

Comisión II.

ITER CONSTITUTIVO Y SOCIEDADES IRREGULARES *Constitución 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 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 "constituírse" por instrumento público, y dado

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

A causa 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 en 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 mismo punto de vista lo sostiene Alvaro 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*".