

## ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES

HÉCTOR CÓRDOBA CARRANZA.

JAVIER LÓPEZ.

Al sancionarse la ley 19.550 el 28 de diciembre de 1971, sobre sociedades comerciales, quedó sustituida la vieja legislación sobre esta materia contenida en el título III, libro segundo, de nuestro Código de Comercio, vigente desde el 1 de mayo de 1890. Desde entonces hasta nuestros días, sucesivas leyes fueron introduciéndole modificaciones parciales, de distinta naturaleza e importancia. Pero fue quedando a la vista la necesidad y urgencia de innovar profundamente en la legislación societaria para adecuarla a las nuevas exigencias del tráfico mercantil.

La ley en general ha merecido elogios. Es moderna en su técnica y realista en su contenido, ya que ha buscado dar soluciones satisfactorias a las necesidades de nuestro medio ambiente, recogiendo para ello la problemática resultante de la doctrina y de la jurisprudencia.

Lamentablemente, en cambio, en el punto relativo a la forma de constitución, modificación y disolución de las sociedades, la solución no satisface. La permanente lucha entre el documento privado y la escritura pública —como especie de instrumento público—, una vez más ha quedado de manifiesto.

Veamos, en breve comentario, la historia de lo sucedido.

En el Código de Comercio, vigente en esta materia hasta la sanción de la ley 19.550, la solución era la siguiente: las sociedades se constituían, modificaban y disolvían por instrumento privado o por escritura pública. La doctrina era pacífica en cuanto a entender que el instrumento público mencionado en el derogado art. 289 del C. de Comercio, no podía ser otro que la escritura pública. Algunos autores, como Garo, opinaban lo contrario.

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

Las críticas menudearon y el Ministerio de Justicia advirtió la inconveniencia de permitir en forma total esa alternativa. Modificóse, como consecuencia, esta parte del proyecto y se consignó en su art. 165 que las sociedades anónimas deben constituirse por instrumento público, y dado que a las sociedades en comandita por acciones les son aplicables en general las normas de las S.A., deben ellas ser constituidas también por instrumento público.

Como resultado de ello, quedó la preocupación para todos en un doble aspecto: 1) porque algunos pensaban que la obligación del instrumento público, sólo existe para constituir las sociedades por acciones, y no para modificarlas o disolverlas; y 2) porque algunos argumentaban que al decir la ley "instrumento público", y no "escritura pública", cabía la posibilidad de evitar la escritura pública, en la medida que se considere "instrumento público" a las actuaciones administrativas a realizar para la aprobación de los estatutos y para su inscripción en el Registro Público de Comercio.

En síntesis, la sanción de la ley 19.550 originó las siguientes consecuencias:

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 de las especies del instrumento público; y II) si la exigencia de la escritura pública o instrumento público está limitada a la constitución, o también se extiende a la modificación o disolución de la sociedad.

Asimismo, la ley 19.550 margina a dos tipos de sociedades: la "cooperativa" y la de "economía mixta". La primera se rige por la ley 20.337, que a la vez que incorporó a su texto en un capítulo, las disposiciones de la ley 19.219, derogó el segundo párrafo del art. 372 de la Ley de Sociedades. La segunda se mantiene intacta bajo el régimen del decreto-ley 15.349 del año 1946, que ratificó la ley 12.962. Empero, la marginación no es absoluta, pues la ley 19.550 estatuye, por el art. 372, que las disposiciones de esta ley se aplicarán

a ambos tipos de sociedad, en cuanto no se opongan a su propio texto.

Antes de entrar en las distintas posiciones doctrinarias respecto de los problemas planteados, veremos cuáles son las ventajas que ofrece en general la escritura pública respecto del instrumento privado.

Las desventajas del documento privado frente a la escritura pública en la constitución, modificación o disolución de sociedades, se pone de manifiesto con los siguientes antecedentes:

a) El Dr. Carlos C. Malagarriga, corredor del anteproyecto de la actual ley, en la conferencia que pronunció el 19 de mayo de 1961 nos decía: "Pero las probabilidades 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. No me arrepiento, por haber mantenido con Aztiria, en nuestro proyecto la exigencia de escritura pública en la constitución de sociedades, 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", p. 657, mayo-junio de 1961).

b) El Dr. Carlos E. González, en su trabajo titulado *Las escrituras públicas constitutivas de sociedad como seguridad jurídica máxima* ("La Ley", 14/8/67), nos señalaba los inconvenientes del instrumento privado. Entre los principales, señalaremos: 1) carece de autenticidad; 2) no tiene autor conocido; 3) permite la firma en blanco; 4) es atacable fácilmente; 5) carece de forma determinada y puede hacerse en cualquier idioma; 6) las cifras y cantidades pueden escribirse en números; la adulteración es muy fácil; 7) permite los espacios en blanco que pueden llenarse con posterioridad a la firma; 8) las enmendaduras, las rayaduras o interlineados no necesitan salvarse al final; 9) los documentos habituales que acreditan la representación de representantes, no necesitan ni transcribirse ni nadie da fe de la existencia o legitimidad de ellos; 10) se ignora el límite de las facultades conferidas; 11) se ignora si el mandato fue revocado; 12) la pérdida del ejemplar firmado imposibilita totalmente la prueba de su existencia; 13) valor probatorio deficiente. Nada vale hasta su reconocimiento expreso por las partes o por verificación judicial. 14) las declaraciones de voluntad no son siempre recogidas por un profesional del derecho, sino que puede llegar a ser escrito por cualquier amanuense con ignorancia supina sobre la forma y el contenido de lo que escribe; 15) aunque reconocido judicialmente, sólo hará fe de su contenido hasta la simple prueba en contrario;

