

# **EL INSTRUMENTO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 165 DE LA L.S.C**

**ILEANA RAMELLO  
MARÍA JOSÉ TRIBUZZIO**

## **D) PONENCIA:**

Al analizar el fenómeno constitutivo previsto en la Ley de Sociedades, encontramos que respecto de las Sociedades Anónimas, la ley se aparta de las formas dispuestas en el art. 4 para la generalidad de las Sociedades y ordena una exigencia específica para este tipo social contenida en el art. 165.-

La amplitud que denota la letra de este artículo al establecer el instrumento público como modo para constituir sociedades anónimas, dio origen a una variada gama de opiniones vertidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en orden a delinear el alcance preciso de este término.

Ante ello encontramos dos posturas bien diferenciadas:

La postura de la tesis administrativista para quien la interven-

ción producida por el organismo de contralor, con autoridad administrativa suficiente, resulta equiparada al Instrumento Público como forma requerida a los fines constitutivos de toda sociedad; lo que resulta observado por la posición contraria al decir que en última instancia toda sociedad que se constituya por Instrumento Privado terminaría siendo constituida por Instrumento Público, con lo que desaparecería aquí la diferencia que estatuye el art. 4 L.S.C., puesto que de una u otra manera, toda sociedad quedaría constituida por Instrumento Público. E igualmente perdería sentido la exigencia sostenida por el art. 165 L.S.C., en cuanto requiere como forma específica el instrumento público.

La otra posición, reforzada por la decisión Jurisprudencial, ha determinado el alcance del término Instrumento Público circunscribiéndolo a Escritura Pública, dándole así una limitación que no se condice con la amplitud del enunciado que resulta contenido en el art. 979 C.C.

Ante esta realidad nuestra propuesta radica en:

1) LA DEROGACIÓN DEL ART. 165: por aplicación del art. 4 para todo tipo societario.

2) O LA NECESARIA MODIFICACIÓN DEL ART. 165: reemplazando la fórmula Instrumento Público por Escritura Pública a los fines de dar la especificidad que se necesita.

## II) INTRODUCCIÓN

Tal como se evidencia en la práctica cotidiana coexisten en el Mundo Jurídico, personas de existencia físicas, y personas de existencia ideal ó personas jurídicas. Tanto a unas a como otras, les ha sido asignada capacidad suficiente a los fines de que puedan desarrollar su actuación y producir consecuencias en el tráfico jurídico. En virtud de ello se torna de relevante importancia la particular contemplación que respecto a las personas jurídicas debe tenerse, ya que ellas resultan ser una creación efectuada por el legislador, quien echando mano a una ficción jurídica introdujo en el Mundo real, sujetos, que actúan como centros de imputación de derechos y obligaciones, distintos de los sujetos que lo conforman.

Cuando estas realidades jurídicas deciden constituirse con el fin de proyectar su actuación en el ámbito mercantil, se les exige observar

formas específicas al tiempo de su constitución, y en mérito a permitir su existencia como sociedades comerciales, se les impone un esquema normativo propio, regulado por la Ley 19550. Esta exigencia resulta dada en virtud de la extraordinaria gravitación que estas entidades tienen en el desenvolvimiento de la actividad comercial e industrial y por el importante papel que desempeñan en garantía de los terceros.

De esta manera se establece para su constitución la forma escrita, la que debe instrumentarse mediante un contrato donde las partes contratantes al momento de exteriorizar su voluntad, deciden la adopción del tipo societario que consideren adecuado para la consecución de los fines que se han propuesto. Efectuado ello aparece creada la persona jurídica, la que sólo se considerará regularmente constituida una vez cumplimentado el procedimiento legal exigido por los arts. 4, 5, 6 y 7 LSC en los que se ordena que dicho instrumento deberá someterse a un control previo de legalidad ante el órgano jurisdiccional ó administrativo competente y luego efectuar su inscripción ante el Registro Público de Comercio a los fines de otorgarle publicidad.

