

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**ALGUNOS ASPECTOS DE LA NUEVA LEY DE SOCIEDADES
COMERCIALES(*) (697)**

LEÓN HIRSCH

SUMARIO

1. Forma y procedimiento de constitución y modificación de sociedades por acciones: Forma. Procedimiento. II. Sociedades entre cónyuges. III. Contratos y negocios entre la sociedad anónima y sus directores.

**I. FORMA Y PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE
SOCIEDADES POR ACCIONES**

Forma

Constituye la forma, el medio por el cual se exterioriza una declaración de voluntad.

Nuestro Código Civil la define como "el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico" (art. 973).

La voluntad puede -en principio- manifestarse de cualquier modo.

La regla general reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, es el de la libertad de formas.

El art. 974 del Cód. Civil dispone que "cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes".

La nueva ley de sociedades comerciales en su art. 4° establece que "el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado".

Sienta dicha norma dos principios generales:

1°) Que el contrato constitutivo de sociedad necesariamente debe formalizarse por escrito.

Este principio se mantiene inalterable en todo el texto de la ley.

2°) Que el contrato de sociedad puede otorgarse por instrumento público o privado.

Este principio cede respecto de las sociedades por acciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 165, respecto de las sociedades anónimas, dice: "La sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública".

Referente a las sociedades en comandita por acciones, el art. 316 prescribe que las mismas "están sujetas a las normas de la sociedad anónima salvo disposición contraria en esta sección".

La ley se aparta así del principio general enunciado, y estructura un régimen formal especial respecto de estos tipos societarios.

La Comisión Redactora, por los motivos apuntados en la Exposición de Motivos, que no son del caso entrar aquí a analizar, elevó el proyecto definitivo, alterando respecto de las sociedades por acciones el régimen instituido por el Código de Comercio en lo atinente a la forma de constitución de tales sociedades.

En efecto, según dicho proyecto, que seguía en este aspecto al anteproyecto del año 1963, brindaba la opción de otorgar el contrato de dichas sociedades por instrumento público o privado.

El Ministerio de Justicia, por razones de seguridad jurídica, se aparta de la solución propuesta por la Comisión Redactora, y modifica el art. 165, que quedó redactado definitivamente de la forma en que anteriormente hemos visto, es decir, consagrando la obligatoriedad de otorgar el contrato constitutivo de las sociedades por acciones por instrumento público.

Lamentablemente no han tenido eco en el Ministerio de Justicia las aspiraciones de Malagarriga formuladas en la conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal el 19 de mayo de 1961, cuando afirmó: "NO TENGO AMBAGES EN DECLARAR QUE PARA MÍ EL "DESIDERATUM" SERÍA QUE TODOS LOS CONTRATOS DE SOCIEDAD FUERAN HECHOS POR ESCRITURA PÚBLICA". (Rev. del Not. N° 657).

Comparando el régimen formal que regula la ley 19550 para la constitución de sociedades por acciones, con el del Código de Comercio, observamos que en este aspecto no se produce ninguna innovación.

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".

En principio, podemos contestar que, en realidad, la ley no hizo en este aspecto más que repetir la expresión "instrumento público", que, como hemos visto, ya existía en el Código de Comercio.

Por otra parte, debe tenerse presente que el art. 28, destinado a proteger a los herederos menores, en los supuestos de los arts. 51 y 53 de la ley 14394, obliga a éstos a limitar su responsabilidad.

Para ello, podrían constituir en el mismo expediente una sociedad por acciones, en la que su responsabilidad quede limitada. Aprobado el contrato constitutivo por el juez, las piezas judiciales se presentarán ante la autoridad de contralor, para luego continuar con los trámites

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pertinentes.

En la ley 19551 de concursos, el art. 42 posibilita la constitución de sociedad con los acreedores quirografarios, en la que éstos tengan calidad de accionistas.

También el art. 79 de la ley de concursos prevé que se constituya entre los acreedores quirografarios del deudor una sociedad por acciones, a los fines de la disposición de los bienes.

En los supuestos señalados, las sociedades podrían constituirse en los respectivos expedientes judiciales.

De haberse consignado en el art. 165 la expresión "escritura pública", en vez de "instrumento público", en los casos mencionados hubiera sido menester recurrir necesariamente a la escritura pública.

Fuera de los casos de excepción que hemos indicado, el instrumento público a que se refiere la ley no puede ser otro que la ESCRITURA PÚBLICA.

Pretender sostener lo contrario, es distorsionar el texto legal y el verdadero espíritu que lo alentó.

En algunas exposiciones, conferencias y publicaciones se ha sostenido que las modificaciones de los contratos de sociedades por acciones pueden formalizarse por instrumento privado.

Se aduce que, por aplicación del art. 165, sólo la constitución de las sociedades por acciones debe formalizarse por instrumento público, ya que respecto de las modificaciones la ley no contiene previsión alguna.

