

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LEGITIMIDAD DE LA REFORMA ESTATUTARIA EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES. FORMA REQUERIDA PARA SU VALIDEZ. (FALLO "COMETARSA S.A.")

(Versión taquigráfica)

El 18 de diciembre último se realizó en el salón Notario Gervasio Antonio de Posadas una Mesa Redonda sobre el tema del epígrafe, con el auspicio del Colegio de Escribanos de la Capital Federal y del Ateneo de la Comisión de Asuntos Americanos, organismo de la Unión Internacional del Notariado Latino, y que contó con la participación de calificados panelistas. Los doctores Horacio P. Fargosi, Víctor Zamenfeld, Horacio M. de las Carreras, Carlos A. Pelosi, Miguel Norberto Falbo, Álvaro Gutiérrez Zaldívar y José Carlos Carminio Castagno debatieron ampliamente y en profundidad el tema de la reunión, en la que actuaron como coordinador el escribano Max M. Sandler y como subcoordinadora la escribana María T. Acquarone. Lo que sigue es la versión taquigráfica.

ESC. SANDLER - El Colegio de Escribanos de la Capital Federal y el Ateneo de la Comisión de Asuntos Americanos, organismo de la Unión Internacional del Notariado latino, propician hoy la oportunidad de esclarecer un espinoso problema, provocado por una corriente de interpretación con insospechadas proyecciones.

Presentamos a la consideración de ustedes el tema "La legitimidad de la reforma estatutaria en las sociedades por acciones. Forma requerida para su validez".

El derecho, como expresión cultural, atraviesa el pensamiento y se traduce en juicios de valor no siempre armoniosos y concordantes que generan precisamente esto, la polémica.

¿Podrá el notariado aceptar válidamente los instrumentos que detentan la representatividad societaria, si éstos emanan de reformas estatutarias solamente instrumentadas en actas privadas? ¿Resulta válido soslayar la normatividad impuesta por el Código Civil vigente, invocando la autonomía del derecho a pesar de que el ordenamiento mercantil se refiere a una especie de instrumentación legislada en la esfera del derecho civil? Por fin, ¿pueden llenarse los vacíos y omisiones de la ley por una colegislación del órgano judicial o administrativo, más allá de las clásicas reglas de interpretación?

Estos interrogantes y muchos más generan el conflicto que hoy nos congrega. No es entonces casual la presencia aquí de los doctores Horacio Fargosi, Víctor Zamenfeld y Horacio de las Carreras. Ellos han trascendido al medio jurídico por su actuación y notas al fallo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Cometarsa Construcciones S.A.", del 7 de septiembre de este año. Tampoco es casualidad la presencia de los doctores Carlos Pelosi, Miguel Falbo, Álvaro Gutiérrez Zaldívar y José Carminio Castagno. Los trabajos de ellos enriquecen el repertorio jurídonotarial. La mayoría ha sido motivo de mención en el fallo. Confiemos en que la participación de todos los panelistas habrá de contribuir al esclarecimiento que los cuerpos profesionales y empresarios aguardan.

La mesa habrá de desarrollarse conforme a esta pauta: cada orador tratará de llevar su exposición no más de quince minutos. Admitirá o rechazará interrupciones que le formulen los demás oradores. Para hacer posible un diálogo fluido y que esta reunión no se prolongue más allá de las 21, rogamos al público abstenerse de participar, salvo que, agotado el tema y de acuerdo con los panelistas, se admita alguna pregunta de parte del público.

En primer lugar hará uso de la palabra el doctor Zamenfeld.

DR. ZAMENFELD. - En definitiva, lo que nos convoca hoy y aquí es un tema judicial, el caso "Cometarsa", que voy a tratar de vincularlo con otro caso afín, casi coetáneo, el caso "Ayasa", y con otro posterior de la Inspección General de Personas Jurídicas, que se llama "Servi - Acero".

El tema es el de la forma, mejor dicho, conjunto de posibilidades, como todos sabemos, que han podido observarse en la formación jurídica.

Y si vamos a hablar de forma, recordemos, siguiendo la doctrina común, que de un formalismo inicial y rígido, se pasó a una segunda etapa, a la del esquema normativo general, para pasar en el derecho moderno, según Borda, a hablarse de un neoformalismo, en el que la forma se impone, teniendo en cuenta sobre todo la prueba del acto y su publicidad.

Precisamente, estos dos puntos, la prueba del acto y su publicidad, son los que parecen inspirar, más que estos dos fallos que he citado, el dictamen del fiscal de Cámara en el caso Cometarsa.

Tampoco podemos perder de mira la idea de la especialidad del derecho mercantil, puesto que lo que en definitiva se trata es un tema de derecho mercantil.

La formalidad de la modificación del contrato de sociedad, aun cuando pueda parecer que podría enfocarse desde otra óptica, es desde ella que se debe centrar.

Como ha señalado el escribano Sandler, nos hemos limitado a un período no mayor de 10 ó 15 minutos, y sobre esta base hemos construido este esquema, más que esta exposición.

Allá por el año 72, apenas dictada la ley de sociedades, se pretendió dar una idea interpretativa de lo que debía ser el esquema formal o la formalización de la modificación del contrato de sociedad por acciones.

Apuntábamos desde el inicio que nos había llamado poderosamente la atención lo que podríamos denominar la exposición de motivos de la ley de sociedades en este punto, referido al artículo 165, y que en rigor no era exposición de motivos, sino un mensaje de elevación en el que se vertían algunos párrafos al respecto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Advertíamos también en ese momento, cuando faltaban tres meses para la puesta en vigencia de la ley, que el artículo 165 mentaba tan sólo el contrato constitutivo y que en la exposición de motivos, para enfatizar esta solución que imponía el legislador, apartándose del texto del proyecto, se trataba de mantener, en primer lugar, el esquema de la seguridad jurídica que brinda el instrumento público, y en segundo término, la solución del artículo 165. Respecto del artículo 295 que se refiere a la modificación del contrato, la reforma no aparecía mentada en la exposición de motivos, como tampoco aparecía la mención a la reforma en el artículo 165.

Nos parecía importante destacar que el artículo 207 del Código de Comercio, primer artículo del título primero del Código, enfatiza que cuando la ley mercantil contempla una institución, a la ley mercantil debemos ocurrir.

La ley mercantil es ley normativa especial, y como consecuencia de esa especialidad, viejos autores franceses, algunos de ellos mencionados por Satanowsky, señalan que no es cierto que las leyes civiles sirvan de aplicación al comercio, que el principio de especialidad es el que debe privar, ya que, como dije, el Código de Comercio es normativa especial.

Cuando el legislador regula una institución mercantil, lo hace en forma especial, distinta de la que sigue el legislador civil, sin pensar siquiera en la aplicación subsidiaria de la normativa civil.

Precisamente, teniéndose en cuenta estos principios, allá por los años 40 se registra una serie de casos, citados por Satanowsky. Por ejemplo, ¿qué pasó con el contrato o con los contratos de sociedades que no eran anónimas, que se instrumentaban en único ejemplar? Si se aplicaba la norma civil, ¿era válido el contrato? Parecía que no. Sin embargo, por aplicación del artículo 208 del Código de Comercio y sobre todo del espíritu general de la ley mercantil, se apuntó a que tal omisión, eventualmente condenable en lo civil no lo era en lo mercantil.

El derecho mercantil no es un derecho de excepción, y así lo pensé desde el momento en que se comenzaron a establecer las primeras ideas sobre este tema.

