

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***LA FORMA DE CONSTITUCIÓN, ADECUACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS  
SOCIEDADES POR ACCIONES (LA NECESIDAD DEL INSTRUMENTO PÚBLICO  
DE ACUERDO CON LA LEY 19550)(\*)(970)***

**ÁLVARO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR**

La aparición de la nueva Ley de Sociedades 19550 (Adla, XXXII - B, 1760) provocó, como era lógico, una serie de desinteligencias sobre los alcances de la misma, y estas divergencias han permitido vislumbrar el hecho curioso, de que no hay límites que no puedan ser vulnerados por

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la "interpretación".

Así, encontramos algunos tratadistas o expositores que basan sus afirmaciones en relaciones a la fuente de los artículos, aunque la norma se haya desviado expresamente de la fuente, otros que se fundan en la Exposición de Motivos, ignorando o prescindiendo del hecho de que esta Exposición de Motivos no concuerda en todos sus considerandos con la ley, y, hay otros que parecen empeñados en recalcar que la ley dice no lo que dice, sino lo que ellos querrían que dijese.

Uno de los puntos en los que las modificaciones de criterio son mayores, es el referente al Instrumento Público requerido por la ley para la constitución y modificación de las Sociedades por Acciones.

Y decimos modificaciones de criterio, porque en algunos casos se empezó afirmando una cosa, para terminar en otras exposiciones sosteniendo otra.

Tal como sucedió con la necesidad de instrumento público para las reformas, al principio se consideró, que no era necesario; ahora se sostiene que hay dudas; y no hay dudas: se necesita.

Veamos los argumentos, los alcances, las teorías y la evolución.

Los primeros "interrogantes" como hemos dicho, fueron planteados sobre cuál era el instrumento público a que se refería la ley, si era éste la escritura pública, o podía ser algún otro instrumento público que no fuera la escritura pública.

Sosteniéndose en algún caso que el instrumento pedido podía ser el expediente de la Inspección General de Personas Jurídicas.

## DOCUMENTOS E INSTRUMENTOS PÚBLICOS

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 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 comportamiento humano y el segundo es sólo objeto).

Atendamos por otra parte al hecho de que los actos públicos difieren de naturaleza y tipo, ya que según su autor, causa, forma y contenido pueden clasificarse (por ejemplo en notariales, judiciales, registrales, etc)

La función social del notario, no es otra que la de dotar de seguridad y certeza a comportamientos que se estiman particularmente trascendentes; no hace falta más para advertir las diferencias que median entre este acto, y por ejemplo los actos públicos administrativos.

Es así como a nadie se le ocurre sostener que la donación de un inmueble y la letra de cambio son una misma cosa en razón de la naturaleza negocial que tienen en común: tampoco es posible estimar que los actos públicos, por el hecho de ser públicos, se equivalen entre sí.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

El acto administrativo del funcionario que aprueba la sociedad anónima es tan público como el acto del notario, y públicos son también los instrumentos que representan a uno y a otro, pero eso es lo único en que se asemejan, ya que una cosa es la narración coetánea del negocio sensorialmente percibido, para dotarlo de plena fe y otra es el juicio crítico destinado a valorar un negocio ya celebrado.

El funcionario estatal no percibe nada, porque ante él nada se celebra, su labor consiste por el contrario en admitir un juicio de valor. Por eso lo único auténtico es su propio acto (decreto o resolución), en cuanto público; y de allí que esa autenticidad no se derrame sobre el negocio que aprueba, en tanto el negocio a él no le consta<sup>(1)</sup>(971)

Con esto se pone de manifiesto, y resulta prudente comprenderlo de una buena vez, que el hecho de que el acuerdo societario formalizado en documento privado forme parte del expediente administrativo, no significa elevar el documento privado a la categoría de público, pues el documento sigue tan privado como antes; y sólo mejora en cuanto a la fecha que pasa a ser cierta (art. 1035, Cód. Civil).