16) son incompatibles con la seguridad que la ley debe dar a las operaciones comerciales, dijeron hace un siglo Zeballos, Escalante, Basualdo y Colombes, miembros de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, al presentar el Código de Comercio; 17) no es oponible a terceros, ni a las partes que lo negasen, mientras no haya un pronunciamiento legal en contrario; 18) carece de estimación de capacidad. Este tipo de instrumento podría ser firmado por dementes, menores o sordomudos, o por inhábiles como jueces, clérigos, interdictos, quebrados, etc. 19) es antítesis de seguridad; no supone más que un requisito de legitimación negativa (Carnelutti); 20) se caracteriza por su inseguridad, incertidumbre e incierta procedencia (Vivante); 21) es ineficaz para transmitir inmuebles como aporte a la sociedad.

Concluye Carlos E. González, sobre la base de estas expresiones, que el instrumento privado no es por su propia naturaleza y por sus efectos jurídicos el medio idóneo para la constitución y modificación de las sociedades comerciales.

c) El tercer antecedente lo constituye la presentación del Consejo Federal del Notariado Argentino ante el Ministerio de Justicia de la Nación formulando sus observaciones al anteproyecto de la ley general de sociedades. En su memorial, el Consejo Federal expuso las razones por las que, 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. Entre otras razones, se mencionaban: a) Los otorgantes quedan, mediante la escritura pública, identificados legalmente y a todos los efectos también *ab initio* (art. 1001, C.C.). b) Con el otorgamiento de la escritura pública quedará acreditada y evaluada por hombres de leyes y también simultáneamente, la personería de los otorgantes que invoquen representación o mandato (art. 1003, C.C.). c) 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 previo al acto registral. d) El protocolo de los escribanos, propiedad del Estado, en que se asientan las escrituras públicas, ofrece la total seguridad que la práctica señalará no brindan 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.

La ley 19.550 en algunos aspectos es incorrecta y da lugar a planteos diversos, por ej.: a) constituir o modificar la sociedad (art. 4); b) instrumento de constitución (art. 11); se omite "de modificación"; c) constituida por instrumento público, como forma de la sociedad anónima (art. 165), también se omite "de modificación"; d) constitución conforme a las normas de la sociedad anónima, respecto de la sociedad en comandita por acciones (art. 316); aquí tampoco se dice nada en cuanto a la modificación; e) escritura pública confirmatoria de la constitución de la sociedad en comandita por acciones (art. 370); en este caso, como forma de constitución se señala a la especie, esto es, a la escritura pública, y no al género, o sea, al instrumento público.

La doctrina señaló que nada justificaba derogar el art. 295 del Código de Comercio, pues él establecía que cualquier reforma o ampliación que se hiciese en el contrato social, debía formalizarse e inscribirse con las mismas solemnidades prescritas para celebrarlo. Como fácilmente se columbra, este texto era más explícito que el del art. 4 de la ley 19.550, precisamente porque el precepto implanta el absurdo sistema de autorizar "modificaciones" por cualquier medio o estilo, prescindiendo en absoluto de la forma en que se hubiera constituido la sociedad. Tal anomalía se acentúa respecto del enunciado del art. 165, dado que el texto alude a la constitución de la sociedad y silencia acerca de la modificación.

#### *Sociedades por acciones: Sociedades anónimas.*

Analizaremos a continuación cuáles son las distintas posiciones adoptadas en la doctrina, en relación a la polémica cuestión sobre la forma de instrumentación en la constitución, modificación y disolución de las sociedades por acciones.

En primer lugar, el Consejo Federal del Notariado Argentino se dirigió al Instituto Argentino de Cultura Notarial, entidad a la cual los autores pertenecen (Castagno, Solari y Zinny), pidiendo dictamen acerca de estas dos cuestiones. Las conclusiones fueron las siguientes:

a) El instrumento público requerido por la ley 19.550 para la constitución de sociedades por acciones es exclusivamente la escritura pública.

b) La escritura pública es indispensable tanto para la constitución de las sociedades por acciones, cuanto para su modificación o disolución.

Para ello, se tomaron como base los siguientes fundamentos referidos casi totalmente a la primera de estas dos cuestiones. La segunda tiene simple solución a la luz del principio jurídico que determina que lo accesorio sigue a lo principal (las modificaciones o la disolución son actos accesorios del acto principal que está dado por la constitución de la sociedad), y decidiendo la cuestión, el inc. 10 del art. 1184 del C. Civil dispone que deben ser hechos por escritura pública todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública.

La ley 19.550 en materia de forma de sociedades por acciones impone el requisito del instrumento público (arts. 4, 165 y 316).

La falta de rigor dogmático con que se maneja el concepto de instrumento público, ha provocado y provoca confusiones y errores que procede poner de manifiesto. Tales equívocos y desconciertos tienen diferentes matices y obedecen a distintas causas.

Como principio se admite incluso por los propios redactores del proyecto convertido en ley —pero con resistencia en algunos círculos— que el instrumento público a que se refiere el art. 165 no puede ser otro que la escritura pública, atendiendo a la correlación que existe entre los arts. 4, 165 y 167 y otros que constituyen la unidad del sistema, pues el instrumento público comprensivo del contrato de constitución debe llegar ya formado a la autoridad de control, amén del significado de la expresión “por acto único”.