Yendo a los tres casos que he aludido, el caso "Servi - Acero" no presentaría dudas, porque se trata de la modificación de un contrato social formalizado por instrumento privado. En cuanto a los casos "Cometarsa" y "Ayasa", sólo suscitarían una ligera perplejidad. La perplejidad nace de que del análisis del fallo y del análisis de sus antecedentes se desprende que los peticionarios no ocurrieron a la justicia planteando el tema de los artículos 4º y 165. Los peticionarios - y está aquí junto a nosotros el letrado que patrocinó ambos casos -, plantearon el tema introduciendo instrumentos múltiples, como se los llama en el caso "Ayasa", a un mismo acto asambleario. Es decir, se desdobló un acta de la asamblea, aprovechando la solución del artículo 168 que en el caso "Namatir" y los que le siguieron habían constituido la corriente jurisprudencial aceptada, y se formalizó el aumento de capital dentro del quíntuplo en instrumento privado. Pero como eso daba lugar a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura pública y ésta era lo que modificaba el artículo, se desdobló.

En el caso "Ayasa", la Cámara, en mi opinión correctamente, dijo: Señores, no tengo nada que resolver; lo planteado es abstracto, puesto que a mí me presentaron una escritura pública y el tema no está controvertido, por lo que ordeno la inscripción. Quizá podría ser, pero tengo mis dudas acerca de la calificación notarial de ese instrumento, por la normativa que se desprende inclusive de la ley 12990. Pero este tema lo dejaremos para otro momento.

En el caso "Cometarsa", el fiscal, advirtiendo las consecuencias del acto, entra directamente en el tema, quizá no propuesto. Y en el caso "Cometarsa", opta por esa corriente doctrinaria, que encabezó Halperín, haciendo lugar a la inscripción.

En el caso "Servi - Acero", no; se trata de la presentación en instrumento privado de una reforma estatutaria. Pienso que la solución es correcta.

De alguna manera están anticipados los principios generales de mi opinión. Quienes comparten esta Mesa agregarán o rebatirán algunas de estas ideas.

SR. COORDINADOR (Sandler) . - Muchas gracias.

Tiene la palabra el doctor de las Carreras.

DR. DE LAS CARRERAS. - Ya que me aludieron, debo decir que yo fui el letrado que llevó el asunto judicialmente.

Sólo quiero hacer una aclaración al doctor Zamenfeld con relación a los dos casos, al de "Cometarsa" y al de "Ayasa". La presentación fue efectuada en la forma que se relató, es decir, en escritura pública la parte pertinente del acta de la asamblea extraordinaria que reformó el artículo correspondiente al capital social, y por instrumento separado, la parte pertinente de esa misma acta, relacionada con la resolución del directorio de aumentar el capital y emitir las acciones correspondientes.

Entendíamos - aquí quería hacer la aclaración al doctor Zamenfeld - que correspondía la inscripción simultánea, porque si bien el acto asambleario es público, la asamblea es pública, había resuelto una serie de actos: uno, el de la reforma del estatuto; otro, el aumento del capital. También considerábamos que existe interdependencia recíproca entre ellos, porque no se podía aumentar el capital si no se modificaba la cláusula estatutaria, y no se podía modificar la cláusula estatutaria si no se suscribían o integraban los acciones correspondientes a un aumento de capital.

La ley 19550 nos habla de que los aumentos de capital deben inscribirse en el Registro Público de Comercio. Por lo tanto, interpretábamos que una cosa era la modificación del estatuto social en la cláusula correspondiente a la integración del capital social, y otra, la inscripción correspondiente al aumento del capital.

Entendíamos que podía hacerse esa inscripción en forma simultánea o sucesiva, si correspondía la sucesiva o la simultánea. Pero dada la reciprocidad y la interdependencia que he mencionado, estimamos que debía hacerse la inscripción simultánea. Porque eran dos los instrumentos a inscribirse en forma simultánea.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el caso "Cometarsa", se ordena la inscripción de los dos instrumentos, es decir, la escritura pública y el otro instrumento, en forma simultánea.

En el caso "Ayasa", cuya instrumentación era exactamente igual, la Cámara resolvió que no, que dentro de la iniciación del aumento de capital social, en la redacción del nuevo texto del artículo estaba ya subsumido el aumento de capital.

Sin embargo, en este fallo observo que no surge la forma de cómo se aumentó el capital social y la emisión de acciones y sus cantidades, etcétera, y la integración del capital correspondiente. Para mí la inscripción sigue siendo imperfecta.

Esta es la aclaración que quería hacerle al doctor Zamenfeld.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Muchas gracias.

Tiene la palabra el doctor Carminio Castagno.

DR. CARMINIO CASTAGNO. - En esta oportunidad voy a hablar sólo a efectos de una especie de "precalentamiento", sobre la base, obviamente, de lo escuchado con anterioridad a cargo del doctor Zamenfeld.

No se nos escapa, me refiero a la evolución de la forma en el derecho, que el derecho romano, de un derecho formalista o formulista en la época del derecho quiritorio, pasó al pretoriano con gran liberalidad de formas. Pero de ahí a suscribir la afirmación de Borda - si es que así lo afirma - de que hoy la forma esté exclusivamente para la prueba y la publicidad, dista un paso quizá tan largo como el que nos separa, en el tiempo, del derecho romano.

Y no se me escapa, como tampoco puede escapársele al doctor Borda, que eso se da, digamos, para emplear el mismo lenguaje deportivo del precalentamiento, de "patadas" con un artículo que él mismo modificó, el 1810 del Código Civil, donde la forma - prescindo que sea de la escritura pública o no; en este caso, sí - se impone para la existencia del negocio de la donación de inmuebles, no para la prueba ni para la publicidad. Porque para la publicidad, además, sigue rigiendo el artículo 2505, también reformado en 1968.

Y no se me escapa tampoco, por la sencilla razón de que el 1184 del Código Civil, a pesar de lo que diga Borda, sigue estableciendo una forma para la existencia de los negocios que allí se mientan.

Ocorre, cosa que no sé si todo el mundo sabe, que a pesar de la supresión de la sanción de "bajo pena de nulidad", en un enfoque sistemático del Código Civil, los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, a tenor del 1184, no lo fueren, siguen siendo tan nulos como antes. Ocorre sí que se da lo que en buena doctrina se llama "conversión sustancial del negocio", especie casi desconocida en nuestro país.

¿Por qué "conversión sustancial del negocio"? Porque el 1185 dice claramente que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública no lo fueren, no quedan concluidos como tales pero valen como contratos en que las partes se han obligado a reducir, elevar o como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

quiera decirse, a escritura pública.

En consecuencia, para la prueba sí se exige el instrumento público o el instrumento privado de fecha cierta en el caso del negocio jurídico de mutuo, siempre que pase de 10.000 pesos. Ese es, en estricto lenguaje técnico - jurídico, requisito de forma para la prueba, y no lo preceptuado en el 1810 ni en el 1184. Porque el mutuo - artículo 2246 del mismo Código - puede contratarse en cualquier forma y aun verbalmente, pero si pasa de los 10.000 pesos, sólo podrá probarse - de allí que el requisito formal es para la prueba y no para la existencia del negocio - por instrumento público o privado de fecha cierta.

No cabe duda que el tema que hoy nos concita es de derecho mercantil. Surgen, sí, otros tipos de dudas.

El 165, bien es cierto, sólo menciona el acuerdo constitutivo. Se ha hecho mención al mensaje ministerial. Podríamos hacer referencia a la exposición de motivos. En ella se dice que esta solución, que, tal cual se anticipa al comentario del artículo 4º, alcanza también a las sociedades por acciones, tiene la ventaja de disminuir los costos, ha sido adoptada por países de gran desarrollo económico y lleva a la conclusión de que no es más necesaria la escritura pública y que las partes pueden prescindir del notario, acorde a la opción prevista en la ley... A la acción prevista en el anteproyecto, me permito rectificar.

Modificado el anteproyecto por parte del Ministerio de Justicia, la conclusión que lógicamente se impondría es que la escritura pública vuelve a ser requisito indispensable y no es más posible prescindir del notario. Me estoy refiriendo exclusivamente al acuerdo constitutivo.