Otro problema que se le plantearía al sostenedor de esta postura, es cómo haría para cumplir con el art. 167 de la nueva ley, que establece que "El contrato constitutivo será presentado a la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales"; como el artículo 165 establece que la sociedad se constituye por instrumento público, de acuerdo con el art. 167, ya tendría que estar constituida al presentarla ante la autoridad de contralor, con lo cual obviamente el expediente no podría ser el instrumento público requerido, que, por otra parte, no puede ser.

Pero se abandonó esta postura, suponemos que por insostenible, y surgió una nueva, "El instrumento público requerido es la plancha que pone el Juez del Registro". Meditemos un momento y olvidando lo expuesto sobre las diferencias entre los instrumentos públicos, tendríamos que llegar a la conclusión que todas las sociedades se constituyen por instrumento público. No vemos para qué se trae la diferencia entre instrumentos públicos y privados, ya que todas las sociedades llevan la plancha del Registro, tanto las anónimas, como las de responsabilidad limitada, como las colectivas, como las comanditas.

Pero esta oposición también fue descartada, y ahora se afirma que obviamente el instrumento público es la escritura pública.

Parecería con esto, que se ha llegado a la postura correcta y definitiva, que se ha terminado con las dudas, que no hay ningún peligro de caos, y no es así, ahora surge otra "interpretación", de que si la escritura pública es el documento requerido, pero sólo para la constitución las adecuaciones podrían hacerse por instrumento privado.

Demostraremos lo contrario, a través de la política legislativa seguida, de lo establecido en la ley de sociedades, de lo establecido en el Código de Comercio, el Código Civil y aun lo demostraremos como a esos teoremas que se demuestran por el absurdo.

La confusión no es sólo terminológica, sino asimismo de fondo, pues en

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

algunos casos se confunden también el programa de fundación de las sociedades que se constituyen por suscripción pública, con el acta de constitución de dichas sociedades.

**LOS ARGUMENTOS VÁLIDOS**

El problema a solucionar no es bizantino; el analizar si la ley mantiene la tradición del art. 295, tiene una importancia fundamental, ya que en las derogaciones hechas al articulado del Código por el art. 368 de la ley, no se incluye el art. 210 que establece: "Los contratos para los cuales se determinan en este Código formas o solemnidades particulares, no producirán acción en juicio si aquellas formas o solemnidades no han sido observadas".

Y, de acuerdo a este artículo, al 165 (ley 19550), al 1184, inc. 10 del Código Civil, y el 1044 de este mismo Código, resultaría la invalidez (nulidad absoluta) de la constitución o modificación de la sociedad anónima no celebrada ante notario. Veamos los fundamentos: El art. 4° de la ley dice: "El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado". En cuanto a las sociedades anónimas el artículo 165 establece: "La sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública". En lo que se refiere a las sociedades en comandita por acciones el art. 316 determina: "Están sujetas a las normas de la sociedad anónima salvo disposición contraria en esta sección".

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.

Si analizamos los antecedentes de la ley, se descubre que la sanción del anteproyecto tal cual había sido elaborado, habría significado la modificación del sistema por desplazamiento del principio vigente, introduciendo la viabilidad del instrumento privado, por la opción que preveía, pero este criterio fue rechazado después de una evaluación de sus consecuencias(2)(972).

Y así, en la nota al Poder Ejecutivo acompañando el proyecto de ley, el entonces ministro, decía: "Ello no obstante ha sido decisión de este Ministerio apartarse de la solución proyectada por la comisión redactora en punto a la opción prevista por el art. 165 de otorgar el acto constitutivo de las sociedades anónimas por 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 que la solución propuesta por la comisión ha sido cuidadosamente evaluada; sin embargo se ha estimado que, por el

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

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 Cód. de Comercio.

