

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

**MEMORIAL PRESENTADO EN 1968 POR EL CONSEJO FEDERAL DEL  
NOTARIADO ARGENTINO AL PODER EJECUTIVO SOBRE EL  
ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA FORMA DE CONSTITUCIÓN DE LAS  
SOCIEDADES**

**A. OPCIÓN ENTRE LA INSTRUMENTACIÓN PRIVADA O ESCRITURA  
PÚBLICA**

En la nota de elevación y en la exposición de motivos del anteproyecto, se cita el elaborado por los doctores Carlos C. Malagarriga y Enrique A. C. Aztiria.

El doctor Malagarriga en conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos el 19 de mayo de 1961 (Rev. del Notariado N° 657), expresa: "De mí, sé decir que en los cuarenta años de abogado que ejercí libremente la profesión y en los cinco que llevo de ejercicio de la magistratura, es de los contratos de sociedad por escritura privada de los que he visto surgir mayores y más frecuentes conflictos. No me arrepiento, pues, haber mantenido con Aztiria, en nuestro proyecto, la exigencia de la escritura pública en los casos en que he mencionado y no tengo ambages en declarar que para mí el desiderátum sería que todos los contratos de sociedad fueran hechos en esa forma."

El anteproyecto se aparta del antecedente, preceptuando en el art. 4°:

"El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado".

En la exposición de motivos se manifiesta textualmente que:

"Se persigue dar las máximas garantías de seguridad y celeridad".

Reiteradamente se enuncian conceptos y términos como los siguientes:

"Tutela de los intereses" - "se tiende a evitar" - "para obviar cualquier clase de maniobra" - "previniendo" - "previsiones" - "protección" - "asegurar" - "amparar" - "seguridad" - "tutelamiento" - "no dejar lagunas" - "previéndose" - "superando toda discusión" - "prudente" - "proteger" - "contralor".

Surge de la lectura del anteproyecto que existió entre los miembros de comisión, como preocupación central, dar relevancia a todo aquello que acuerda seguridad y certeza.

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

No se alcanza, pues, a entender la razón por la cual se prescinde de la escritura pública como requisito formal insustituible y ya legislado, máxime cuando se respeta la tradición legislativa como se señala en la exposición de motivos:

... "De acuerdo tanto con los precedentes doctrinarios y jurisprudenciales nacionales cuanto con la doctrina de los países del llamado derecho continental y de formación y tradición similar al nuestro".

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

..."EL artículo 101 declara la subsistencia de la personalidad a estos efectos, superando cualquier posición doctrinaria en este particular y siguiendo la tradición legislativa nacional".

¿Cuál es el motivo que lleva a innovar en lo que hace a la constitución, con todos los riesgos correspondientes - dado que la razón de economía no puede ser tomada en seria consideración - y a no innovar en lo que atañe a la liquidación de la sociedad, entendiéndose que en ambos casos sería atinada la adopción del criterio seguido sólo para la liquidación, que es el precedentemente expuesto?

**B. LA ESCRITURA PÚBLICA ES EL INSTRUMENTO PÚBLICO DE MAYOR JERARQUÍA PROBATORIA**

Se ha entendido así en la recientemente sancionada ley 17711 de Reformas al Código Civil, que mantiene en el artículo 1184 el requisito de la escritura pública en "los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones", modificando el texto anterior en cuanto la hace extensiva a todos los casos y suprimiendo la excepción anteriormente legislada. Suprime también la reforma, la excepción a la obligatoriedad de la escritura pública en el caso del inciso 6° del artículo 1184. El artículo 1810 extiende el alcance de la escritura pública al preceptuar: "Respecto de los casos previstos en este artículo no regirá el artículo 1185". Es decir, la reforma recientemente sancionada reafirma la proyección jurídica de la escritura pública, como formalidad instrumental de mayor jerarquía, única utilizable para actos ad solemnitatem, que excluyen al simple instrumento público.

Este precedente legislativo tan reciente y trascendental como lo es la reforma al Código Civil, a cuyas normas se remite en su artículo primero el propio Código de Comercio, no puede dejar de tenerse en cuenta de modo alguno si se desea como lo señala en varios pasajes la exposición de motivos - :

..."Seguir la tradición legislativa nacional, la doctrina de países del llamado derecho continental de formación y tradición similar al nuestro".

O se invoca:

"Prácticas ya establecidas en el país".

**C. ANÁLISIS Y CRÍTICA A LO EXPUESTO EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL ANTEPROYECTO PARA HACER OPTATIVA LA ESCRITURA PÚBLICA**

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

**a) El instrumento público (género) y la escritura pública (especie) y sus alcances probatorios.**

En la exposición de motivos se vierten los conceptos siguientes:

. . . "Asimismo, otorga a las partes la opción de recurrir al instrumento privado o al público; no impone la obligatoriedad de este último, toda vez que los trámites judiciales o administrativos que son menester cumplir, hacen innecesario el recurso de la escritura pública, especie de aquél, desde que tales actuaciones otorgan las máximas garantías de seguridad para los constituyentes y, en todo caso, son instrumentos públicos".