De lo que se trata también es de saber si el artículo 4º de la ley 19550, que dice que el contrato por el que se constituya o se modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado, sienta algo más que el principio de la forma escrita. En concreto, se deroga el principio de que lo accesorio formalmente sigue a lo principal.

Yo tengo mis dudas de que esto sea así. Me parece razonable que, exigida determinada forma para la constitución, con prescindencia del artículo 1184 del Código Civil, sea también exigible la misma forma para todo aquel acto que modifique el contrato, que sea accesorio en el sentido que Machado - citado por el doctor Zamenfeld en su nota al fallo "Cometarsa", y con el que coincido plenamente - lo llama a todo acto que lo ratifique o rectifique o modifique o amplíe, etcétera.

También el artículo 1184, inciso 3º, para seguir citando a Borda, dice, luego de la reforma del 68, algo que no decía antes: incluye expresamente las modificaciones en las sociedades civiles, lo que obviamente estaba ya en el espíritu de la norma, al decir del padre y madre de esta modificación.

El interesante supuesto mencionado por el doctor Zamenfeld en punto a la excepción al principio del doble ejemplar en documentos privados, podría darse también en el acuerdo constitutivo de una sociedad civil, en la medida en que se interprete que habría un solo interés, una vez constituida la sociedad, y pero que será precisamente de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

misma, con lo que prácticamente se podría dispensar del doble ejemplar con una interpretación que será opinable si bien no deja de tener sus fundamentos. No se me escapa tampoco que exista un legislador civil, un legislador mercantil, más exactamente un legislador que tiene que apuntar a ciertas necesidades que son diferentes en un campo y en otro. Pero por sobre todo, creo que hay un solo legislador, que es el Estado, y que el orden jurídico vigente entraña un todo orgánico y sistemático, que si bien se ha advertido, y adhiero a ello, no consiente compartimentos estancos y precisamente porque estamos tratando un tema del derecho mercantil, el artículo 166 de la ley de sociedades es una norma mercantil.

Creo, repito, que si hay una omisión desde el punto de vista de un criterio razonable, debe superarse esa omisión del artículo 165 a la luz de una interpretación sistemática.

Me permito traer a colación aquel conocido ejemplo de Radbruch, que reproduce Recaséns Siches, que quizá antes de Radbruch dijera Petrasisky, del cartel que en una estación ferroviaria de Polonia prohibía ascender con perros al andén, y un polaco pretendió hacerlo con un oso. No hay forma lógica para incluir al perro dentro de la especie oso, pero creo que si las normas se formulan defectuosamente, cabe interpretarlas razonablemente.

Todo esto viene a cuestión porque Recaséns postula la interpretación por la razonable y no la interpretación logicista.

Yo soy partidario de la interpretación logicista si las normas son formuladas con precisión; pero si no lo son, pienso que tenemos que ir al encuentro de Recaséns.

Y aquí pregunto: ¿es razonable que al día siguiente de un acuerdo constitutivo de una sociedad por acciones se modifique el estatuto en todas y cada una de las menciones que a tenor de los artículos 11 y 166 de la ley 19550 debe contener, por ejemplo, nombre, plazo, domicilio, duración, organización de la administración, número de directores, cantidad y clases de acciones, etcétera?

No me parece razonable. Precisamente porque creo que la forma no está sólo para la prueba y para la publicidad, sino porque las formas se imponen muchas veces valorando el derecho la trascendencia socioeconómica de determinados hechos. Y cuando esos hechos son valorados así por el derecho, creo que apuntan a su fijeza porque son hechos fugaces en el tiempo. Y para fijarlos auténticamente se impone entonces el instrumento público, que es nada más que la forma del acto de un oficial público, de un funcionario, calificado para una específica función, que consiste nada más y nada menos que en declarar hechos, algo así como dice el artículo 993 del Código Civil: el instrumento público que hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público anuncia (yo prefiero decir "declara") como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia.

En consecuencia, si es así para el acuerdo constitutivo, creo que debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

serlo también así para todo aquello que implique una modificación a ese estatuto o a ese acuerdo constitutivo. De otro modo no tendría sentido la forma.

Para precalentamiento creo que ya es bastante. Me reservo la posibilidad de volver a participar en el debate.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Muchas gracias.

Tiene la palabra el doctor Álvaro Gutiérrez Zaldívar.

DR. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR. - La interpretación de los casos "Cometarsa" y "Ayasa" es la última en el tiempo que, en mi caso particular, he observado con asombro desde que se dictó la ley de sociedades.

Voy a historiar un poco para que ustedes adviertan que por un lado hay un sector de la doctrina que ha ido cambiando sucesivamente de argumento en busca de determinado fin, en tanto hay otro sector de la doctrina - en el que me incluyo no como doctrina sino como persona - que monolíticamente, a lo largo del tiempo, sostiene sus principios.

A poco de dictada la ley de sociedades en 1972, una serie de autores se dedicaron febrilmente a buscar qué instrumento público podía ser utilizado en la constitución de sociedades anónimas que no fuera la escritura pública.

El primer intento que se hizo fue decir que instrumento público era el expediente de la Inspección, idea que prontamente se abandonó porque, en primer término, no podía ser, y en segundo lugar, porque el artículo 167 dice que una vez constituida la sociedad se debe presentar a la Inspección. Evidentemente, si tenía que estar constituida antes, no podía ser el expediente de la Inspección el instrumento público requerido.

Apenas se abandonó esta posición, se encontró otra. Se dijo: instrumento público es la plancha que pone el juez de Registro.

También rápidamente tuvieron que abandonar esa posición, porque todas las sociedades comerciales llevan la plancha del Registro.

No se entendía el porqué de esa diferencia entre los artículos 4º y 165, porque tanto las sociedades de responsabilidad limitada, como las colectivas o las comanditas simples llevaban la plancha.

Así fue pasando el tiempo hasta que hace unos años se empezó con el aumento de capital dentro del quíntuplo, diciéndose que el aumento de capital dentro del quíntuplo no necesitaba de escritura pública. Y se llegó a una serie de fallos, como el de "Namatir", "Mutuos", "Vidrierías Argentinas", arribándose a la conclusión que ese aumento de capital contrario sensu no es reforma de estatuto, lo que surgía del texto escrito, y que, por lo tanto, por no ser reforma de estatuto no hacía falta que fuera por escritura pública.

En ese momento criticamos ese fallo, sosteniendo que las sociedades que tenían un capital de 1.200.000 pesos y hacían un aumento de capital dentro del quíntuplo, caían automáticamente dentro del sistema del artículo 299, o sea, que debían tener: sindicatura colegiada, número impar, estar sometidas a control permanente, con distintos sistemas respecto a la publicidad y a la convocatoria de la asamblea, y una serie

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tremenda de cargas. Sin embargo, se consideraba que ese aumento de capital no era reforma de estatuto.

En mayo de 1978 salió el caso "Mc. Kee S.A.", que tenía como antecedente el caso "Parker Hannifin", sociedad anónima extranjera, con la que se trató de seguir un sistema distinto para la reforma del estatuto que respecto de la constitución. La situación se volvió a repetir en el caso "Mc. Kee" mencionado.

Se dijo en ese momento que el aumento de capital, aun dentro del quíntuplo, era una reforma de estatutos, o sea que se volvía atrás en relación a los fallos de "Namatir", "Vidrierías Argentinas", etcétera.

Ahora tenemos los fallos "Cometarsa" y "Ayasa".

Sostengo, inclusive, que los que van planteando estas situaciones, no tienen la misma manera de pensar. He visto, por ejemplo, un artículo del doctor Fargosi - que hoy nos acompaña en este estrado - en el cual analiza, al tratar el artículo 123, qué es constituir sociedad. Y dice: "A lo dicho para fundamentar esta conclusión del tribunal y a lo que sostuviéramos en otra ocasión, cabe agregar que toda modificación del acto constitutivo, lo integra conformando un solo cuerpo".