Esta aceptación postula, empero, dos excepciones, que estarían constituidas por los supuestos del art. 28 de la ley 19.550 y el art. 79 de la ley 19.551.

La falta de consistencia en el proceso interpretativo adquieren mayor entidad en quienes sostienen la posibilidad de que, las actuaciones administrativas producidas para obtener la conformación de que trata el art. 167 de la ley —sustituto del anterior régimen de autorización para el funcionamiento de la sociedad—, configuran el instrumento público requerido por la ley. Contribuyen a ese desorden conceptual, entre otras, las siguientes razones:

a) Las forzadas conclusiones sentadas por algunos comerciantes (Garó).

b) Los comentarios de la exposición de motivos de la ley, en los cuales se afirma que los trámites administrativos y judiciales, de necesario cumplimiento para que la sociedad quede legítimamente

constituída, encuadran en la categoría de instrumentos públicos (art. 979 del C.C.). A este respecto es necesario advertir: 1º) que esas ideas corresponden al primitivo anteproyecto, que mantenía para las S.A. y en comandita por acciones la opción del instrumento público o privado contemplada en las disposiciones generales, y no se tuvo el cuidado de suprimirlas o modificarlas en función de la reforma que introdujo el Poder Ejecutivo nacional al sancionar la ley; y 2º) que aun ubicada en el cuadro de aquel anteproyecto, la tesis merece serios reparos, como se verá más adelante.

c) Los peligros que entraña presentar el contrato constitutivo redactado en instrumento privado, condicionando su validez definitiva a la posterior instrumentación, inscripción y publicación conforme a la ley.

d) La ligereza con que actúan en algunos puntos del país los funcionarios encargados del control e inscripción, ya que, en orden a lo dispuesto por la primera parte del art. 369 de la ley, se han constituido sociedades por acciones ajustadas a las disposiciones del nuevo ordenamiento. Curiosamente, se han conformado y registrado sociedades de ese tipo constituídas en instrumento privado, a los que se pretende asignarles calidad de públicos por una suerte de transformación que no se compece con los principios de nuestra organización jurídica.

Cuando el anteproyecto es modificado y se suprimen en el art. 165 las dos palabras "o privado" —quedando, por lo tanto, la exigencia del instrumento público como forma constitutiva exclusiva de todas las sociedades por acciones— el ministro de Justicia, en el mensaje con que acompaña el proyecto definitivo para su sanción por el Poder Ejecutivo, se aleja de la idea de la instrumentación pública implícita y explica que ha sido decisión de su Ministerio apartarse de la opción prevista por el art. 165 de otorgar el acto constitutivo de las S.A. por el instrumento público o privado, proponiendo en cambio, como resulta de dicho artículo con el contenido que se eleva, que aquél deberá serlo siempre por instrumento público.

Cabe señalar —agrega el mensaje— que la solución propuesta por la Comisión —la instrumentación pública o privada— ha sido cuidadosamente evaluada; sin embargo, se ha estimado que por el momento y por razones de seguridad jurídica, resulta conveniente mantener el requisito del instrumento público que por lo demás es el criterio vigente a tenor del art. 289 del C. de Comercio.

En consecuencia, no puede quedar dudas de cuál fue la decisión del legislador, ya que, en forma deliberada y fundamentada, se alejó del sistema alternativo propuesto por la comisión redactora y exigió la instrumentación pública como única forma de constitución para las sociedades por acciones.

Si ahora se pretendiera interpretar la ley en el sentido de que el instrumento público del art. 165 no es la escritura pública solamente, sino que lo son también las constancias administrativas de aprobación y registración, no habría tenido sentido la modificación del texto legal tal como se la realizó ni se justificarían los conceptos del mensaje ministerial que hemos mencionado.

Sean o no instrumento público los actuados administrativos conducentes a la aprobación del acuerdo constitutivo, lo que manda la ley es que el instrumento público exista al constituirse la sociedad y éste no ofrece otra salida legal que la escritura pública.

Es necesario asignar, además, debida importancia al hecho de que en el proceso de constitución o modificación de la S.A. aparezcan dos instrumentos públicos (actos públicos de aprobación administrativa del acuerdo o inscripción judicial de él) o tres (intervención notarial, aprobación o inscripción) y advertir, asimismo, que los documentos e instrumentos públicos representan los actos de su autor (aunque algunos, como los instrumentos notariales, representan además los actos de sus otorgantes o requirentes), y que esos actos, que son también públicos y por consiguiente auténticos —en cuanto celebrados por funcionarios que invisten dicho carácter—, no deben confundirse con el documento o instrumento que los representa (el primero se traduce en un comportamiento humano y el segundo es sólo el objeto de dicho comportamiento).

La solución del art. 165 en cuanto menciona al instrumento público —y no a la escritura pública— es exactamente igual a la del derogado art. 289 del C. de Comercio que establecía que la "escritura" de sociedad puede ser pública o privada para terminar disponiendo que "las sociedades anónimas y las en comandita por acciones deben constituirse por instrumento público".

En otras palabras, ahora como antes, la ley manda que dichas sociedades se constituyan por instrumento público. En concreto y como verdad irrefutable no hay diferencia entre la ley anterior y la nueva.