Por ello, se considera aplicable a tales supuestos el art. 4° de la ley de sociedades comerciales.

Si bien dentro de la normativa de la ley 19550 no hemos encontrado disposición alguna que se refiera a la forma que debe adoptarse para el caso de modificaciones de contratos de sociedades que necesariamente deben constituirse por instrumento público, tampoco hallamos razón alguna en los fundamentos expuestos que justifique la pretensión de aplicar a tales supuestos el mencionado art. 4°.

Hemos señalado anteriormente que el principio general que sienta el art. 4° cede ante las sociedades por acciones.

De ahí que dicha norma es de aplicación para todos los tipos societarios, excepción hecha de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, a las cuales la ley ha conformado un régimen especial: La necesidad de otorgar el contrato constitutivo por instrumento público.

Para ubicar el problema en sus justos límites, es necesario recordar que el Código de Comercio en el art. 1° del Título Preliminar, establece: "En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil".

La remisión al Código Civil se encuentra reiterada por el art. 207 del mismo Código de Comercio, al disponer que "el derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales".

Sin mayor esfuerzo se deduce de las disposiciones transcritas que cuando una situación no se encuentra "especialmente prevista" por la ley

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comercial se resuelve por las normas contenidas en el Código Civil.

Y precisamente dentro de la ley de sociedades comerciales, no existe ninguna disposición que prevea especialmente la cuestión en análisis.

La laguna legal, creada por la inexistencia de normas específicas dentro de la ley 19550 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.

El art. 1184 inciso 10 del Código Civil establece que deben ser hechos por escritura pública "todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública".

De esta disposición surge que un instrumento privado no sería idóneo para modificar una escritura pública.

Es imposible sostener que, en virtud del art. 4° de la ley 19550, ha sido modificado el art. 1184 del Código 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, sostenemos que el instrumento público es la forma necesaria impuesta por la ley para modificar contratos constitutivos de sociedades por acciones.

Como corolario de las razones apuntadas, deseamos destacar los graves inconvenientes que en la práctica podría ocasionar la aplicación de la tesis contraria, pues, a nuestro entender, los títulos emanados de dichas sociedades serían observables.

Procedimiento

En materia de control societario, la nueva ley de sociedades comerciales modifica el criticado sistema del Código de Comercio, al suprimir el REQUISITO de la autorización gubernativa que exigía el inciso 4° del art. 318.

La ley ha venido así a dejar de lado el sistema de la "autorización" para adoptar el "normativo", colocándose en este aspecto a la par de las legislaciones más evolucionadas.

Sin embargo, debemos señalar que si bien aplaudimos la eliminación del REQUISITO de la autorización estatal, dudamos de la eficacia que en la práctica tendrá el nuevo régimen.

Dispone el art. 167 que "el contrato constitutivo será presentado a la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales", agregando que "conformada la constitución, el expediente pasará al juez de registro, quien dispondrá la inscripción si la juzgara procedente".

Resulta claramente del texto transcrito que el procedimiento impuesto por la ley es el siguiente:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1°) Otorgado el contrato constitutivo por instrumento público -forma ordenada por el art. 165-, se presenta el mismo a la autoridad administrativa a fin de que se verifique el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.

2°) Comprobado el cumplimiento de dichos requisitos, la autoridad de contralor "conformará" el contrato y remitirá el expediente al juez de registro.

3°) El juez de registro, "si la juzgara procedente", dispondrá la inscripción.

Es necesario advertir que, tal como lo señala la Comisión Redactora en la Exposición de Motivos, la conformidad de la autoridad administrativa NO OBLIGA al juez de registro.

Contempla también la ley en el art. 169 el recurso contra las decisiones del órgano administrativo.

El recurso deberá interponerse en la forma indicada en el mencionado artículo ante el tribunal de apelación que conoce de los recursos contra las decisiones del juez de registro.

En la Capital Federal el tribunal será el de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, y sus equivalentes en las provincias.

También el art. 306 se refiere a los recursos con relación a las sociedades anónimas con fiscalización estatal, es decir, aquellas reguladas en el art. 299.

Lo expuesto nos lleva a coincidir con Suárez Anzorena, en el sentido de que en el proceso la ley ha organizado un procedimiento que en la práctica podría llevar hasta cuatro distintas instancias jurisdiccionales.

Ello, por haber instaurado la ley una doble instancia: la administrativa y la judicial.

El autor mencionado, en una conferencia pronunciada el 17 de diciembre de 1968 en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal (Rev. del Not. N° 703), nos alertó respecto del problema en cuestión, proporcionando el siguiente ejemplo: una constitución es observada en sede administrativa, la que en razón de ello es apelada ante la Cámara y, luego de resuelto el recurso, es nuevamente observada por causa distinta a la anterior por el juez, originando su denegatoria de inscripción un nuevo recurso de la solicitante.