Y más adelante expresa: "A partir de tales parámetros interpretativos, parece ocioso insistir en que limitar el alcance del artículo 123 al solo acto constitutivo inicial, significa una interpretación frustranea del fin de las normas y de los intereses que a su través se ha procurado superar". En lo que estamos de acuerdo.

Nosotros pensamos que se tiene que seguir el mismo sistema para la reforma del estatuto que el que se sigue para la constitución de las sociedades, al igual que el doctor Fargosi en el párrafo mencionado.

Querer aplicar el artículo 4º a las sociedades por acciones es como pretender aplicar a los autos de carrera los reglamentos para los caballos de carrera. No tienen nada que ver. Hay una norma general, la del artículo 4º, y una norma específica para las sociedades por acciones, la del artículo 165. Y eso es lo que se tiene que aplicar.

Incluso es de hacer notar que la única vez que la ley de sociedades habla de la reforma de estatutos es en el artículo 370, que dice, con respecto a las sociedades por acciones, que el instrumento a utilizar debe ser la escritura pública.

Que nosotros nos salgamos del Código de Comercio y nos remitamos al Código Civil en lo que se refiere a instrumento público o privado, especialmente escritura pública o instrumento privado, es muy lógico porque toda la normativa respecto de estos instrumentos está precisamente en el Código Civil.

Incluso hay que tener muy en cuenta respecto de todos estos instrumentos - sea escritura pública o instrumento privado - que el artículo 1194 del Código Civil dice que "el instrumento privado que alterase lo que se hubiere convenido en un instrumento público, no producirá efecto contra tercero".

Esto es todo, por ahora.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Tiene la palabra el doctor Carlos Pelosi.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DR. PELOSI. - Voy a procurar llegar a los quince minutos fijados, para ocuparme de dos asuntos y dar así oportunidad al doctor Fargosi para que pueda exponer sus ideas en último término.

Voy a tratar dos aspectos. En primer lugar, la aplicación del inciso 10 del artículo 1184 a la reforma de los estatutos de las sociedades por acciones, y en segundo término, al concepto de elevación a escritura pública, porque entiendo que he sido desinterpretado por el señor fiscal de la Cámara en el dictamen producido en autos "Cometarsa Fabricaciones Metálicas S.A." y en la resolución de la Inspección General de Personas Jurídicas del 15 de noviembre último, que dice - válgame Dios - que la mera elevación a escritura pública del acta que reforma el estatuto no significa cumplir con lo normado en el inciso 10 del artículo 1184. Habrá que acudir a poderes divinos para cumplir con el inciso 10...

¿Qué dice este inciso? Que deben ser hechos en escritura pública todos los actos que sean necesarios de contratos redactados en escritura pública.

¿Qué significa "accesorio"? Según el Diccionario de la Academia Española, una relación de dependencia entre dos o más cosas; una idea de subordinación o inferioridad de una cosa respecto de otras que son principales. Así, son secundarias las cosas que nacen de otras y las que a ellas se unen, se incorporan, o adaptan, perdiendo su forma, su denominación, su existencia individual y su independencia, y entran a constituir un todo con el cual nacen y con el que están en relación de dependencia.

En el lenguaje jurídico, según el diccionario Omega, tiene una acepción general de acuerdo con su etimología: lo accesorio es lo secundario, lo dependiente, lo aproximado, lo que se une.

Siguiendo las cuatro reglas enunciadas por Escriche en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, para determinar cuáles son cosas accesorias respecto de las principales, se expresa que aplicando el concepto a las instituciones de derecho civil, procesal y penal, es accesorio todo lo que sea complemento o dependiente de algo o que tiene vida propia e independiente. Predomina la idea de que lo accesorio es todo lo relacionado con una cosa, un derecho o un negocio jurídico considerado principal.

La doctrina civilista no ha esclarecido suficientemente el alcance del inciso 10 del artículo 1184, salvo Llerena, Machado y Segovia. El primero expresa en palabras escuetas que accesorio es todo lo que modifica un contrato, todo lo que modifica una escritura pública, el contenido de lo declarado en la escritura pública. Machado señala que los actos accesorios tienen por objeto modificar, alterar, conservar y aniquilar derechos reconocidos en escritura pública. Si no se hacen en escritura pública, dice Machado, son nulos, aunque por el artículo 1185 se puede obligar a otorgar por escritura pública.

Entiendo que para establecer el alcance del inciso 10 hay que acudir a las fuentes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es sabido que el artículo 1184 reconoce como antecedente el proyecto de Código para España de García Goyena, más precisamente, el artículo 1003. En cambio, Vélez Sársfield, en el artículo 1185 cambia de orientación y sigue a Freitas, en el artículo 1930.

El inciso 12 del artículo 1003 del proyecto de García Goyena dice que deben redactarse en escritura pública todos y cualesquiera actos accesorios, explicatorios, derogatorios y modificativos - adviértase que dice "modificativos" - de los contratos celebrados en escritura pública.

García Goyena expresa que este inciso, lo mismo que el 11 y el 13, que han sido receptados en los incisos 9° y 11 del artículo 1184 de nuestro Código Civil, no necesita de explicación alguna porque se explica atendiendo a su origen, objeto y conexión con otras escrituras.

Podría decirse que al limitarse Vélez Sársfield a establecer en el inciso 10 únicamente la palabra "accesorios" y suprimir todo lo que contiene el proyecto García Goyena, quiso limitar su alcance. Pero esta interpretación debe rechazarse, porque Vélez Sársfield acostumbraba abreviar los textos que le han servido de fuente. El inciso 32 del artículo 1184, por ejemplo, que se refiere a los contratos civiles y a sus prórrogas y modificaciones, sustituye el largo inciso 3° del artículo 1003 del proyecto de García Goyena. Omite también la referencia a la donación, que por razones de técnica legislativa no tiene por qué estar en el artículo 1184 de nuestro Código Civil ya que está prevista en el 1810.

Otro ejemplo concreto lo tenemos en el artículo 994, cuando dice que los instrumentos públicos hacen plena fe respecto de las partes y de terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, "etcétera". Este "etcétera" que Vélez, con mala técnica legislativa incluyó en este artículo, reemplaza a interpelaciones y confesiones que figuran en el texto de Aubry y Rau, que sirvió de fuente a Vélez Sársfield.

Que el acto constitutivo de los contratos de las sociedades por acciones debe hacerse en escritura pública, es algo que la literatura notarial ha fundado ampliamente. Al mismo doctor Fargosi le he oído decir que el instrumento público a que se refería el artículo 165 era la escritura pública. Eso lo dijo el doctor Fargosi en una conferencia que pronunció en el salón de actos de la Facultad de Derecho cuando dio un curso sobre la ley 19550. Aunque ahora dice en un artículo que publicó en La Ley que solamente puede ser por instrumento público, lo que no coincide con escritura pública.

DR. FARGOSI. - Jamás dije aquello; por el contrario. siempre sostuve la tesis inversa, incluso en una polémica con el doctor Zavala Rodríguez.

DR. PELOSI. - Usted lo dijo, y yo estaba presente. Recuerdo bien el episodio porque durante su conferencia se habían producido corridas de estudiantes, mientras se disparaban tiros.

SR. COORDINADOR. - Rogaría que el doctor Pelosi prosiguiera su exposición.