Si el dispositivo legal derogado (art. 289 del C. de Comercio) daba la misma solución que el nuevo texto (art. 165), puede afirmarse sin temor a equívocos que el sistema fundacional de las

sociedades comerciales continúa sin modificaciones y consiste en permitir la constitución de las sociedades en general por instrumento público o privado, con excepción de las sociedades por acciones, las cuales deben constituirse por instrumento público.

Resulta aplicable al régimen de la ley 19.550 la tesis mayoritaria de la doctrina nacional expuesta en torno al sistema del C. de Comercio, en el sentido de que las S.A. requerían indispensablemente la escritura pública para cumplir el recaudo de "instrumento público" exigido por el art. 289 del C. de Comercio.

El Dr. Mario A. Rivarola explica a este respecto que debe distinguirse con suficiente claridad, lo que a veces no se hace, entre los elementos esenciales para la constitución de una S.A. y los actos constitutivos de ella, distinción que permite observar que sin escritura pública pueden existir los elementos necesarios para constituir la S.A., pero sin dicha escritura "aunque se encuentren reunidos todos los elementos, no podrá considerarse constituida la sociedad, lo cual da específicamente a aquélla el carácter de requisito formal, y no de elemento sustancial".

Recuerda este tratadista que no fue sin larga discusión que se llegó a establecer que la escritura pública es uno de los actos constitutivos de la sociedad anónima, discusión que surgió con motivo de la sanción del C. de Comercio de 1889, en el que luego de transcribirse en el art. 289 el texto del antiguo art. 393, se le agregó como tercer apartado "que las S.A. y las sociedades en comandita por por acciones, deben constituirse por instrumento público". También en el examen de la doctrina relativa al anterior art. 289, cabe tener en cuenta las largas discusiones sobre las características que debía tener la escritura pública de constitución de S.A. y si era constitutiva o de mera protocolización. Si el instrumento público del art. 289 estuviera legalmente dado por las actuaciones administrativas de concesión de la personalidad jurídica, no habría valido la pena discutir sobre la escritura pública; ya que ella sería un elemento redundante que, como tal —aunque deficientemente otorgado—, no invalidaría la constitución societaria.

Como argumento colateral corresponde agregar que la expresión "instrumento público" está usada en otros artículos de la misma ley 19.550, como el art. 168 sobre el programa de fundación que será redactado... "por instrumento público o privado", o el art. 339 sobre forma y contenido del contrato de fideicomiso, donde se dispone que "el contrato que se otorgará por instrumento público...". Estas dos normas del mismo cuerpo legal permiten afirmar

enfáticamente que el legislador ha empleado la expresión "instrumento público" para señalar a la escritura pública. De lo contrario sería interesante saber cómo se puede redactar un programa de fundación o un contrato de fideicomiso por un instrumento público que no sea la escritura pública.

La circunstancia de que el art. 370 utilice la expresión "escritura pública" no desvirtúa las argumentaciones precedentes. Es un artículo que no existía en el proyecto de la Comisión Redactora; fue agregado en el Ministerio de Justicia para solucionar un problema especial. No debe extrañar, pues, una diferencia terminológica que proviene de distinta autoría.

Si algo faltare para persuadir que en el lenguaje de la ley 19.550 existe equivalencia conceptual entre instrumento público y escritura pública, ello podría estar dado por la resolución 48 de Inspección General de Personas Jurídicas del 6/7/72, donde se establecen las normas a que deben ajustarse los contratos constitutivos de S.A. que se presenten para su aprobación. Dispone esta resolución: "El contrato constitutivo... podrá ser presentado... en instrumento privado". Luego agrega —y esto es lo que deseamos resaltar— que "si se presentare el contrato constitutivo en instrumento público...". Es visible que el instrumento público aludido por dicha resolución fáctica e inexorablemente es la escritura pública.

En resumen, puede afirmarse, según esta disposición, que el instrumento público requerido por el art. 165 de la ley 19.550 no es otro que la escritura pública.

Siguiendo con las posiciones doctrinarias respecto de las cuestiones discutidas, el notarialista Neri nos manifiesta que el empleo valorativo de la frase jurídica "instrumento público", como forma "de ser" para constituir o modificar el contrato, es reemplazada en el art. 370 por la expresión "escritura pública"; lo que permite reconocer, muy persuasivamente, nos dice, que el instrumento público a que se refiere la ley, por entre el contexto de los arts. 4, 5, 165 y 316, es la escritura pública.

El precepto legal relativo a la enunciación "instrumento público" ha sido interpretado por la doctrina nacional con mucha reflexión filosófica. De sus análisis se ha captado, y definido, que la expresión instrumento público traduce y representa a su equivalente "escritura pública".

La interpretación es correcta, nos dice Neri, totalmente a tono con la realidad que irradia el Código Civil por entre el articulado relativo a los instrumentos públicos, por lo mismo que la esencia-

lidad que éstos revisten: autenticidad y fe pública, que sólo surge de los funcionarios que los autorizan. Dentro de esta concepción, y valorando el acto jurídico que contiene el instrumento público por virtud de la declaración de las partes, el legislador: 1) enumeró a los que sustantiva y formalmente se deben configurarse con determinadas solemnidades; y 2) en el orden de prevalencia, tal como lo destacó Spota, señaló en primer término a las escrituras públicas hechas por los escribanos públicos en sus libros de protocolo (art. 979, inc. 1).

