

CONTROL ESTATAL DE SOCIEDADES POR ACCIONES

OLGA REGINA GARCÍA DE LUQUITA.

El Código de Comercio, hasta la sanción de la ley 19.550, fijó el régimen de la forma en lo relativo a la constitución de las sociedades en su art. 289, brindando a los constituyentes la opción entre el instrumento público o el privado cuando se tratara de cualquier tipo societario, con exclusión de la sociedad anónima y la en comandita por acciones, las que únicamente podían constituirse por instrumento público.

La obvia necesidad de conferir certeza y seguridad jurídica a la creación de sociedades por acciones ha sido lo suficientemente analizada, fundamentada y aceptada por la doctrina, y durante la vigencia del art. 289 ningún profesional del derecho tuvo dudas en cuanto a su interpretación: Se entendía, sin mayor dificultad, que el instrumento idóneo para la constitución de sociedades anónimas y en comandita por acciones era exclusivamente la escritura pública y, consecuentemente, que las demás sociedades podían ser formalizadas, indistintamente, en escritura pública o en instrumento privado. La doctrina ha sido pacífica en ese sentido. Podemos citar a Halperin, Malagarriga, Alconada Aramburú, Raymundo L. Fernández, Zavala Rodríguez, Rivarola, etc.

El sistema del Código de Comercio fue mantenido en el anteproyecto de los doctores Malagarriga y Aztiria, pero desechado en el de la Comisión que preparó el texto definitivo, cuyo art. 4 disponía que el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por "instrumento público o privado".

Con motivo de las críticas y al advertir el Ministerio de Justicia la inconveniencia de permitir en forma total esa alternativa, se modificó el proyecto consignándose en su art. 165 que las sociedades anónimas deben "constituirse por instrumento público", y dado que

I Congreso Argentino de Derecho Societario

(La Cumbre, Córdoba, 1977)

a las sociedades en comandita por acciones les son aplicables en general las normas de las anónimas, deben ellas ser constituidas por instrumento público.

En virtud de ello, la ley 19.550 ha planteado los siguientes problemas:

a) Innecesidad legal de la escritura pública en las sociedades comerciales de interés, es decir: colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita simple, capital e industria y accidental o en participación.

b) Discusiones en cuanto a las sociedades por acciones sobre estos dos puntos: I) si la ley —al exigir el “instrumento público”— se ha referido a la “escritura pública” o a alguna otra de las especies del instrumento público; y II) si la exigencia de la escritura (o instrumento público) está limitada a la “constitución”, o también se extiende a la “modificación” o “disolución” de la sociedad.

Entiendo que comparando los requisitos y las dos categorías instrumentales —pública y privada— es suficiente para advertir rápida y concluyentemente que el documento privado no es idóneo para proteger en forma adecuada los intereses de los socios y de los terceros. La seguridad jurídica, elemento básico en la convivencia social, queda comprometida como consecuencia de una deficiente instrumentación.

Como se trata de un tema tan conocido y analizado, resulta difícil aportar argumentaciones novedosas. Entiendo que basta mencionar criterios ya conocidos y difundidos, para apoyar esta ponencia, pues creo esto puede ser útil para una futura rectificación de la legislación societaria de nuestro país.

El doctor Carlos E. Malagarriga —corredor del Anteproyecto de la actual ley—, en la conferencia que pronunció en 1961 en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, dijo: “Pero las posibilidades de error son mucho mayores cuando son los propios interesados los que se resuelven a redactar ellos mismos los contratos sin intervención notarial, y también sin patrocinio letrado. De mí sé decir que en los cuarenta años que ejercí libremente la profesión de abogado y en los cinco de ejercicio de la magistratura, es en los contratos de sociedad por escritura privada de los que he visto surgir mayores y más frecuentes conflictos. No me arrepiento, por haber mantenido, con Aztiria, en nuestro proyecto la exigencia de escritura pública en los casos que antes 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..." ("Revista del Notariado", n° 657, mayo-junio de 1961, p. 311).

Cabe mencionar aquí el excelente trabajo del doctor Carlos Emérito González, publicado en "La Ley" del 14 de agosto de 1967 con el título de *Las escrituras públicas constitutivas de sociedad como seguridad jurídica máxima*. En él, el autor hace un estudio sobre los valores de la escritura pública, para luego analizar los inconvenientes del instrumento privado.

También me parece interesante recordar como antecedente la presentación del Consejo Federal del Notariado Argentino al Ministerio de Justicia de la Nación formulando sus observaciones al anteproyecto de ley general de sociedades. En su memorial, el Consejo Federal expuso las razones por las cuales, a su criterio y para obtener las máximas garantías, debía imponerse el requisito de la escritura pública, en los actos vinculados al nacimiento, modificación o extinción de las sociedades.

León Hirsch en su trabajo *Algunos aspectos de la nueva ley de sociedades comerciales*, en su capítulo referido a forma y procedimiento de constitución y modificación de sociedades por acciones, sostiene que "tanto en el art. 165 de la Ley de Sociedades como en el art. 289 del Código de Comercio, se impone como forma ineludible para la constitución de tales tipos societarios el instrumento público. Algunos se han preguntado por qué la ley dice "instrumento público" y no "escritura pública". Dice que en realidad la ley no hizo en este aspecto más que repetir la expresión "instrumento público", que ya existía en el Código de Comercio.