"Mantener el requisito del instrumento público..." "razones de seguridad jurídica . . ." "es el criterio vigente a tenor del art. 289. . .". Este artículo establecía que las sociedades anónimas y las comanditas por acciones debían constituirse por instrumento público, y no había duda que se constituían y se constituyen y se modificaban y se modifican por instrumento público, escritura pública, salvo algún caso especial establecido por la nueva ley de sociedades. O sea que el criterio vigente era éste, el mismo establecido en la ley sin duda. Y las razones de seguridad jurídica tendríamos que buscarlas por el absurdo. ¿Qué seguridad jurídica me da una escritura de constitución de sociedad, que debo hacer por escritura pública, si puedo al día siguiente modificarla casi en su totalidad por instrumento privado?, modificación que puede aumentar o disminuir obligaciones.

Se forma hoy una sociedad con 100 artículos, entonces se debe hacer por escritura pública; mañana se reforman 99 y esto se puede hacer por instrumento privado, ¿ dónde queda la seguridad jurídica tomada en cuenta como política legislativa?

Y el argumento que se utiliza... "En el art. 165 sólo dice constitución . . . "; también en el art. 11, al enumerar el contenido del instrumento de constitución la ley dice: "El instrumento de constitución debe contener..." y enumera en varios incisos por ejemplo "la designación de su objeto que debe ser preciso y determinado": con el criterio apuntado, como solo, se menciona el instrumento de constitución y no de modificación, resultaría que no es necesario en una modificación del objeto que éste sea preciso y determinado, porque esto sólo se pide para la constitución, y así con los demás incisos. Realmente, serían increíbles los extremos a los que se podría llegar.

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(3)(973)provocada por la imprecisión del legislador, con la autonomía jurídica propia de una regulación independiente.

Para otro sector incluso, el art. 4º al mencionar las modificaciones, agrega algo que no hacía falta, puesto que por aplicación del principio de que lo accesorio sigue a lo principal, con sólo mencionarse en este artículo la constitución se estaban comprendiendo las posteriores modificaciones.

**EL ARTÍCULO 165**

El actual artículo, surgió de una modificación, provocada por las serias objeciones que se le hicieron a su redacción originaria, que comenzaba

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

diciendo: "Si la sociedad se constituye por acto único, puede celebrarse por instrumento público o privado...".

Nada se expresaba tampoco en esta redacción respecto a las modificaciones estatutarias, y era lo correcto, como es correcto ahora que no se mencione. Parece ilógico y antijurídico decir que las constituciones deben seguir el camino del art. 165 y las modificaciones el del art. 4º.

Por otro lado rigen para esquemas societarios diferentes: tomando la ley en su totalidad, tendríamos que el art. 4º rige para las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, comandita simple y capital e industria. El 165 rige para las sociedades anónimas y en comandita por acciones. Y el art. 361, determina que, para las sociedades accidentales o en participación, no existen requisitos de forma.

En un memorial del Consejo Federal del Notariado(4)(974)se remarcaba que, en cualquiera de los universalmente conocidos métodos de interpretación de una ley, están implícitos dos elementos esenciales: a) la razonabilidad jurídica; b) la seriedad científica. Considerando "que no es jurídicamente razonable, ni científicamente serio, sostener que es necesario el instrumento público para la constitución de las sociedades por acciones por motivos de seguridad en el tráfico jurídico, y admitir que se puede optar por el instrumento privado para la reforma del contrato". Ya la Corte Suprema, ya la Cámara Nacional en lo Civil, sala C, remarcaron que en todo lo referente a principios lógicos se "debe buscar la armonía y concordancia entre las diferentes normas y no su contradicción y antítesis".

<b>LA REMISIÓN AL CÓDIGO CIVIL</b>
------------------------------------

Es un tema, el que tratamos, en el que no es sumamente dificultoso ser terminante, dada la amplitud de base para sostener nuestra opinión; incluso Michelson(5)(975)se basa en otras normas para llegar a la misma conclusión, normas que dejaremos de lado para no ser redundantes, pero que llevan el peso surgido de sus preceptos, sumado a la opinión de quien las trata.