En suma y síntesis: por más que se discrepe acerca de esta interpretación, el instrumento público que la ley 19.550 enumera como instrumento documentador fehaciente es, *stricto sensu*, la escritura pública. Y por ello mismo, si el documento causal del contrato constitutivo se otorga en escritura pública, va de suyo que el contrato modificatorio también deberá hacerse en el protocolo notarial. Dicho de otro modo: las declaraciones de voluntad reguladoras de un interés societario, habidas en escritura pública, sólo pueden modificarse o extinguirse por virtud de otra escritura pública.

El contrato, sea constitutivo o modificatorio, debe registrarse en el público de comercio del lugar en que la sociedad fijó su domicilio (art. 5 de la ley y sus concordantes 36 y 39 del C. de Comercio). Si se otorgó por escritura pública se inscribe directamente; si se hizo por instrumento privado será menester que las firmas de los socios otorgantes, o la de sus apoderados, sea autenticada por escribano público.

La ley 19.550, aquí, admite que la certificación de autenticidad podrá hacerla otro funcionario competente. Con iguales recaudos se procederá cuando el contrato previese un reglamento. No cabe compartir con el sostenido de que la certificación de firmas podrá ser ejecutada por otro funcionario competente que no sea escribano público.

La acción y ejercicio específico de la función notarial, de autorizar escrituras y eventualmente actas y certificaciones, es, y debe ser, privativo del notario público. El legislador se ha mostrado ajeno al problema de la integración de la función notarial, diríase, pasivo en juridicidad. En sendas planas, y válido de criterios dados a luz en el orbe notarial español, alentó al autor que nos ocupa en la necesidad de: a) de reaccionar contra esta tendencia de mantener desaglutinado al fuero notarial; y b) de arremeter contra los valedores que impiden todavía "dar al César lo que es del César".

En posiciones diametralmente opuestas, encontramos la mayor parte de los comercialistas, entre ellos Isaac Halperin, quien nos dice:

El proyecto elevado al P.E. nacional aplicaba al contrato constitutivo la libertad de formas consagradas por el art. 4; esto es, dejaba a los constituyentes en libertad de elegir la forma (instrumento privado o público) porque la aplicación del art. 167 suministra la seguridad jurídica necesaria. Mas en la sanción de la ley, una reforma poco feliz sustituyó el art. 165 del proyecto por el actual, y ha creado con esa modificación varios problemas de importancia práctica, porque no adecuó las disposiciones del art. 167 a esa reforma que contradice el sistema de la ley.

El art. 165 exige que "la sociedad se constituya por instrumento público..."; esta norma plantea dos problemas iniciales de interpretación:

- a) ¿Cuál es el alcance de la expresión "instrumento público" empleada por el art. 165 citado?
- b) El art. 165 ¿incluye las modificaciones del estatuto, o éstas se rigen por el art. 4 de la misma ley?

La solución de estos dos interrogantes impone analizar los fundamentos de la norma cuestionada.

#### *Alcance de la expresión instrumento público.*

Buen número de comentaristas entienden que la disposición se refiere a la escritura pública exclusivamente (generalmente los escribanos y los profesores Zavala Rodríguez y Michelson). Así lo hacía el C. de Comercio —art. 289— y se interpretaba que se refería a la escritura pública, interpretación, afirman, que, está dentro de los fines de seguridad jurídica, perseguida fundamentalmente por la norma.

La interpretación es, inaceptable, porque:

- 1) Si la ley aplica una expresión técnica, que legal y jurídicamente tiene un alcance preciso y determinado, debe el intérprete atenerse a este alcance sin caer en el error de atribuir al legislador un error —valga la redundancia— para acomodar el sentido de la ley a la interpretación sostenida. El art. 979 del C. Civil enumera todos los actos que para la legislación son instrumentos públicos, y la escritura pública es sólo uno de los supuestos previstos.

El problema no es teórico, ya que cabe enumerar tres supuestos de aplicación en nuestra materia:

a) En los casos de los arts. 51 y 53 de la ley 14.394 —régimen de menores y de la familia—, así como en todos los supuestos en que los herederos constituyen sociedad, aportando todos o parte de los bienes recibidos y la sociedad se constituya por acta judicial (art. 979, inc. 4, del C.C.).

b) En los casos en que el Estado sea constituyente de la sociedad —mayoritario o no— y en el expediente administrativo que así se resuelve se otorga el acta constitutiva con todos los requisitos de los arts. 11, 166 y concordantes, por el o los funcionarios con atribuciones suficientes (art. 979, inc. 2, del C.Civil).

c) El acta constitutiva de la sociedad por el procedimiento de suscripción pública o sucesiva (art. 165), ya que ella es otorgada por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en la forma determinada por la ley (arts. 176, 179 —apartado 7º— y 180), la que no exige otorgamiento de escritura pública después del acta (art. 180).

2) 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 (arts. 6 y 167).

Así lo entendió el Consejo Económico Europeo en el art. 12 de sus directivas, que sólo impone el acto auténtico “en todos los Estados miembros en que la legislación no organiza un control preventivo, administrativo o judicial de su constitución...”.

3) La argución de la interpretación del art. 289 del C. de Comercio —derogado— que a pesar de referirse a instrumento público, se entendió, sin disidencias, que se trataba de escritura pública, olvida dos elementos fundamentales que imponen abandonar esa interpretación:

a) El instrumento a que se refería el art. 289 citado, se otorgaba después del procedimiento administrativo de autorización (art. 319 del C. de Comercio), y en este art. 319 se preveía “otorgando la respectiva escritura”, dando así una interpretación auténtica del alcance de la expresión empleada por el art. 289 citado.

b) Luego de la sanción del C. de Comercio se han regulado supuestos de constitución de sociedades que no son el procedimiento corriente de reunión de una pluralidad de constituyentes en un acto independiente de procedimiento judicial o administrativo específico.

