y, entre otras cosas, comprende:

1. ...

2. ...

3. ... La redacción de alegatos, testamentos minutas y memoriales dirigidos a cualquier funcionario.

4. La preparación de documentación jurídica relacionada con la Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de sociedades.

5. La redacción de toda clase de contratos.

6. ...

...". (Subrayamos y resaltamos).

AB INITIO, es importante tener presente que la palabra minuta, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "extracto de borrador que se hace de un contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para cambiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias a su perfección".

Una minuta, propiamente, constituiría un borrador de escritura o documento que se entrega al Notario para que extienda un documento con base en él. Un acta que ha sido firmada por dignatarios de la sociedad es un documento terminado, no un borrador que pueda ser considerado como una minuta.

De lo anterior se infiere que, si bien el borrador, que haya sido preparado por un abogado, debe ser firmada por éste, a nivel notarial el documento final o formal que requiera, según la ley su protocolización, debe ser firmado por los representantes legales de la sociedad anónima o al menos por los dignatarios o socios, que

son los que tienen la facultad legal de comprometer a ese tipo de personas jurídicas.

En este sentido la práctica ha sido cónsona con esta interpretación a modo de que un abogado firme la escritura donde se protocoliza un documento firmado, como un acta de sociedad, mientras que si se envía una minuta o borrador al notario para que elabore una escritura, esa minuta debe llevar la firma de un abogado.

De lo expresado en este artículo, se sabe que no todos los actos relativos a las sociedades mercantiles han o deben ser suscritos por los abogados; sino, solamente aquellos que hayan sido preparados, proyectados o elaborados por una persona idónea para el ejercicio de la profesión de abogado. Y además, se presume, salvo prueba en contrario, que los actos de constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de las sociedades, preparados por el abogado, deben ser suscritos por ese letrado.

2. La necesidad de firma de los documentos de constitución, funcionamiento, disolución y/o liquidación de las sociedades, ¿involucra una forma de control de esas sociedades?.

El derecho de asociarse libremente con fines lícitos y útiles, está consagrado por nuestra Constitución Política y esto responde a la necesidad de impulsar la concentración de esfuerzos y capitales que, para su desarrollo; reclamado imperiosamente, por la economía moderna.

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

El poder estatal se reserva, a tales fines, el control de la actividad que, las entidades de capital puedan realizar, 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.

Para esto la ley aclara que si bien la responsabilidad de los socios no va más allá de los capitales del ente moral o colectivo, para su constitución requiere que sea elevada una escritura Pública la formación de ese contrato societario.

En esta actividad de control, los entes administrativos juegan un papel, importante, como el caso del Notario Público, quien controla que se cumpla con el requisito de la escritura pública.

Pero el control notarial no debe pretender ser un control

formal para los actos constitutivos de las sociedades comerciales; sino que ese control pone énfasis en las formas intrínsecas que hacen que el Notario mire más que a la solemnidad, a las pautas sobre las que los interesados puedan contratar.

Esto es así, dado que las formas intrínsecas no deben importar una limitación a la libertad de asociación, sino a condicionar su protección normativa, al cumplimiento de ciertas ceremonias jurídicas.

3.- ¿Quién certifica la legalidad del Contrato Societario?

En nuestro medio no es de todo lógico pensar en los abogados, como controladores de los actos societarios. Esto por cuanto que los abogados no se desempeñan con la imparcialidad requerida en estos casos.

Los abogados están llamados a defender los intereses que sus clientes les encomiendan. No es el abogado quien instrumenta los documentos llamados a elevar escritura pública, interviene en estos contratos societarios solamente en su preparación.

En cuanto a los Notarios, a ellos les compete actuar como oficiales públicos, y deben escriturar los documentos de forma imparcial, pues de lo contrario, esos actos son nulos.

Aquí la intervención del Notario se plasma en documentos públicos y por eso, los actos notariales no solo hacen responder al escribano, sino también solidariamente al Estado.

4.- ¿Cuál es el papel del Notario Público?

Por la enorme importancia económica y social del fenómeno societario, le compete al Estado vigilar la satisfacción de los requisitos en sus actos constitutivos. Sin embargo, este acto de control escapa a las manos del abogado e incluso, del Notario.

Las sociedades pueden solicitar al Notario Público que deposite la fe pública respecto a los actos societarios cuya constancia exija la ley. (ver art. 1729 y 1751 del Código Civil). Ahora bien, recordemos que los Notarios Públicos responden a la parte formal del acto que autorizan. (ver art. 1739 Código Civil).

En relación a la firma, el Notario Público, es responsable por que los instrumentos que ellos van a otorgar, sean firmados por los otorgantes, las personas que hayan intervenido en el acto o contrato, los testigos de abono y los testigos instrumentales. (ver art. 1745 del Código Civil).

Como consecuencia, se desprende que los abogados deben, por mandato de ley, participar en los instrumentos de constitución,

modificación o extinción de las sociedades anónimas; pero, ello no significa que deban suscribir o firmar tales instrumentos

documentales.

Por ejemplo, en las sociedades anónimas y en las comanditas por acciones, según lo establece el Decreto NQ.130 de 3 de junio de 1948, las actas, resoluciones, reelecciones o nombramientos acordados por esas Sociedades, deben ser protocolizados. Y sin embargo, no se exige que el o los abogados asesores deban firmar tales actos societarios, sino, los participantes de las Juntas de Accionistas o las Juntas Directivas. O sea, no se requiere la firma del agente registrado.