Sostiene Hirsch que la laguna legal, creada por la inexistencia de normas específicas dentro de la ley 19.550 que brinden solución al caso en examen, hace que para tales supuestos sean aplicables en toda su extensión las disposiciones que sobre la materia contiene el Código Civil. Menciona que el art. 1184, inc. 10, establece que deben ser hechos en escritura pública "todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública". Es imposible sostener, nos dice, que en virtud del art. 4 de la ley 19.550, ha sido modificado el art. 1194 del Cód. Civil. Afirmar tal cosa no es más que no querer reconocer el régimen especial creado para las sociedades por acciones y desvirtuar así el texto legal. Ni en la ley ni en la exposición de motivos ni en el mensaje hay indicio alguno de haber existido intención de reformar o modificar las reglas que el Código Civil contiene sobre las escrituras públicas. Por lo expuesto, sostiene que el instrumento público es la forma impuesta por la ley para mo-

dificar contratos constitutivos de sociedades por acciones. Destaca que en la práctica se podrían ocasionar graves inconvenientes si se aplicara la tesis contraria, pues, a su entender, los títulos emanados de dichas sociedades serían observables (ver "Rev. del Notariado", nº 724, julio-agosto 1972, Buenos Aires, Rep. Argentina).

Jaime Giralt Font (h.), en su trabajo titulado *La escritura pública es el único instrumento apto para la constitución de sociedades anónimas y en comandita por acciones*, publicado en "Gaceta del Notariado", nº 59, ps. 44 y ss., nos dice que "la ley 19.550 conserva sin la menor alteración el régimen del art. 289 del Cód. de Comercio. La única variante introducida consiste en la diferente ubicación de las dos normas que lo componen, resultado de una técnica legislativa quizá más apropiada: "El principio general en el art. 4 —el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado—, encabezando la sección II (De la forma, prueba y procedimiento) del capítulo I, dedicado a las disposiciones generales, y el sistema propio de las sociedades anónimas y las en comandita por acciones, por aplicación del art. 316, en el art. 165 —la sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública—, que integra la sección V (De la sociedad anónima) del capítulo II, relativo a las sociedades en particular. Sostiene que con distinta formulación, el principio del art. 289 del Código de Comercio pasó intacto a la Ley de Sociedades, y que por ello puede concluirse hoy, como se hizo durante la vigencia del Código de Comercio, que no existe otro instrumento público apto para formalizar la constitución de sociedades anónimas o en comandita por acciones, que la escritura pública".

En autos "Satrà, SACIF, s/Inscripción", se resolvió que "no procede hacer lugar a la inscripción solicitada de una sociedad anónima, por no haberse cumplido con el requisito impuesto por el art. 165 de la ley 19.550, que exige para la constitución de la sociedad anónima el instrumento público, entendiéndose por tal la escritura pública hecha por escribano público" (en el dictamen del señor agente fiscal, Dr. Carlos Malfuesi, se lee: "pero para disponer esta inscripción, el señor juez debe comprobar ante todo el cumplimiento del requisito exigido por el art. 165 de la ley 19.550, que impone a las sociedades anónimas, cuando son por acto único, su constitución por instrumento público. Y he aquí, señor juez, donde comienzan las divergencias acerca de lo que debe entenderse por "instrumento público" conforme al citado art. 165. Mientras algunos, como

los ocurrentes, sostienen que se trata de lo previsto por el art. 979 del Cód. Civil, en especial los extendidos por "los funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieran determinado" (inc. 2), otros, entre los cuales se coloca este ministerio fiscal, sostienen por su parte que el instrumento público a que hace referencia el precepto legal citado en primer término, es la *escritura pública*, hecha por escribano público en su libro protocolo (arts. 979, inc. 1, y 997, primera parte, del Cód. Civil).

El mismo punto de vista lo sostiene Álvaro Gutiérrez Zaldívar ("La Ley", t. 147, p. 1401) en *La forma de constitución y adecuación y modificación de las sociedades por acciones (La necesidad de la escritura pública de acuerdo con la ley 19.550)*, en donde nos dice que "en consecuencia, el régimen de forma que corresponde aplicar a las sociedades por acciones es el del instrumento público. El pretender que las modificaciones del contrato constitutivo pueden realizarse por instrumento privado, por aplicación del art. 4 viola sin duda el criterio regulador de la ley, ya que esa norma general fue expresamente dejada sin efecto para las sociedades por acciones, por el art. 165, norma especial. El art. 165 no se puede tomar, por otra parte, aislado, sino como incluido en el sistema preexistente de derecho, al que la Ley de Sociedades se ha incorporado, y con el cual debe funcionar sin contradicción; de lo contrario se confunde la autonomía gramatical provocada por la imprecisión del legislador, con la autonomía jurídica de una regulación independiente. En este trabajo el autor también nos remite al art. 1184, inc. 10, del Código Civil.

Por lo apuntado precedentemente, propongo como conclusión al Primer Congreso de Derecho Societario:

a) *De lege lata*: Que tanto las sociedades anónimas como las en comandita por acciones deben constituirse, adecuarse y modificarse por escritura pública, por entender que la ley al referirse a instrumento público, hace referencia a la *escritura pública*, hecha por escribano público en su libro de protocolo.

b) *De lege ferenda*: Propugnar se modifique el art. 4 de la siguiente forma: "El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por *escritura pública*".

Acorde con ello, se reemplace en el art. 165 los vocablos "instrumento público", por "*escritura pública*".