*Aplicación a las modificaciones.*

Las eventuales modificaciones del contrato constitutivo para obviar observaciones de la autoridad de control o del juez de registro, impone ocuparse del problema aquí. El art. 165 impone el instrumento público para el acto de constitución, pero nada expresa de las modificaciones. En cambio, el art. 4 de la ley 19.550, fija la regla general en materia societaria: "el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado".

El problema tiene trascendencia práctica: la Inspección General de Personas Jurídicas buscó obviarlo con la conformidad pro forma, pero su regulación en pugna con el art. 167, 1ª parte, impuso declarar su ilicitud.

Juzgo, nos dice este autor, que la exigencia del instrumento público no es exigible para las modificaciones del acto constitutivo:

a) La ley de sociedades crea un sistema normativo propio (en cuanto a las formas, arts. 4 y 165), del cual "es posible extraer algunos principios generales", los que siendo propios de la materia comercial, deben ser aplicados con preferencia al derecho civil. Este sistema, en cuanto a las formas del acto constitutivo, se integra por los arts. 4 —que establece la regla general— y 165, que fija la excepción para las sociedades por acciones.

Así se entendió en la aplicación del Código de Comercio (arts. 289 y 295): la circunstancia de que una sociedad colectiva se constituyera por escritura pública, no imponía que la modificación se otorgara en esa forma.

b) El art. 165 limita su apartamiento del régimen general del art. 4 citado y los fundamentos de la norma excepcional no autorizan su interpretación extensiva, y menos analógica.

c) La Ley de Sociedades se apartó del régimen del art. 1184 del Código Civil en materias importantes referentes al acto constitutivo. Así, el art. 38, segunda parte, de la Ley de Sociedades, que aparta la aplicación del art. 1184, inc. 10, del C. Civil, sin contar que también se deja de lado la aplicación del inc. 7 del mismo artículo.

Hemos recogido también en el presente trabajo la autorizada opinión del Dr. Enrique Zaldívar, quien nos dice al respecto:

La redacción del art. 165 de la ley 19.550, que significó una variante a la propuesta por la Comisión Redactora, no ha sido pacíficamente interpretada en doctrina, dando lugar a un serie de elucubraciones que, dejando de lado la necesidad de cambio del viejo

régimen del Código de Comercio, muchas veces fueron lamentablemente influenciadas por los intereses particulares que juegan en torno de la implicancia económica-práctica de las distintas interpretaciones.

Antes de analizar el art. 165 citado, cabe señalar que durante la vigencia del Código de Comercio se había generado una corruptela en cuanto a la interpretación de su art. 289. En efecto, éste establecía que la constitución de S.A. debía realizarse por "instrumento público", lo que se interpretó como "escritura pública". No obstante, por circunstancias prácticas, el acta de constitución por instrumento privado se protocolizaba ante escribano después de la autorización administrativa.

Es decir que en la práctica la sociedad no se constituía por instrumento, sino que cuanto más, se cumplía con una apariencia formal que no reunía los requisitos necesarios. De todos modos, tal procedimiento, si bien criticado por algún autor o jurisprudencia, significó la solución práctica del problema.

El proyecto de ley de sociedades elevado al Poder Ejecutivo nacional contenía el siguiente texto para el art. 165: "Si la sociedad se constituye por acto único, puede celebrarse por instrumento público o privado..."; es decir que otorgaba una opción a los interesados para instrumentar de una forma u otra el acto constitutivo. Así se tendía a cristalizar un cambio necesario que había sido pedido por la mayoría de los sectores interesados (Bolsa de Comercio, cámaras gremiales, etc.), aconsejado por instituciones científicas (universidades, academias, etc.) y recomendado por colegios profesionales.

El apartado II de la sección V de la exposición de motivos del proyecto, que no fue modificado, dice en su parte pertinente: "El otorgamiento del acto constitutivo por escritura pública deja de ser una exigencia legal; su empleo se deja librado a los constituyentes porque: a) la intervención de la autoridad de contralor y del juez de registro (art. 167), así como la ratificación previa a la inscripción —art. 5, párrafo segundo—, asegura ampliamente la autenticidad del acto fundacional; b) la adecuación del estatuto a las normas legales se obtiene por ese contralor de legalidad señalado; c) la ilustración acerca de la gama de soluciones legales posibles, en todo caso, los fundadores deben hallarla en su asesor letrado; d) la experiencia argentina acerca de los demás tipos de sociedad confirman la solución consagrada...".

Los fundamentos expuestos no fueron óbice para impedir que la redacción originaria mereciera acogida legal. En efecto, el entonces ministro de Justicia en su nota de elevación del proyecto expo-

ne por qué el art. 165 varía en la redacción proyectada por la Comisión Redactora, suprimiéndose la opción que originariamente contenía y proponiendo que el otorgamiento del acto constitutivo se realice por instrumento público. Se adujeron entonces fundamentos un tanto discutibles: "razones de seguridad jurídicas" y ser el criterio vigente a tenor del art. 289 del Código de Comercio.

Aprobado el art. 165 en su actual texto, tuvo nacimiento un intenso debate doctrinario del que surgen resumidamente tres posturas acerca de su correcta interpretación.