DR. PELOSI. - Una certificación notarial, de tener a la vista el libro de actas de una sociedad, incluso que se transcriba el texto del acta, es un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instrumento público, lo que he sostenido en un trabajo sobre certificación notarial que cita el señor fiscal de Cámara. Pero es un instrumento público que únicamente acredita la existencia del acta que sigue siendo documento privado. El certificado no puede suplir la escritura pública ni subroga la eficacia y efectos de la escritura pública. Porque los preceptos del derecho deben ser interpretados no aisladamente sino como formando parte de todo el ordenamiento jurídico, y la regla de oro está en el artículo 977, que dice que cuando ha sido ordenada una clase especial de instrumento público, no puede ser suplida por otra clase de instrumento público, lo que se ratifica en el artículo 1673, al establecer que cuando se observa una determinada forma instrumental, no vale el contrato si no se realiza en esa determinada especie, que según Segovia es innecesaria porque ya el artículo 1182 establece que deben ser aplicables a los contratos las reglas de forma de los actos jurídicos.

¿Qué se entiende por elevación a escritura pública? Transcribir en el protocolo un documento privado o un acta no significa elevarlo a escritura pública.

En el año 1973, en un trabajo mío sobre sociedades, también citado por el señor fiscal de Cámara, en el cual yo rebatí al doctor Solari Brumana, que había publicado un artículo en Jurisprudencia Argentina diciendo que elevar a escritura pública era un lenguaje pintoresco imbuido de rutinaria soberbia, traté de demostrar cuál era el concepto de elevación a escritura pública, repitiendo conceptos que ya había dado en una nota al fallo publicado en la Revista Notarial de La Plata en 1966.

No voy a repetir ahora esos conceptos, porque además aparecen publicados en el Boletín que ha sido distribuido últimamente, pero sí me voy a limitar a señalar algunas cuestiones.

Los documentos notariales son susceptibles de clasificación y, desde luego, las escrituras públicas.

Clasificar es una actividad creadora en la elaboración del derecho; la clasificación es una de las herramientas de que se vale el hombre de derecho para hacer ciencia.

Las escrituras públicas admiten diversas clases: hay escrituras constitutivas y dispositivas, escrituras de reconocimiento, escrituras normativas, y hay escrituras que se denominan de elevar a escritura pública.

El documento privado que se eleva a escritura pública deja de ser documento privado y cobra eficacia de escritura pública. Se trata de una escritura de reconocimiento. Hay un documento precedente que contiene el acto o contrato, y se reconoce el acto o contrato que contiene el documento privado y se lo asume íntegramente, y sólo indirectamente se reconoce el documento...

Para hacer más sencilla la explicación recordemos que en el artículo 1185 se habla de los casos en que las partes suscriben un instrumento particular y que se obligan a reducir a escritura pública. Reducir a escritura pública es elevar a escritura pública, aunque no le agrade al doctor Solari Brumana, porque reducir no sólo significa achicar,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disminuir; tiene muchas acepciones, inclusive de convertir una cosa en otra - y no la del lenguaje lunfardo de convertir una cosa robada en dinero, por supuesto - sino de convertir una forma en otra.

A la época de la sanción del Código Civil no se le podía pedir a Vélez Sársfield que conociera los conceptos notariales desarrollados con mucha posterioridad y tomó la palabra "reducir" del artículo 1930 del Esboço de Freitas. Pero los conceptos notariales han sido desarrollados en el tiempo, y "reducir" es hacer escritura pública, elevar a escritura pública. Lo mismo ocurre con el concepto de "parte". Antes nos ateníamos al Código Civil, sin saber si la parte es el sujeto instrumental o el negocial, concepto que ha sido desarrollado a partir de Núñez - Lagos. Hasta 1903, la antigua jurisprudencia incurría en el error de equiparar "reducir a escritura pública" con protocolizar. Esto ocurría en la compraventa: se obligaba a protocolizar el boleto para recién después demandar por escrituración. Este era el concepto que se tenía hasta agosto de 1908 en que un fallo de la Cámara Civil de la Capital estableció que no, que debía elevarse a escritura pública.

López de Zavalía, en su Teoría General del Contrato, tomo 2, refiriéndose a la compraventa, dice que reducir a escritura pública importa hacer escritura pública. Esto obliga, dice, con respecto a la compraventa, a otorgar un nuevo contrato que tenga como objeto la forma de escritura pública y como contenido, el de las cláusulas convenidas para la venta.

El documento privado en que las partes se obligan a reducir a escritura pública, dice Mosset de Iturraspe, es un contrato de primer grado, generalmente obligacional. El paquete o contenido obligacional está integrado tanto por el hacer escritura pública como por la entrega de la cosa y el pago del precio.

En definitiva, cuando el acta se eleva a escritura pública, se otorga escritura pública respecto de su contenido, con todas las formalidades que requiere el otorgamiento de una escritura pública. A esta escritura pública comparece el órgano de representación, es decir, según el doctor Fargosi, el centro de atribución o de poder que tiene competencia para ejercer la actividad volitiva del ente, o, ateniéndonos a Colombres, el órgano de ejecución o de manifestación.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Tiene la palabra el doctor Fargosi.

DR. FARGOSI. - Tengo para mí que no nos vamos a poner de acuerdo en muchas cuestiones. Un poco será así porque las interpretaciones difieren, pero advierto que no voy a defender la posición de los abogados, pero entiendo que las disposiciones de la ley, la ley, está por encima de abogados, contadores, ingenieros, odontólogos; de todo el mundo.

No voy a hacer precalentamiento sino aerobismo jurídico, es decir, que nos alimentemos un poco con conceptos jurídicos básicos.

Esos conceptos jurídicos básicos son, en primer lugar, que no se puede partir, en la terminología de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, de la imprudencia o impericia del legislador. Siguiendo con la misma doctrina de la Corte, hay que tener en cuenta que cuando se utilizan términos técnicos, hay que dárseles el sentido que técnicamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

corresponde a esos términos. Y también siguiendo la jurisprudencia de la Corte, que una norma no puede ser tornada aisladamente sino dentro del concepto que la integra.

Esto parece elemental, pero me parece que también llega un momento en que se le olvida. ¿Por qué se le olvida? Porque el Código de Comercio es un derecho especial, y dentro de él existe un derecho de categoría, que es el derecho societario. Es decir, lo que Juan Francisco Linares, que algún respeto merece, llama "la familia dogmática", que impone la interpretación de cada familia dogmática que a ella conforman los principios que la rigen.

Está totalmente fuera de discusión que el acto constitutivo de una sociedad por acciones debe ser hecho por instrumento público. Instrumento público que, lógicamente, sería demasiada impericia suponer que el legislador, que fui yo, confundiese instrumento público con escritura pública. Sería eso un cargo de lesa abogacía, y me tendrían que retirar el título.

Dr. PELOSI. - No, porque surgió una enmienda.

Dr. FARGOSI. - No . . .

El que redactó el mensaje fui yo, a la sazón subsecretario.

"Instrumento público" se puso como instrumento público.

El Código de Comercio se aparta reiteradamente del Código Civil en una serie de soluciones que hacen a la estructura básica de este último.

El mandato comercial no tiene por qué ser otorgado con las formalidades del mandato del Código Civil, aunque tenga todas y mayores facultades que las que pueden emanar de un poder general, y así lo dicen los artículos 221, 222 y 223.

El régimen de mutuo del Código de Comercio no es igual al del Código Civil.

El régimen de depósitos no sólo es diferente en una y otro Código, sino que el depósito en bancos se rige por las leyes, estatutos o reglamentos de su institución, conforme lo dispone el artículo 570.

Aun el régimen de responsabilidad indemnizatoria por hechos ilícitos del Código de Comercio está apartado del Civil; por ejemplo, en el caso del artículo 184 en materia de daños a personas en el transporte.

No podemos trasvasar el Código Civil al de Comercio porque lo dice aquél. Porque entonces deviene la cuestión del artículo 1184.

Si vamos a ser tan puristas de decir que un acto hecho por escritura pública solamente puede modificarse por escritura pública porque lo dice el inciso 10 del artículo 1184, caeríamos inmediatamente en otra situación. Los que van a modificar el acuerdo constitutivo son los otorgantes del contrato, y el artículo 1184 supone que van a ser necesariamente los mismos otorgantes o los sucesores universales, conforme lo disponen los artículos 1195 a 1199. Y los accionistas que suceden a los accionistas primitivos no son sucesores, salvo que borremos todo el régimen de títulos valores. Es decir que están legitimados ex novo ya que no son la parte del contrato original.