### III) DIMENSIÓN LEGAL:

Conforme hemos dicho, toda sociedad debe instrumentarse a través de la forma escrita por ser esta una exigencia impuesta en la legislación. Así lo dispone la letra del **Art. 4 (LSC)**, que dice: *“El contrato por el cual se constituye ó modifique una sociedad se otorgará por instrumento público ó privado”*. Aquí la ley si bien ordena una formalidad, permite que los constituyentes opten en la modalidad de su instrumentación, posibilitándoles adoptar en oportunidad de constituir el tipo societario cualquiera de las dos soluciones, ya sea el instrumento público ó el instrumento privado, de acuerdo a lo que más convenga a los intereses de las partes.

Esta opción se suprime cuando lo que busca constituirse es una S.A., ya que como dispone el **Art. 165 (LSC)** *“La sociedad se constituye por instrumento público....”*, resultando ser un mandato legal, la adopción del Instrumento Público como única forma válida de crear este tipo societario. Esta imposición consagrada en la disposición legal, ha dado origen a las más diversas interpretaciones respecto del alcance de dicha normativa en orden a como debe entenderse el término **“INSTRUMENTO PÚBLICO”**.

#### IV ) DISCUSIÓN DOCTRINAL:

Aparecen en la Doctrina en punto a este tema dos posiciones bien marcadas:

I) Aquellos que sostienen que por Instrumento Público sólo debe entenderse la ESCRITURA PÚBLICA, identificando de esta manera ambos términos. Se fundamentan en:

\* La **SEGURIDAD JURÍDICA** que esta forma jurígena brinda tanto a las partes contratantes como respecto de terceros, ya que como afirma MOSSET ITURRASPE:<sup>1</sup> *"El único instrumento Público que tiene esa característica desde el momento mismo que los contratantes ó celebrantes exteriorizan su voluntad es la Escritura Pública..."*. De tal manera que consideran que sólo el cumplimiento de esta formalidad es capaz de imprimir la garantía exigida por este tipo social en la operatoria jurídica.

\* La importancia que confiere en el momento constitutivo la forma escritural. Dadas las características que se le asigna a este tipo societario y el beneficio de la responsabilidad limitada que le otorga a los socios accionistas, consideran los autores que, es necesario exigir esta forma jurídica en la oportunidad constitutiva de la sociedad a los fines de dar certeza a los terceros, quienes podrán conocer en base a ello hasta donde llega la responsabilidad de esta entidad social en punto a las obligaciones sociales asumidas, compromisos de aportes, y demás actos que realizados por ésta los involucran a ellos que son sujetos ajenos a la sociedad.-

\* Que la hipótesis prevista por el **art. 28 L.S.C.** constituye un supuesto de excepción, y que como tal no hace más que confirmar la regla jurídica, esto es, la necesidad de la Escritura Pública. Ilustra esta punto la opinión de ZAVALA RODRÍGUEZ<sup>2</sup> quien señala *"... la resolución del juez es indispensable para constituir la sociedad anónima, pero no es el acto constitutivo formal de la sociedad anónima, sino que las actuaciones judiciales para constituir la sociedad con el menor, conforme a la ley 14.394, es decir las realizadas durante la celebración y la aprobación, deberán de acuerdo con el art. 165 "ser*

<sup>1</sup> MOSSET ITURRASPE, J. "Nulidad por inobservancia de las formas legales. La forma en el negocio jurídico", *Boletín Informativo del Colegio de Escribanos*, N° 243.

<sup>2</sup> ZAVALA RODRÍGUEZ, C.J., "Constitución y modificaciones de las Sociedades por Acciones", Edit. Astrea, Bs. As. 1973, pág. 76.