La primera, ardorosamente defendida por sus directos interesados, los escribanos públicos, que sostienen que la escritura pública es la única forma instrumental utilizable, no sólo para otorgar el acto constitutivo, sino para modificarlo (I. Allende, Zavala Rodríguez, Neri, etc.).

La segunda, que sostiene que cuando la ley ha dicho instrumento público ha querido aludir genéricamente a los casos previstos por el art. 979 del Código Civil, según el cual no es menester la escritura pública para el otorgamiento del contrato constitutivo, por cuanto con el proceso de constitución (expediente administrativo y luego judicial de registro), la exigencia del art. 165 de formar la sociedad por instrumento público se vería acabadamente cumplida. En apoyo de la posición se cita el art. 979, inc. 4, del Código Civil, que textualmente reza: "Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos... 4) las actas judiciales, hechas en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimiento; y las copias que de estas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaren". En este caso, el testimonio que expide el juzgado que ordena la inscripción llena tal recaudo.

Finalmente, una tercera posición, con la cual coincidimos, nos dice el doctor Zaldivar, sostiene que la adopción de los términos "instrumento público" por el art. 165 ha querido referirse a los supuestos enunciados por los incisos 1 y 2 del art. 979 del Código Civil, que comprende no sólo a los instrumentos que extendieren los escribanos, sino también "los funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado". Así tenemos la sociedad constituida por acta judicial en los casos de los arts. 51 y 53 de la ley 14.394; la constitución por ley o decisión administrativa de una sociedad con mayoría estatal; la sociedad formada por los acreedores, conforme a la ley 19.551; la sociedad que constituyen los herederos en el expediente sucesorio y, en particular, dentro del propio régimen de la ley, el caso del art. 180, etc. Por último, esta misma

doctrina restringe los alcances del citado artículo, sólo a los casos de constitución, y no así a los de modificación.

Administrativamente, la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, así como la I.G. de P. J., por resolución 32/73, exigen que todo trámite de constitución de S.A. se inicie por instrumento público, y así también lo ha entendido la jurisprudencia de la Capital Federal desechándose la solución práctica a que dio lugar la amplia interpretación del art. 289 del C. de Comercio.

Respecto de las modificaciones, téngase presente que el art. 165 sólo se refiere a la constitución y que, en cambio, la norma general del art. 4 que confiere la opción de instrumento público o privado, se refiere tanto a la constitución como a las modificaciones de contratos.

En vista de que la norma especial no ha contemplado el supuesto, entendemos que el art. 4 es aplicable para las modificaciones de contratos sociales. Por otra parte, el art. 1184, inc. 10, del Código Civil, es inaplicable porque el régimen de la ley obedece a un sistema propio integrado por la registración y conformidad administrativa, al que el Código Civil accede en forma subsidiaria en tanto y en cuanto su normativa no se baste a sí misma. Hasta el presente no se conoce pronunciamiento judicial alguno al respecto, quizá en razón de que la regla práctica seguida ha sido la de elevar a escritura pública las modificaciones que se introduzcan una vez conformada por la I.G. de P.J.

Indudablemente que no ha sido feliz la redacción que recibió sanción legal, ya que no obstante el tenor de la nota de elevación del proyecto, pareciera trascender cierta indefinición acerca del problema.

Por último, mencionaremos la opinión acerca de los problemas debatidos de los autores Arecha y García Cuerva, quienes nos dicen: "los propios autores del proyecto manifiestan en la exposición de motivos: "se estimó jurídica y prácticamente superfluo exigir la elevación a escritura pública de instrumentos que ya revestían esa categoría". En efecto, si el trámite de constitución se inicia por instrumento privado, tanto la intervención del organismo de control, art. 167, como la intervención del juez de registro, hacen que dicho instrumento se transforme en público (art. 979 del C.Civil, incs. 2 y 4). Este criterio está expresamente adoptado por la ley en el art. 179, pues al referirse a la constitución por suscripción pública, el instrumento público constitutivo lo será el acta de la asamblea que se

labrará por el organismo de control, no siendo necesaria la constitución por escritura pública.

Estimamos, dicen los mencionados autores, que conforme al art. 7 de la ley, la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, y es en ese momento que el juez de registro revisará el contrato y exigirá que, tratándose de la constitución de una sociedad por acciones, se halle instrumentada por alguna forma de instrumento público. Si interpretáramos el art. 165 como exigiendo el requisito de la categoría de instrumento público, al iniciar los trámites constitutivos ante el organismo de control, no sólo violentaríamos lo dispuesto por el art. 7 de la ley, sino que limitaríamos la posibilidad de constitución de sociedades por acciones en otro instrumento público que no fuera la escritura pública a casos liminares como el previsto por el art. 28 de la ley 19.550.

El criterio propuesto, nos dicen Arecha y García Cuerva, es el que subyace en el sistema de constitución sucesiva de S.A. y el que resulta del art. 370, pues al referirse a las sociedades en comandita por acciones constituidas sin individualización de los socios comanditarios, exigen específicamente la escritura pública, por lo cual podemos inferir que si así lo hubiese querido disponer la ley, lo debió haber expresado en forma concreta. Aún más, al modificar el sistema del Código de Comercio, cuyo art. 289 exigía el instrumento público, y aun determinada especie de éste (arts. 319 y 320 del C. de Comercio) para la constitución de sociedades por acciones, determinó que el art. 370 de la ley estableciera la necesidad de la escritura de confirmación en concordancia con lo dispuesto con el art. 1062 del C. Civil, pues la posibilidad de confirmación se limita a las sociedades constituidas con anterioridad a la vigencia de la ley.