Además, la escritura modificatoria no la otorgan los socios, sino los que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la asamblea dice que van a firmar el acta, o el presidente. Pero, ¿cómo la otorgan? La otorgarían en función de un mandato, y entonces, si es un mandato y estamos exigiendo el cumplimiento del inciso 10 del artículo 1184, tendríamos que exigir también que ese mandato fuera otorgado conforme al artículo 1184. Si así no se hiciera, estaríamos permitiendo que el mandato, porque es comercial, no va a ser necesario que sea por escritura pública, pero debe ser por escritura pública la modificación, no obstante que la ley no exige ni que sean los mismos otorgantes ni siquiera que sean sucesores, sino quienes sean socios en el momento de otorgar el acto; además, ni siquiera sean todos los socios, sino algunos de ellos en tanto se cumpla con el quórum que marca el 1184.

Vale decir que nos encontramos frente a una situación en la cual no se puede tomar una norma del Código Civil, y pretender aplicarla a un problema societario, estaríamos rompiendo toda la problemática societaria, porque en el acto constitutivo se exige la escritura pública o el instrumento público, que puede ser otorgado por un cónsul argentino en el exterior, en un expediente judicial, en una convocatoria o quiebra. ¿Por qué? Porque allí no existe la persona jurídica. A partir del momento que existe la persona jurídica, el acto de reforma, por un fenómeno técnico jurídico, que gustará o no pero que es así, no es un acto de socios, sino un acto propio de la persona. Y ningún acto público de la persona tiene que ser elevado a escritura pública, porque el instrumento público cumple otra función, máxime cuando acaece algo que es importante.

La escritura pública no transmite el dominio. El dominio lo transmite la inscripción en el Registro, como lo dice el artículo 2505, porque es lo que lo perfecciona. Hasta ese momento hay un contrato de compraventa que tiene un registro formal, impuesto por la ley en aras y en pos de la seguridad jurídica.

Aquí sucede algo parecido. No habiendo persona jurídica y toda vez que se trata de una sociedad que tiene características propias, cual es la delimitación total de responsabilidad y un régimen especial de aportes que la diferencia de otras sociedades, se impone la escritura por una razón de técnica jurídica.

Pero a partir de que la sociedad existe, el acto es de la asamblea. Y aquí cabe formular una pregunta importante: ¿qué es lo que agrega la escritura pública? Agrega la existencia de un papel firmado en un libro, pero no de los hechos ocurridos en presencia del escribano. Porque el escribano no está presente en el acto en el cual se toman las decisiones, sino que hay dos personas, una de las cuales dice que se ha tomado determinado tipo de decisión, con una agravante o una cuestión que cae en el campo del derecho penal. Porque siendo el acto un instrumento privado, el régimen de punición por falseamiento de lo resuelto en la asamblea en el Código Penal tiene un tratamiento distinto que si se tratara del falseamiento de un instrumento público, en el cual el escribano dice cosas que no han ocurrido en su presencia o distintas de las que han ocurrido.

Porque - cuidado con esto, que es muy importante - a los efectos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

penales, el acta de la asamblea continúa siendo un instrumento privado no obstante que esté elevado a escritura pública, que es un problema diferente.

De lo que dará fe o de lo que dará cuenta el escribano público es que en el libro de actas rubricado, o intervenido según se quiera, de la sociedad, obra del folio tal al folio cual un acta que transcripta dice. Pero el escribano puede ir más allá. Si se pretendiera que el escribano dé fe de autenticidad de lo que el acta está diciendo le estaríamos endilgando una responsabilidad que no hay derecho a endilgarle, porque el escribano no estuvo presente en la asamblea. Si estuvo presente en la asamblea, es otra cosa, porque la ley no exige la presencia del escribano en la asamblea. Estará presente si los socios lo admiten. Pero en el régimen normal el escribano no está presente en las asambleas.

Me resisto a pretender que porque el instrumento se lleve a escritura pública, el escribano va a responder de la verdad de las votaciones consignadas en el acta o de la verdad de las decisiones que se dite que se tomaron. Sería de una injusticia notoria endilgarle una responsabilidad tanto de naturaleza civil como penal. El escribano dirá que hay un libro que dice tal cosa, y nada más. Es decir que lo que vale es la decisión. Si la decisión fue tomada por la asamblea, será responsabilidad del presidente o de los autorizados para firmar si han frustrado o truncado la decisión asamblearia que, incluso, de acuerdo con la jurisprudencia de la Cámara, se rige por otros principios según esté o no elevada a escritura pública.

SR. COORDINADOR. - Tiene la palabra el doctor Falbo.

DR. FALBO. - He seguido con toda atención este debate, que por momentos parece hasta pasional por el entusiasmo con que se trata el tema.

Quiero aclarar que no hoy a entrar en el caso concreto de lo que se ha planteado en los fallos judiciales, sino que voy a hacer un análisis de la ley de sociedades en relación a los objetivos que cumple en los distintos aspectos que tiene en cuanto a los contratos de sociedades.

En primer lugar, hay un artículo que es fundamental, que para mi es el que crea todo el problema en el cual se plantean estas diversas cuestiones.

De acuerdo con el artículo 7º, la sociedad sólo se considera realmente constituida cuando se inscribe en el Registro Público de Comercio. Esta es una norma fundamental dentro de la estructura de la ley de sociedades. Pero no es la única norma que tiene una característica importante en materia de los actos que se realizan y se inscriben en el Registro Público de Comercio.

Hay aspectos formales del contrato de sociedad, hay aspectos que se refieren a su constitución, a su modificación, y hay un proceso que debe cumplirse para inscribir esos contratos y esas modificaciones en el Registro Público de Comercio.

El primer punto que creo que hay que considerar respecto de este tema es qué se inscribe en el Registro Público de Comercio cuando se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituye o se modifica una sociedad comercial.

Según la ley de sociedades, lo que se inscribe es el contrato por el cual se constituye o modifica una sociedad, y este contrato se puede otorgar por instrumento público o privado, a tenor de lo que dice el artículo 4º de la ley de sociedades.

El artículo 5º reitera que el contrate constitutivo o modificativo se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, etcétera.

El artículo 165 y el 360, relativo a las sociedades en comandita por acciones, dispone que la sociedad anónima se constituye por instrumento público.

El contrato constitutivo o modificativo, dice el artículo 6º y el 167 para la sociedad anónima, se presentará al juez o en algunos casos a la autoridad administrativa para que controle el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.

Es decir, en primer lugar, que lo que llega al Registro Público de Comercio es un contrato que está hecho antes de que se produzca la inscripción en el Registro Público de Comercio. Entonces, lo que se presenta es un documento o un instrumento, para utilizar la palabra legal, público o privado. Sólo puede haber contrato y por consiguiente instrumento cuando se ha cumplido el proceso de la forma jurídica, que puede originar tanto el contrato como el instrumento.

Lo que quiero significar, porque ahora vamos a entrar a considerar la forma jurídica, qué debe entenderse cuando se utilizan esas palabras, porque hay una confusión evidente entre forma jurídica, entre instrumento y documento y prueba. Y al producir esas confusiones, se originan también los desajustes de interpretación.

El principio básico y general para considerar el tema de la forma del contrato y del instrumento, se rige por los principios establecidos por el ordenamiento jurídico en cuanto se refiere a estos típicos, que en la sustancial, la ley de sociedades no dice absolutamente nada.