No se nos escapa que la solución dada por la ley es puramente transaccional.

Se ha pretendido conciliar criterios, supremacías y presiones que lamentablemente sólo redundarán en perjuicio de la celeridad que los negocios en esta época requieren.

En la práctica ya existen criterios dispares, respecto a los recaudos formales de presentación ante la autoridad administrativa de sociedades por acciones que se constituyan conforme a las disposiciones de la ley 19550.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo a la resolución de su director publicada en la Revista La Ley el 19 de julio último, ha interpretado, al igual que nosotros, que a la autoridad de contralor el contrato constitutivo debe llegar instrumentado en la forma exigida por el artículo 165, es decir, por instrumento público.

En cambio, la Inspección General de Personas Jurídicas de la Capital Federal, conforme a la resolución del 28 de junio de 1972 publicada en la Revista La Ley el 21 de Julio próximo pasado, ha desinterpretado, sin valederas razones, el verdadero procedimiento exigido por la ley.

En efecto, se ha resuelto aconsejar que, sin perjuicio del ineludible REQUISITO del instrumento público que prescribe el art. 165, se presente a dicha Inspección el contrato constitutivo redactado por instrumento privado, como se hace actualmente, condicionando su validez definitiva a su posterior instrumentación, inscripción y publicación conforme a la ley.

Consideramos que el procedimiento aconsejado en la mencionada resolución en manera alguna se compadece con el texto y espíritu de la ley, y en la práctica sólo conducirá a una injustificada prolongación de los trámites.

II. SOCIEDADES ENTRE CÓNYUGES

En los últimos tiempos, debido a múltiples factores, el problema de las sociedades entre cónyuges ha cobrado actualidad.

El tema cuenta en la doctrina contemporánea con una abundante bibliografía.

Sin embargo en nuestro país, durante mucho tiempo, la materia ni siquiera fue mencionada por los autores.

Es recién a partir de la sanción de las leyes 11357, de derechos civiles de la mujer y 11645, sobre sociedades de responsabilidad limitada, que la cuestión comienza a despertar interés en la doctrina nacional.

Dos han sido las tendencias que se disputan la primacía respecto del complejo problema en examen: los que están por la validez, y los que están por la invalidez de las sociedades entre cónyuges.

La doctrina adversa a la validez cuenta con el apoyo, entre otros, de Castillo, Fernández, Siburu y Obarrio.

Partidarios de la tesis que admite la validez de tales sociedades, se mostraron Yorio, Halperín, Borda, Allende Iriarte, Cámara.

Nuestra jurisprudencia se mostró en principio vacilante, para luego aceptar en forma reiterada la posibilidad de constituir sociedades entre esposos.

La ley 19550 en el art. 27 soluciona el problema, admitiendo que "los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada".

Es decir, que posibilita la constitución de sociedades entre esposos, pero limitándola a las sociedades anónimas, en comandita por acciones y de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad limitada.

La Comisión Redactora consideró incompatible la existencia de dos regímenes económicos entre esposos, vedando entonces la posibilidad de que constituyan sociedades en las que la responsabilidad de los socios es ilimitada.

No advertimos las razones para prohibir a los cónyuges que constituyan sociedades de interés, por cuanto las causas invocadas en la Exposición de Motivos no son convincentes.

El citado art. 27 no ofrece dudas interpretativas acerca de las sociedades anónimas y de las de responsabilidad limitada, pero respecto de las en comandita por acciones es preciso hacer algunas acotaciones.

Una interpretación literal admitiría la posibilidad de constituir sociedades en comandita por acciones sin ningún tipo de limitación.

Es decir, podrían participar tanto en calidad de socios comanditados, como en la de comanditarios.

Pero debemos recordar que, conforme al artículo 315, los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva, esto es, en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria.

Y aquí se nos presenta la duda. Si la intención fue negar la posibilidad de constituir entre esposos sociedades con responsabilidad ilimitada, la solución apropiada sería prohibir la participación de los mismos como socios comanditados.

Pero en este aspecto la ley no distinguió, simplemente dijo que "pueden integrar entre sí sociedades por acciones", y por tanto sería factible que revistan el carácter de comanditados.

Sin dejar de reconocer que ambas interpretaciones tienen firme sustento legal, estimamos que la solución adecuada debe hallarse en la intención que ha tenido el legislador.

Y en este sentido, hay que admitir que la ley ha pretendido organizar un sistema que posibilite a los esposos solamente constituir entre sí sociedades en las que la responsabilidad es limitada.

Por ello, nuestra opinión en esta materia es restrictiva, es decir, consideramos que en la práctica sólo podrá constituirse sociedades en comandita por acciones en las que los cónyuges revistan el carácter de socios comanditarios.