#### *Sociedades en comandita por acciones.*

El art. 316 establece: "Están sujetas a las normas de la sociedad anónima, salvo disposición contraria en esta sección".

Por su parte, el art. 324 dice: "Supletoriamente y sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 315 y 316, se aplican a esta sección las normas de la sección II".

Respecto de la constitución, se aplican a la sociedad en comandita por acciones las normas establecidas por los arts. 165 y siguientes de la ley, es decir, se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública, siendo de aplicación las dis-

posiciones relativas a la intervención de la autoridad de control, intervención del juez y publicidad, que son exigibles a las sociedades anónimas.

#### *Sociedades de responsabilidad limitada.*

En cuanto a los requisitos de forma para su constitución, introduce aquí la ley en el art. 10 la primera innovación con referencia a los tipos societarios que hemos analizado precedentemente. Debe constituirse por instrumento público o privado, y previo a la inscripción del instrumento dispuesta en el art. 7 de la ley, deberá cumplirse con la publicación del texto íntegro del contrato por un día, en el diario de publicaciones legales correspondiente a la jurisdicción. Por otra parte, las sociedades de responsabilidad limitada con veinte o más socios, están sujetas a las mismas exigencias que las sociedades por acciones en cuanto a la documentación y contabilidad (art. 62, ley 19.550).

#### *Conclusiones.*

Pensamos que no es lo mismo arribar a la verdad que concluir en el error. En efecto, si bien el precepto legal del art. 165 de la ley 19.550 puede presentar alguna duda respecto a si la expresión "instrumento público" se ha querido referir al género o a una especie de ella como sería la escritura pública, tal duda se disipa totalmente cuando leemos la exposición de motivos —sección II—, que reza: "Se estimó jurídica y prácticamente superfluo exigir la elevación a escritura pública de instrumentos que ya revestían esa categoría, máxime cuando el control de legalidad compete, en forma exclusiva y excluyente, al órgano jurisdiccional (art. 6) y que en el caso de las sociedades por acciones media la intervención previa del organismo estatal de control (arts. 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 cumplido el requisito de autenticación de firmas (art. 5)".

Como inevitablemente tenemos que hacer una interpretación sistemática, es decir, analizar el derecho como algo coherente y armónico, guardando unidad en su contexto, no podemos aislar en compartimentos estancos —la exposición de motivos y la ley respectiva— tratando de separar preceptos que indubitablemente tienen

estrecha correlación entre ambos, ya que una es el fundamento de la otra.

Para evitar equívocos interpretativos, debemos tener presente el aforismo que dice: "Cuando la ley no distingue, no debemos distinguir". Referido específicamente al art. 165 de la ley 19.550, que reza: "La sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública".

Concretamente, analizando la primera parte del mencionado artículo, podemos inferir que la expresión "instrumento público" hace alusión a todo tipo de instrumento que revista el carácter de público establecido por la ley (art. 979 del C.Civil), estando conteste dicha posición en general con la sostenida por la mayoría de la doctrina comercialista (Halperin, Zaldívar, Garo, Fargosi, Colombres, Arecha y García Cuerva, entre otros).

Por otra parte, es dable destacar que si la pluma que modificó el proyecto originario (Ministerio de Justicia) hubiera querido cambiarle el sentido a la expresión "instrumento público", hubiera cambiado también el texto de la exposición de motivos, que está señalando precisamente todo lo contrario. No podemos admitir, bajo ningún aspecto, que fue un "error" del Ministerio de Justicia que se olvidó de hacerlo, como señalan algunas posiciones doctrinarias.

Posición contraria, en cuanto sostienen que la expresión "instrumento público" alude no al género sino a una de sus especies, es decir, a la "escritura pública", tomando como *substratum* de sus fundamentos el hecho de la seguridad jurídica que para la constitución de sociedades por acciones ofrece la escritura pública, es la que adoptan la mayor parte —por no decir todos— de los notarialistas y algunos comercialistas (Zavala Rodríguez Michelson, y otros).

Asimismo, pensamos que por los mismos fundamentos expuestos precedentemente, el requisito del instrumento público no es exigible para las modificaciones del acto constitutivo en las sociedades por acciones, habida cuenta que la norma especial del art. 169 se aparta del régimen general del art. 64 de la ley, lo cual no autoriza a su interpretación extensiva y con menor razón analógica.

### Bibliografía.

- a) Texto sobre "Sociedades comerciales", XII Congreso Internacional Latino del Notariado, Buenos Aires, octubre 1973.
- b) Neri, *Tratado de derecho notarial*, tomo 8.

- c) *Ley 19.550. Sociedades comerciales*, con exposición de motivos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.
- d) Arecha y García Cuerva, *Sociedades comerciales*.
- e) I. Halperin, *Curso de derecho comercial*, vol. I.
- f) I. Halperin, *Sociedades anónimas*, Edic. Depalma, 1973.
- g) I. Halperin, *Sociedades de responsabilidad limitada*.
- h) E. Zaldívar, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, primera parte.
- i) E. Zaldívar, *Cuadernos de derecho societario*, t. II, segunda parte.
- j) G. A. Bollero, *Sociedades comerciales*.
- k) Carlos J. Zavala Rodríguez, *Derecho comercial*, t. II.
- l) Juan M. Farina, *Sociedades comerciales*.