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

Instrumentos públicos a modo de recordación son, conforme al artículo 979 del Código Civil, las letras aceptadas por el Gobierno o sus delegados; las cuentas sacadas de los libros fiscales debidamente autorizados; las letras de particulares dadas en pago de derechos de aduana en las condiciones preceptuadas; los billetes, libretas y toda cédula emitida por los bancos autorizados, etc. Estos, como la escritura pública, hacen plena fe hasta que sean argüidos de falso por acción civil o criminal (art. 993 del Código Civil), única similitud de alcance entre los instrumentos públicos enunciados por el art. 979 del Código Civil, pero en modo alguno por ello se equipara la efectividad, la eficacia y la jerarquía de todos los instrumentos públicos; por el contrario, la escritura pública reconocida como especie, se utiliza ya por imposición de ley, ya voluntariamente en los actos jurídicos de más trascendencia social, tal cual lo es la constitución de una sociedad, en definitiva creación de una persona jurídica capaz como la física de crear deberes y contraer obligaciones.

Frente a estas reflexiones, no se alcanza a comprender la ligereza con que en la exposición de motivos se vierten los conceptos precedentemente transcritos.

**b) Razones por las cuales la escritura pública acuerda las máximas garantías.**

Señalamos al respecto, que si bien las actuaciones judiciales o administrativas mencionadas, transforman al privado en instrumento público, no acuerdan al acto jurídico las máximas garantías - además de las fundamentaciones expuestas - por los siguientes motivos:

b - a) El contrato societario celebrado por escritura pública lleva ab initio y per se fecha cierta (art. 1035 del Código Civil), elemento de importantísima relevancia jurídica, no así la mera certificación de firmas ante escribano sobre documento privado, preceptuada en el anteproyecto (art. 5°).

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

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

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

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

b - e) El Protocolo de los escribanos propiedad del Estado, en que se asientan las escrituras públicas, ofrece la total seguridad, que la práctica señala no acuerdan los expedientes judiciales y administrativos, que son objeto de necesarios desplazamientos por diferentes manos. El Protocolo, ya sea en el período en que está en custodia del escribano, ya de los archivos, no puede ser trasladado ni confiado a terceros, ofreciendo el máximo de seguridades y facilitando la expedición de copias y pericias.

b - f) Por las razones precedentemente expuestas, se afirma, que es función eminentemente notarial el acordar amplias seguridades de autenticidad al acto fundacional; consecuentemente, la argumentación en la exposición de motivos que se transcribe carece de valimientos por sobre los enunciados:

..."La intervención de la autoridad de contralor y del juez de registro (artículo 167), así como la ratificación previa a la inscripción - artículo 5° párrafo 2° - asegura ampliamente la autenticidad del acto fundacional".

No se niega en modo alguno la relevancia de la intervención de la autoridad de contralor y juez de registro en lo que hace a la perfectibilidad legal que se pretende para todo contrato de sociedad, pero se reitera sí, que las máximas seguridades de autenticidad las acuerda el notario. El juez registrador, como la autoridad de contralor, podrán rechazar, pero no corregir ni prevenir, por cuanto la calificación intrínseca del documento debe producirse en "estado naciente" como única manera de asegurar su viabilidad.

**c) Actividad profesional del notario en el contrato.**

La exposición de motivos del anteproyecto expone, entre los argumentos para fundamentar la supresión de la exigencia legal de la escritura pública, el siguiente:

..."La adecuación del estatuto a las normas legales, se obtiene por ese contralor de legalidad señalado".

Degenkolb y Siegel, en sus teorías del negocio complementario, señalan que al otorgamiento de la escritura en muchos casos preceden pactos o acuerdos entre las partes; es decir el instrumento representa la documentación a posteriori de un contrato anterior, perfecto o no. Se conceptúa como lo más indicado, que tanto en el acuerdo previo, como en la renovatio contractus - acto constitutivo - intervenga un hombre de derecho,

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

que como se señalara, con el servicio profesional docente que otorga a los constituyentes, facilitará la posterior tarea de contralor administrativa y judicial, previa al acto registral.

Otra argumentación dada en la exposición de motivos, fundamentando la no obligatoriedad de la escritura pública, textualmente es la siguiente:

..."La ilustración acerca de la gama de soluciones legales posibles, en todo caso, los fundadores deben hallarla en su asesor letrado".

Frente a este argumento, el notariado duda sobre cuál es la motivación fundamental de la reforma, en lo que hace a la instrumentación.

¿Es que acaso el notario no está capacitado para asesorar sobre contratos de sociedad? La actuación diaria en este quehacer jurídico el aporte doctrinario de los escribanos sobre esta especialidad, sus periódicos Congresos y Jornadas locales, provinciales, nacionales e internacionales, para dilucidar problemas societarios, están demostrando su idoneidad.

Por si ello no bastara, y teniendo en cuenta que la ley se sanciona con proyección de futuro, es preciso recordar que las universidades argentinas en su gran mayoría, cumpliendo con lo dispuesto en la ley nacional 12990 de Organización del Notariado, exigen para expedir título de notario haber aprobado la totalidad de las materias de abogacía, con el agregado de cursos de especialización. Lo que es más, los Registros de Contratos Públicos se adjudican mediante concursos de oposición, única profesión que exige por sobre el título universitario exámenes de capacitación.