En cuanto a la forma, es el medio concreto y determinado que la ley o la voluntad de los particulares, en su caso, impone para que la voluntad quede exteriorizada. Por ello, la doctrina considera que la forma es la expresión necesaria del negocio mismo, de manera que sólo cuando la voluntad aparece expresada y revestida por esa forma es válida y eficaz. O sea, que ese dualismo de que la forma es constitutiva o autolimitada o que la forma es o se ha establecido a toda opción, es un dualismo con que originariamente se presenta el problema de la forma, pero que no es cierto, porque las funciones de la forma no sólo son constitutivas en los casos y supuestos en que se requiere el requisito formal como elemento necesario para constituir el acto o para que sea prueba. En el primer ejemplo, sería el caso de la donación de bienes inmuebles.

La diferencia entre la forma y la prueba es que la forma tiene una finalidad que no siempre coincide con la prueba, y en algunos supuestos, forma y prueba coinciden porque llegan a dar igual manifestación. Pero de ninguna manera se pueden confundir.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hay casos en que el instrumento en que se formaliza el contrato reviste el carácter de prueba, pero no siempre se lo utiliza como prueba, sino que se lo puede utilizar como tal. Pero un acto o un contrato también puede probarse por otros medios que no sean por la forma o el instrumento con que fue constituido. Por ejemplo, un acto o un contrato se puede probar por confesión y judicial o privada; se puede probar en alguna circunstancia mediante testigos; se puede probar por juramento judicial, etcétera. Es decir, unos son los medios probatorios, que no tienen o no pueden ser siempre los elementos que conforman los negocios jurídicos.

A su vez, el instrumento o el documento público o privado es el resultado que se tiene o se puede tener cuando se cumple y concluye el proceso que requiere todo acto formal.

Generalmente se confunde al documento o instrumento con la forma; precisamente éste es otro de los errores que oscurece ese concepto.

El acto formal, en sentido estricto, es un proceso que tiene un comienzo y un fin, que puede ser de duración breve o prolongada, y que según la ley que lo rige comprende distintas características: que haya uno o varios sujetos capaces y debidamente legitimados para que puedan declarar su voluntad (arts. 994 y 996, siguientes y concordantes del Cód. Civil); que haya una declaración de voluntad, tomando la expresión en sentido amplio y no en sentido estricto, puramente negocial contractual, y que tenga por objeto establecer relaciones jurídicas de acuerdo con la doctrina del art. 994 del Cód. Civil; que esa declaración no se formule de cualquier manera, sino cumpliendo los requisitos que determina la ley en cuanto los admite como expresión de voluntad (art. 916 del Cód. Civil); que esos requisitos, procedimientos o solemnidades se cumplen al tiempo de la formación del acto jurídico (art. 973 del Cód. Civil). Si no se cumplen las formas ordenadas por la ley, el acto no es válido (arts. 986 y 1191 del Cód. Civil). Si la declaración depende de la forma instrumento u otra exclusivamente ordenada, no existe la declaración para el derecho mientras no se cumpla con el instrumento que establece la ley (arts. 951 y 975 del Cód. Civil).

Entonces, el instrumento, escritura pública o documento privado, que generalmente son confundidos con la forma del acto, no es la forma del acto sino el último episodio que resulta de la formación del acto jurídico. Recién cuando se cumple todo el proceso que requiere todo acto formal, concluye esa etapa, es decir, la etapa formal, y comienza la existencia del instrumento, que ha recogido la esencia del acto formal y que tiene su propia forma como cosa corporal de un ente jurídico de acuerdo con lo que dispone el ordenamiento.

Es decir, confundir el acto formal con el documento en el cual el acto formal se manifiesta, es lo mismo que confundir la prueba con el efecto o resultado del documento y del acto jurídico.

¿Cuál es el sentido del instrumento, contrato constitutivo o modificativo que trae la ley de sociedades en los artículos citados?

Como dijo hace unos momentos el doctor Fargosi, "contratos",

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"instrumentos" son palabras que no se ponen al azar ni por circunstancias ocasionales, toda vez que tienen un sentido tan preciso en la ley que no pueden admitir desviaciones de ninguna naturaleza cuando se realiza su interpretación.

Cuando la ley habla en los artículos 4º, 5º y 6º, que se presente al Registro el contrato constitutivo o modificativo de la sociedad, no se está refiriendo a cualquier papel sino al instrumento público o, en su caso, al instrumento privado, que contenga ese acto formalizado, según lo que hemos dejado expresado, a tenor de lo que dispone la ley en materia de forma de los contratos y demás actos jurídicos.

La misma ley de sociedades, cuando no requiere un contrato formal e instrumentado como tal, lo dice en forma expresa.

El caso es el de la sociedad anónima que se constituye por suscripción pública. En ese supuesto, en vez de un contrato formal, requiere un programa de fundación, que también tendrá que ser redactado por instrumento público o privado de acuerdo con el artículo 168 y, además, el acta de la asamblea, de la constitución de la sociedad, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma ley en los artículos 169 y 170. Ahí sí la ley tiene una formalidad expresa y precisa por un acto propio, creado y establecido y regulado por la ley 19550.

En resumen, la ley de sociedades exige que se otorgue contrato formal para la constitución o modificación de la sociedad, que como mínimo debe tener forma escrita, no como medio de prueba sino como requisito formal de existencia y validez porque, repito, no vamos a confundir la prueba con la forma porque entonces puede no ser posible llegar a un resultado valedero en la interpretación.

Cuando decimos lo que antecede, es porque son contratos formales aquellos que por la ley o por la voluntad de las partes no alcanzan plena validez o eficacia jurídica sino cuando la voluntad negocial se expresa o manifiesta a través de especiales solemnidades que el derecho vigente hace que se cumpla por lo general con la suscripción del documento requerido, sin perjuicio de que además se cumplan otras formalidades complementarias, como por ejemplo, la inscripción en los registros a los efectos de la publicidad, etcétera.

El instrumento privado tiene como requisito mínimo formal que lleve la firma del sujeto a quien se le puede atribuir su autoría.

Adviértase que dejo de lado el instrumento público para ir al instrumento privado porque es lo que se acercaría más a la fórmula sencilla de explicar el problema de la forma de los actos jurídicos.

Pero si el instrumento privado, así, con una autoría dada para un sujeto es suficiente para que exista como tal, carece de los requisitos de oponibilidad, fecha cierta, etcétera. De ahí que, para poder ser registrado, ese documento tiene que cumplir ciertos requisitos, entre ellos, que esté justificada la identificación, la capacidad, la legitimación del sujeto y la autenticidad formal de la firma que suscribe el documento. Por ello, la misma ley de sociedades requiere que el contrato constitutivo o modificativo de la sociedad se presente en debida forma al juez o a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autoridad administrativa que corresponda, para que pueda ser registrado. Porque ninguno de estos funcionarios, ni el juez, ni la autoridad administrativa hace al contrato, y su actividad se limita a comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales, y en su caso dispondrá la toma de razón de acuerdo con lo que dice el artículo 6°. Ni aun en el supuesto del artículo 28 de la ley de sociedades, que hace referencia a los artículos 51 y 53 de la ley 14394, ley que organiza, entre otras cosas, el bien de familia y la posibilidad de que un establecimiento industrial, comercial, etc., pueda continuar en estado de indivisión, el juez de la sucesión no puede hacer el contrato, porque ello no es función del juez, sino que el contrato debe ser hecho antes, es decir, debe formalizarse en el documento que corresponda según la ley y sólo puede ser presentado al juez para que lo apruebe, vigilando y controlando los derechos del menor.

De lo que llevamos expuesto, de la misma ley resulta que la asamblea de socios de la sociedad anónima tiene competencia para tratar la modificación del contrato social (arts. 233, primer párrafo, y 235 y sigtes.). Pero una vez tratada y resuelta la cuestión, es el directorio el que está legitimado (artículo 233, párrafo tercero) para hacer que se cumpla lo resuelto, pero el acto formal debe ser otorgado por el presidente del directorio, que es quien ejerce la representación legal de la sociedad (arts. 238 y 58) o, llegado el caso, alguna otra persona que se indique a estos fines.