Veamos las normas: el art. 207 del Cód. de Com., que permanece vigente establece: "El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales".

Y el Título preliminar del Código, en su art. 1º, "En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil".

Y el Código Civil que guarda coherencia con el Código de Comercio, ya que no en vano habían sido redactados por el mismo jurista, establece en su art. 1184 que "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: inc. 10: Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública".

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Tratamos de averiguar también, qué comprende el término accesorios, para dar la vuelta completa, y así Goyena, citado por Machado como fuente del inc. 10, establece en el art. 1003 de su obra: "Todos y cualesquiera otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios o modificatorios de contratos redactados en escritura pública".

Machado comenta que "debe entenderse que los actos accesorios a que se refiere el inciso son, no sólo los que dependen del acto mismo, sino cualquier otro acto que tenga por objeto modificar, alterar, conservar o aniquilar derechos reconocidos en escritura pública; así, está comprendido cualquier convenio por el cual se restrinjan, amplíen o modifiquen las obligaciones contenidas..."(6)(976).

Llerena al tratar de determinar los alcances del término accesorios - dice: "Debe entenderse que se refiere a los actos que modifican derechos que constan en escritura pública..."(7)(977).

Segovia nos dice que "Actos accesorios no quiere decir los que engendran obligaciones accesorias... como la cláusula penal, fianza, prenda o hipoteca, sino actos jurídicos, o contratos accesorios que vienen a explicar, reconocer, confirmar, alterar o modificar, derogar, prorrogar y quizá, también, renovar los contratos anteriores(8)(978).

Con respecto al expediente de la Inspección General de Personas Jurídicas, instrumento público, traemos la opinión del doctor Fiorini(9)(979), quien desconoce expresamente que las actuaciones administrativas de un expediente administrativo sean instrumento público(10)(980). En materia jurisprudencial se remite a una copiosa cita de fallos de la Corte Suprema de la Nación acordes con su opinión, "que la prueba en contrario y cualquier prueba en contrario basta para desvirtuar los expedientes administrativos, sin necesidad que medie un litigio prejudicial, una argución de falsedad instrumental".

"Bastaría este antecedente emanado del máximo tribunal, para demostrar la improcedencia del calificativo de superflua referido a la escritura pública, que, en el orden societario, es la única instrumentación que acuerda legitimidad, autenticidad, certeza y fijación jurídica ab initio, erga omnes, hasta tanto medie redargución de falsedad por acción civil o criminal".

(10 bis)(981)

Nuestra legislación requiere el instrumento público, no sólo para la constitución, sino también para reformas o adecuaciones, y es terminante al respecto, pero aun si no lo fuera y pudiera haber alguna duda, sería conveniente remitirse a lo expresado por nuestra Corte Suprema en materia de interpretación; así ha entendido que "la ley no debe interpretarse conforme a la desnuda literalidad de los vocablos usados ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo"(11)(982)y que "en la interpretación de la ley debe evitarse el acogimiento de la significación más oscura o abstrusa de las palabras empleadas, prefiriendo, en cambio, el sentido más obvio del entendimiento común"(12)(983)y que "en la indagación del sentido jurídico de la ley si bien no cabe prescindir de sus palabras, tampoco

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

corresponde atenerse rigurosamente a ellas, cuando una interpretación razonable y sistemática de sus preceptos así lo requiera"(13)(984). Estos son los sistemas cuando la ley es oscura; ¿ qué pasará cuando lo es clara?

Fuera de la cuestión, pero con vigencia nacional, está el hecho de que si no se hubiera establecido la intervención notarial obligatoria iríamos en contra de los precedentes mundiales y de avanzada; es duro reconocerlo, pero a veces no sólo llegamos tarde a los adelantos, sino que también cuando en algún punto estamos adelantados, parece que quisiéramos retroceder, y así tenemos que en las últimas directivas que en este aspecto han sido dadas a la Comunidad Económica Europea se propicia la necesidad de la intervención notarial como requisito de seguridad.