*trasladadas, a la escritura pública” y es ésta la que, conforme al art. 167, se presenta a la autoridad de control”.*<sup>3</sup>

\* En cuanto al tema de las modificaciones del contrato constitutivo, al encontrarse ante un silencio de la norma (art. 165 L.S.C.) que solamente prevee la instrumentación del acto constitutivo y nada dice respecto de las modificaciones; sostienen que si bien debería aplicarse la regla del art. 4 L.S.C. que permite la modificación de las sociedades por instrumento público o privado; al estar dicha sociedad constituida por escritura pública y en virtud de la exigencia del **art. 1184 inc. 10 C.C.** (que impone también la escritura pública para los actos accesorios de todo contrato redactado en escritura pública), concluyen que las modificaciones también deberán instrumentarse en escritura pública.

\* Esta corriente doctrinal encontró su apoyatura en la jurisprudencia, que se orientó a su favor. Se destaca así como fallo relevante el dictado por la Cámara Segunda Civil y Comercial de Tucumán en los autos “GAVERANTE S.A.”<sup>4</sup> donde al pronunciarse respecto del alcance que debe darse al requisito del **art. 165**, expresó que cuando se trata de la constitución, se requiere el Instrumento Público, que será comúnmente la Escritura Pública aunque, agrega, no se puede afirmar que los actos ó controles administrativos que se ejercen para la constitución definitiva de la sociedad sean instrumentos públicos.

II) En la vereda de enfrente encontramos aquellos que sostienen que: por Instrumento Público debe entenderse todos los supuestos contenidos en el Art. 979 del C.C.. Esta postura interpreta la letra de la ley en toda su amplitud, es decir, no limitando la expresión Instrumento Público solamente a la Escritura Pública la cual, consideran, es tan sólo una especie dentro del amplio género contenido en el Art. 979 del C.C.

Argumentan a su favor:

\*Que cuando la L.S.C. ha querido referirse concretamente a la escritura pública lo ha hecho expresamente ya que, cuando el legislador ha utilizado una expresión técnica con un contenido predeterminado lo hace con la idea de que sea reconocido con dicho alcance y no con otro. Resaltan que tanto en los arts. 4 y 165, como en la Exposición de Motivos y en el Mensaje de Elevación de la L.S.C, se habla de

<sup>3</sup> FARINA, JUAN M. “Tratado De Sociedades Comerciales”, Parte Especial II -B- S.A., Ed. Zeus, Rosario 1980, pág. 43.-

<sup>4</sup> C2° Civ y Com, Tucumán, 8/10/73, ED, 54-534 y LL, 153-359.

instrumento público de manera amplia, utilizando el art. 979 en toda su extensión, y no se hace mención en forma estricta a la escritura pública.

• Que también resulta de recibo la situación contemplada en el art. 28 de la L.S.C. que autoriza la constitución de sociedades entre herederos forzosos, exigiendo como único requisito el hecho de que el contrato sea aprobado por el juez de la sucesión. De esta manera la forma contenida en el inc. 4 del art. 979 del C.C., esto es, las actas judiciales son también una forma idónea para permitir la constitución de sociedades, ya que las mismas resultan comprendidas dentro de lo que la ley considera como Instrumento Público suficiente.

• Además agregan la función de seguridad jurídica, que no es prerrogativa exclusiva de la escritura pública, sino que tal como expresa HALPERIN<sup>5</sup> “...La función de seguridad jurídica que se persigue –según sus autores- con la escritura pública, se alcanza, por lo menos en igual medida, con la conformidad administrativa y la registración judicial...”. Se hace necesario citar en este punto lo expresado por la Comisión Redactora en la Exposición de Motivos de la Ley 19550 en oportunidad de su sanción. La misma sostiene: “El Proyecto en su art. 4 establece la necesaria forma escrita del contrato constitutivo, así como de sus modificaciones, otorgando a las partes la opción de recurrir al instrumento público ó al privado. Esta solución que incluye a las Sociedades por Acciones y modifica por ello el régimen vigente, se explica en razón de que los trámites administrativos y judiciales, ..., encuadran en la categoría de instrumentos públicos (art. 979 C.C.)... máxime cuando el control de legalidad compete, en forma exclusiva y excluyente, al organismo jurisdiccional (art. 6) y que en el caso de las sociedades por acciones media la intervención previa del organismo estatal de contralor (ART. 167 Y 168), y teniendo en cuenta además que la inscripción se hará en el caso de que el contrato constitutivo se otorgare en Documento Privado, previa ratificación ante el juez de registro o cumpliendo el requisito de autenticación de firmas (art. 5)”.