La segunda parte del art. 27 contempla el supuesto de que uno de los esposos revista o adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro, en sociedades de tipo distintos al que prohíbe el párrafo primero.

En este aspecto, la ley obliga a que en el plazo de 6 meses la sociedad se transforme en una de los tipos permitidos, o bien a que uno de los cónyuges ceda su parte a otro socio o a un tercero.

III. CONTRATOS Y NEGOCIOS ENTRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SUS DIRECTORES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El tema propuesto ha dado lugar a una ardua polémica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Ello, por las distintas posibilidades de interpretación que brindaban los arts. 338, segunda parte, y 345 del Código de Comercio.

Llegóse incluso a afirmar que éste era el problema más difícil de la exégesis del Código de Comercio.

Afortunadamente, la claridad de la nueva regulación que la ley 19550 brinda, nos hace suponer que la controversia apuntada ha terminado.

Establece la primera parte del art. 271 que "el director sólo puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad normal de ella, en las mismas condiciones que la sociedad hubiere contratado con terceros, haciendo saber su participación al directorio y síndico y absteniéndose de intervenir en la deliberación".

En consecuencia, el director "sólo" podrá celebrar con la sociedad los contratos que sean de la "actividad normal de ella".

Es decir, que la posibilidad de que el director contrate con la sociedad queda limitada -en principio- a aquellos contratos que se vinculen con su actividad normal.

Dichos contratos podrán otorgarse válidamente, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1°) Que sean de los que la sociedad normalmente realiza;

2°) Que se celebren en iguales condiciones a las que se hubieren podido realizar con terceros;

3°) Que la participación del director se haga saber al directorio y síndicos; y

4°) Que el director se abstenga de intervenir en la deliberación.

Vemos así como la ley organiza un régimen que tiende a impedir que se ocasionen perjuicios a la sociedad y a los accionistas.

La segunda parte del art. 271 expresa: "Los contratos prohibidos por el párrafo anterior podrán ser celebrados con autorización previa de asamblea extraordinaria".

En este párrafo la ley admite -con la condición de la previa autorización de una asamblea extraordinaria- que el director celebre con la sociedad aquellos contratos vedados por la primera parte del mismo artículo.

Esto es, contratos que no sean de la actividad normal de la sociedad.

Consideramos acertada la solución de la ley, pues si bien la misma tiende a tutelar la empresa y los accionistas, tratando de impedir que el director sacrifique los intereses de éstos en aras de los suyos personales, en este supuesto tal riesgo no existe en razón de que el directorio no resolverá en forma autónoma sobre la contratación gestionada, sino que se limitará a cumplir una orden emanada de un órgano superior.

Finaliza el art. 271 fulminando de nulidad absoluta los actos o contratos celebrados en violación de las normas expuestas.

A nuestro juicio, la sanción impuesta por la ley nos parece demasiado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

severa.

Creemos que se debió posibilitar la convalidación del acto por medio de una asamblea extraordinaria.

Contempla el art. 272 la contratación de la sociedad con el director, cuando éste tuviere "interés contrario" al de aquélla.

Dicho artículo dice: "Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59".

Resulta entonces que, de tener el director un "interés contrario" al de la sociedad, a fin de evitar incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión, tal como lo establece el citado art. 59, deberá:

- 1°) Informar tal situación al directorio y síndico; y
- 2°) Abstenerse de intervenir en la deliberación.

Se nos ocurre que este artículo va a ocasionar muchas dudas, por la dificultad que existe en determinar con precisión qué es lo que constituye un "interés contrario".

Señalaba Navarrini, que en una operación hay interés contrario cuando la ventaja de una parte debe necesariamente resolverse en una disminución de ventaja para la otra, y terminaba por reconocer que ante su definición la dificultad práctica no desaparece.

Regula también la ley las actividades que el director por cuenta propia o de terceros realice en competencia con la sociedad.

El art. 273, prescribe: "El director no puede participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59".

El director que participe en tales actividades faltará a su ineludible deber de lealtad que tiene para con la sociedad.

Por ello, es que sólo podrá eludir la responsabilidad del art. 59, en caso de querer intervenir en dichas actividades, si la asamblea lo autoriza en forma expresa.

No aclara la ley, como lo hace en el art. 271, si la asamblea debe ser ordinaria o extraordinaria.

Ante el silencio, consideramos que cualquiera de las dos será eficaz para resolver la cuestión.

Casi en forma unánime la doctrina consideraba que los arts. 338 y 345 del Código de Comercio sólo eran aplicables a las sociedades anónimas.

La ley 19550, sin entender sus razones, ha extendido el ámbito de aplicación de los arts. 271, 272 y 273 a las sociedades en comandita por acciones, en virtud de la remisión que hace el art. 316; a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad con lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

preceptuado por la segunda parte del art. 157; y a los síndicos, por lo establecido en el art. 298.