En la actualidad los notarios egresan como asesores letrados en su mas alta acepción, circunstancia que debió tenerse en cuenta en la exposición de motivos.

Llama la atención, la función subsidiaria que para la comisión reformadora pareciera tener el asesoramiento letrado. Ello lo está indicando la exposición de motivos, que no supedita el asesoramiento legal en todos los casos; textualmente se lee:

..."La ilustración acerca de la gama de soluciones legales posibles, en todo caso, los fundadores deben hallarla en su asesor letrado".

Pareciera que se hubiese confiado más en las soluciones burocráticas que en la técnica profesional, y ello se considera, que no es de buena política.

La actividad asesora y técnica del notario, en materia de contratos, es atribución y deber al mismo tiempo impuesto por la ley 12990 que en su artículo 10 preceptúa: "El escribano de registro es el funcionario público instituido para recibir y redactar y dar autenticidad conforme a las leyes y en los casos que ellas autorizan, los actos y contratos que le fueran encomendados". Disposiciones análogas se encuentran en las leyes provinciales similares.

#### **D. LA EXPERIENCIA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPARADA**

"La experiencia argentina - se dice textualmente en la exposición de motivos - acerca de los demás tipos de sociedad confirma la solución consagrada".

A través del estudio de antecedente de dominio, tarea previa al otorgamiento de toda escritura traslativa de propiedad, el notario debe

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

evaluar no sólo la causa y modo que dio origen al título, ya sea por acto entre vivos o por muerte, sino que debe sopesar entre tantísimos elementos configuradores de los hechos y actos jurídicos con especial detenimiento, la capacidad de las partes ya sean físicas o jurídicas. La experiencia notarial indica que no son las sociedades constituidas por instrumentos privados, precisamente, las menos vulnerables.

Así se explica la proliferación de consultas y consecuentes dictámenes de Colegios de Escribanos y de publicaciones de notarios sobre temas societarios, tales como sociedades entre cónyuges, sociedades extranjeras, determinación del plazo contractual, fusión, transformación y liquidación, transferencias de activos y pasivos, conflicto de leyes en materia de sociedades (tema central del último Congreso Internacional celebrado en Munich, 1967), etcétera.

Llama profundamente la atención al notariado la siguiente argumentación, dada en la exposición de motivos del anteproyecto, para justificar la no obligatoriedad de la escritura pública:

... "La constitución por instrumento privado es aceptada por países que se destacan por la importancia de su desarrollo económico (Estados Unidos, Inglaterra, el Canadá, Alemania, etc.)".

Por igual motivo de alto nivel económico alcanzado en esos países, podría propugnarse - dejándose de lado factores de tradición jurídica, mentalidad y conformación social - la supresión del sistema escrito propio del derecho latino y la adopción del common law, la equity y los standards jurídicos.

De elevado desarrollo económico y/o jurídico son también países como Italia, Suiza, España y Japón, donde se exige la escritura pública como formalidad constitutiva. Las legislaciones de los países mencionados y que son de una misma tradición jurídica al nuestro, excepto Japón, son las legislaciones que debieron ser invocadas, y no las de los Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, donde sabido es, rige el sistema de derecho anglosajón diametralmente opuesto al nuestro. En cuanto a Alemania, la intervención notarial es requerida para cierto tipo de sociedades.

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

### **E. RAZONES DE ECONOMÍA**

El notariado no puede permanecer en silencio frente a tan directas alusiones que se formulan en la exposición de motivos.

Se argumenta en ella:

..."Que la constitución por instrumento privado. ... tiene la ventaja de disminuir los costos de constitución cuando los fundadores resuelvan prescindir del notario, dada la opción otorgada por la ley".

No puede sobreponerse un problema adjetivo a uno sustantivo, máxime cuando más lógico es adecuar el primero y no innovar con los consiguientes riesgos sobre el segundo. En última instancia la economía directa del cliente se volcará en perjuicio del contribuyente, que es quien hace frente en

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

definitiva a todo incremento del mecanismo burocrático.

En la exposición de motivos se señala textualmente:

..."Las funciones asignadas al Registro Público de Comercio exigen la reestructuración del Juzgado Nacional de Registro de esta capital (pareciera olvidarse que la ley es nacional) regulando el procedimiento y suministrándole los medios materiales para cumplir estas funciones".

El cambio de sistema - se reconoce implícitamente - implicará creación de nuevos cargos y empleos y se necesitarán nuevos recursos, que tendrán que ser afrontados a través de derechos o impuestos

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

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

A las razones de orden jurídico y prácticas el notariado deja vislumbrar la de orden institucional.

El notariado es una realidad histórica y actual, no sólo argentina sino internacional en lo que hace al ordenamiento jurídico de derecho de tipo latino. Cercenar injustificadamente su campo de acción es conmover su estructura, lo que redundará no sólo en propio perjuicio sino de la sociedad toda, dentro de la cual - con las excepciones que confirma toda regla - goza de serio y gravitante prestigio.

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