También ilustra este punto ROITMAN<sup>6</sup>, quien en referencia a la seguridad jurídica que brindan los trámites administrativos dice: “este

<sup>5</sup> HALPERIN, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, Edt. Depalma,, Bs.As. 1978, pág. 171, Vol III.

<sup>6</sup> ROITMAN, H. “El requisito de la Escritura Pública en la constitución de la S.A. en la L.S.C.”, RDCO, 1972 – 675.-

*proceso, como acto único, producirá efectos sólo a partir del día en que se hubieran cumplido las formalidades exigidas (art. 7 L.S.C.), de este modo, aunque haya mediado escritura pública, el incumplimiento de los requisitos formales torna al ente en irregular, con lo que se sigue que la seguridad jurídica preconizada por los sostenedores de la escritura pública se convierte en un concepto de poca trascendencia”*.

\*Asimismo consideran que obligar a constituir una sociedad por Instrumento Público, identificando a este con la Escritura Pública, significa hacer caer en un contrasentido al ordenamiento jurídico. Tal como reseñan, si se exige dicha forma instrumental al momento inaugural, esta también debería imponerse al producirse algún acto modificatorio de la sociedad por aplicación del **art. 1184 inc 10 C.C.** Sin embargo, resulta que dicha situación no se condice con los principios de especialidad que operan en materia mercantil y que rigen nuestro sistema jurídico, y que en este punto, tal como resulta previsto por la L.S.C. se traduce en que las modificaciones de los contratos se celebran por Instrumento Público o Privado (art. 4 L.S.C.) otorgándose de esta manera una amplitud de soluciones para efectuar tal procedimiento.

Para finalizar, refuerzan este punto, HALPERÍN<sup>7</sup> Y ROITMAN<sup>8</sup> quienes consideran inaplicable el art. 1884 Inc. 10 del C.C., en relación a la reforma estatutaria, pues el silencio del art. 165, no debe encontrar respuesta en el ordenamiento civil, sino en la misma ley de sociedades, cuyo art. 4 sienta expresamente un principio general, aplicable a todo tipo societario.

## V) BIBLIOGRAFÍA

FARINA, Juan M., *“Tratado de Sociedades Comerciales”*, Edit. Zeus, Rosario 1980, Parte Especial II – B.

HALPERIN, Isaac, *“Curso de Derecho Comercial”*, Edit. Depalma, Bs.As., 1978, Vol. II.

MOSSET ITURRASPE, J. *“Nulidad por inobservancia de las formas legales. La forma en el negocio jurídico”*, Boletín Informativo del Colegio de Escribanos”, N° 243.

NISSEN, Ricardo A., *“Ley de Sociedades Comerciales”*, Edit. Depalma, Bs. As. 1994, T.III.

---

<sup>7</sup> HALPERIN, Isaac, Ob. Citada.-

<sup>8</sup> ROITMAN, H. ob. Citada, pág. 689

VERON, Alberto, "*Sociedades Comerciales*", Edit. Astrea, Bs. As. 1986, T. III.

ZALDIVAR, Enrique, "*Cuadernos de Derecho Societario*", Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., Vol III.

ZAVALA RODRÍGUEZ, C.J., "Constitución y modificaciones de las Sociedades por Acciones", Edit. Astrea, Bs. As. 1973, pág. 76.