En relación a la constitución de las sociedades anónimas, sí es indispensable que se cuente con la firma del abogado o agente registrado de la sociedad (ver art. 2 ordinal 7 de la Ley 32 de 1927, en relación con el Decreto NQ 147 de 1966).

Este requisito es igualmente exigido a las sociedades anónimas nacionales que se hayan fusionado con una o más sociedades extranjeras (ver la Ley 32 de 30 de junio de 1978).

5.- ¿Cuál es el papel del agente residente?

De las anteriores afirmaciones, pudiera pensarse: el Notario es una especie de contralor de la forma o solemnidad del instrumento o escritura pública. Esto no es así, ya que lo que quiere la ley es que el Notario tenga clara la identidad de las partes u otorgantes.

Esta labor del Notario, se da por identificación, o sea, cuando el Notario no conociese a las partes, y también se da por conocimiento, cuando previa y personalmente los conocía. Es decir, el escribano debe tener certidumbre de que el sujeto compareciente sea quien dice ser.

Es por esta labor de identificación que se dice que el Notario traslada la fe de su cargo a la identidad de los otorgantes. Pero esta fe, debe ir dirigida a un acto o negocio concreto, cual es, la declaración de voluntad o el vínculo jurídico expresado por las partes que lo han manifestado o creado.

6.- ¿Los abogados deben suscribir los documentos que preparan o ayudan a redactar? ¿De quién es la autoría de estos actos o documentos?

En verdad, siguiendo a Ricardo A. Durling, el agente residente "no tiene la facultad para obligar a las sociedades, ni para contraer obligaciones a nombre de la sociedad, ni tampoco puede gravar en forma alguna la propiedad de ésta". (Durling, Ricardo A.,

las Sociedades Anónimas en Panamá., Edición de Ricardo Durling., Panamá., 1986., pág. 242.).

Del numeral 4 del artículo 4 de la Ley 9 de 1984, se puede ver con facilidad que los abogados deben ser los sujetos que preparen los documentos de constitución, funcionamiento, disolución o liquidación de la Sociedad. Pero, esta elaboración no significa que deban suscribir o firmar esos documentos.

En otros términos, lo que custodia la Ley es el derecho inmaterial de creación y dación del ejercicio técnico letrado, más no obliga a que el documento preparado o creado por el abogado, al momento de su protocolización, deba ser firmado por este profesional del derecho.

Así pues, la idea en la que se fundamenta el artículo 4 de la ley sobre el ejercicio de la abogacía, dice relación con el derecho que tiene el abogado a que se le reconozcan los beneficios económicos (honorarios) por su creación jurídica de elaborar ese tipo de documentos.

Concluamos pues, que una cosa es la elaboración de los documentos y otra distinta es que el abogado sea tomado como autor de los actos de decisión de las sociedades anónimas.

Obsérvese, que el abogado obra en cumplimiento de un contrato de trabajo o de servicios profesionales; es decir que, la que tiene derecho morales y patrimoniales de esa obra, por ejemplo el pacto constitutivo de las sociedades anónimas, es la propia sociedad mercantil. Esto es así, en tanto que se presume, según el artículo 6 de la Ley 15 de 1994, que el abogado, en el caso, ha cedido a la Sociedad, tales derechos inmateriales de autoría.

Esto nos lleva a afirmar que, el abogado al no ser dueño o autor de los documentos mencionados en el artículo 4 numeral 4 de la Ley 17 de 1984, no puede exigir que tales documentos sean suscritos por él.

Conclusiones

Se sabe, que en nuestro país, el papel del notario público no puede ser el de obstaculizar o frenar las actuaciones acordadas por los dignatarios o accionistas de las sociedades mercantiles.

El Notario es solamente, el que custodia que los actos hayan sido celebrados por quienes representan a las sociedades o por quienes son sus legítimos accionistas. En este sentido, el escribano debe tener certidumbre de la identidad de los participantes del acto que se le solicita sea elevado a escritura pública o sea protocolizado.

El principio de legalidad de los Actos de Fe Notarial, obliga que el Notario eleve a escritura pública aquellos documentos que la Ley o las partes interesadas, exigen que cumpla con tal requerimiento notarial.

Sobre esto, llama la atención que los abogados o agentes registrados, pretendan suscribir los documentos nacidos del Acuerdo de Accionistas o de las Juntas Directivas de las Sociedades. Esto es así, en tanto que, la Ley que reglamenta la profesión abogadil, en forma clara plantea que los abogados pudieran tener el derecho de percibir sus honorarios siempre que, participen en su creación. Más, se cuida el legislador de afirmar que los abogados sean los derechohabientes de la autoría de tales documentos. Y es que, los abogados ceden, implícitamente estos derechos a la sociedad mercantil, al momento mismo de fungir como asesores o trabajadores en ejercicio de un contrato profesional.

Lo anterior, nos lleva a concluir que, los abogados no son los sujetos que en nuestro derecho positivo estén llamados a ejercer algún tipo de control de legalidad, material o formal, de los instrumentos de la sociedad anónima. Y por esto, tampoco podrían estar legitimados para exigir que, tales instrumentos sean firmados por ellos.

En conclusión, sobre este tema de las minutas, las actas de sociedades no deben ser consideradas minutas, y por tanto, no necesitan ser firmadas por un abogado, sino por los dignatarios de la sociedad, según lo dispuesto en el Decreto 130 de 3 de junio de 1948. El abogado, en cambio, debe firmar la escritura en que dichas actas son protocolizadas.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho, nos suscribimos de usted,

Atentamente,

Licda. Linette Landau
Procuradora de la Administración.
(Suplente)

AMdeF/15/hf.