El acta de la asamblea (arts. 73 y 249) es un acto formal interno para el gobierno de la sociedad. Como tal, es un documento privado que carece de autenticidad y, por consiguiente, es imposible que en esa calidad se lo pueda registrar.

Lo mismo sucede cuando una sociedad resuelve transformarse en otro tipo legal. El instrumento correspondiente, que no es el acuerdo de socios establecido por el artículo 77, inciso 1°, debe ser otorgado por el órgano competente de la sociedad (art. 77, inciso 4°).

El mismo supuesto se da en el caso de fusión (art. 83, inciso 1°), en la acción para excluir a un socio de la sociedad (art. 91), y también para liquidar la sociedad (art. 102).

Como conclusión del análisis que hemos realizado y tratando de ser breves: lo que se inscribe en el Registro Público de Comercio es el contrato constitutivo o modificativo; este contrato es un negocio formal, pues debe estar instrumentado en documento público o privado, según el tipo de sociedad; la ley que regula la forma de los actos jurídicos es, evidentemente, la civil, pues contiene principios generales que se aplican a todos los supuestos en cuanto no entren en colisión con otro cuerpo normativo que tenga igual jerarquía y previsiones expresas sobre el tema; la ley de sociedades en ningún caso legisla respecto a la forma del contrato social y su modificación excepto para indicar cómo debe ser contenida en relación a la materia específica y a los trámites a cumplirse para su registración y los efectos de dicha registración.

Para no extenderme, dejo por ahora de hacer referencia a la registración,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al efecto constitutivo de dicha registración y al procedimiento que debe cumplirse para la registración. Y digo que lo dejo para más adelante, porque uno de los famosos argumentos esgrimidos es el ahorrar tiempo, ahorrar gastos y hacer más sencillos los trámites. Y pienso que ocurre exactamente al revés, porque se pierde más tiempo haciendo actos administrativos o judiciales, explicando algo que muchas veces no tendría necesidad de tanta explicación, incurriéndose en más gastos - porque además de los abogados y escribanos intervienen gestores que llevan y traen papeles -, y se pierde mucho más tiempo y se complican más cosas cuando intervienen distintos factores para que en definitiva sea el Estado el que diga, a través de un órgano jurisdiccional o administrativo, si el contrato está bien o mal hecho.

Y cuando digo que sea el Estado, lo expreso con una forma y una intención muy específica, ya que cuando se hablaba del derecho romano se decía que la forma y las solemnidades de esa época se cumplían precisamente con la presencia de un funcionario, y nos encontramos ahora, en que hablamos de la libertad de la forma, más rápida y sencilla, que tenemos que llegar a este mismo resultado: buscar el visto bueno de un funcionario estatal para que un contrato privado tenga la validez, vigencia y eficacia que dispone la ley societaria.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Ha pedido la palabra el doctor Carminio Castagno, a quien se la concedemos.

DR. CARMINIO CASTAGNO. - No voy a demorar diciendo qué voy a hacer, sí practicar precalentamiento o aerobismo intelectual. Sólo quiero aclarar que tampoco me preocupan los intereses sectoriales. Jamás, mis colegas lo saben bien, he defendido al notariado por el notariado mismo. En este tema tengo desde hace años una sola sociedad anónima constituida y ninguna modificada. Y lo digo cada vez que puedo para que se advierta que a pesar de que el tiempo pasa no aumenta mi trabajo. (Risas).

Voy a empezar casi por el final. Quiero, porque no deseo consentir, ser terminante en este aspecto: el artículo 2505 del Código Civil, reformado por la ley 17711, no consagra la inscripción constitutiva. Sé que algún sector de la doctrina así lo entiende, pero sé también que la mayoría sostiene, y es casi valor entendido hoy, que a pesar del 2505, el régimen de constitución y transmisión de derechos reales sigue siendo en general el romanista de título y modo, o sea, en su caso, escritura pública y tradición (artículos 577 y concordantes del Código Civil).

Bueno es recordar que ya Vélez Sársfield decía, quizá anticipándose a lo que algún civilista argentino con el tiempo afirmaría, de la existencia de un derecho real entre partes hasta tanto se inscriba.

Concebir el derecho real interpartes es algo así como un contrasentido lógico y jurídico; es algo así como quitarle la esencia al derecho real, que se diferencia del derecho personal por tener validez erga omnes. De otra forma no se comprende cómo aquel que tiene título y modo y no inscripción, pueda ejercer acciones reales y, por ejemplo, sacar del predio, en tratándose de un inmueble, no de una hipoteca, a un intruso.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Si está legitimado para el ejercicio de los derechos reales, no es por otra razón que la de título del dominio.

No se me escapa que hay un tercero respecto del cual el acto no es oponible. ¿Cuál es el tercero? El tercero registral, pero éste es otro tema del que estamos tratando aquí.

También la ley 19550 es entendida por algunos como que sienta el principio de la inscripción constitutiva. ¿Constitutiva de qué? De la personalidad, de la regularidad, pero constitutiva. Pero por el artículo 7º, ¿qué pasa antes de la inscripción? Pasan muchas cosas más de las que quizá pensaron quienes lo redactaron, porque tiene una vida autónoma, un todo sistemático, y a veces juega un poco independientemente de la intención del legislador.

Paso a tratar los dictámenes, aunque en realidad es sólo uno, del señor fiscal de Cámara en los casos de "Cometarsa" y "Ayasa".

Coincido casi plenamente con las argumentaciones desarrolladas por el señor fiscal. No lo hago porque me cita en forma expresa o tácita; y voy a aclarar lo de tácita. Cita un trabajo del Instituto Argentino de Cultura Notarial, que en la parte que menciona me pertenece. Ese trabajo no lo firma nadie porque es de autoría del Instituto. Pero no por eso me adhiero, sino porque objetivamente encuentro sólidos fundamentos en el dictamen del señor fiscal de Cámara.

Me aparto de él, sí, en las conclusiones, y trataré de explicar por qué.

La conclusión del señor fiscal de Cámara señala que, atento al similar valor probatorio de la escritura de incorporación, o como se llame, y la copia del acta de la asamblea autenticada notarialmente, un instrumento público vale igual a otro.

Aparentemente es así, pero creo que el señor fiscal de Cámara, en vez de cambiar un instrumento público por otro, cambia un instrumento privado por otro, o sea, un solo instrumento privado, que es el acta de la asamblea.

Pero el quid de la cuestión se basa, en mi concepto, en que se piensa que el acto modificatorio es el acto asambleario. Y no creo que sea así.

Sé que la asamblea decide la modificación, como puede decidir también la venta de un inmueble que integre el activo físico de la empresa. Pero allí se modifica el estatuto.

Veamos el supuesto del aumento del capital. Sabido es que no se puede aumentarlo si no está suscrito, y sabido es que a veces no se puede suscribir en la asamblea. Vale decir, el acto de la asamblea es el acto de decisión que opera en la esfera interna del ente societario.

Es menester, repito, al menos en mi concepto, otro acto del órgano de representación. ¿Por qué por el órgano de representación, presidente del directorio, sin necesidad de apoderamiento especial por escritura pública? Por la razón de que es un órgano societario y que actúa a través de él la propia sociedad.

Pero no tengo la misma conclusión en el caso de que existan dos asambleístas delegados de la asamblea para otorgar el acto modificatorio por escritura pública. Y ella, porque no son órganos, sino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

delegados de un órgano y no tienen la representación societaria. En consecuencia, si quieren comparecer se requiere poder especial por escritura pública, porque aquí no se aplica el Código de Comercio, sino el 1184 en el famoso inciso reiteradamente invocado.

Por ende, del mismo modo que no basta que el mandatario del vendedor comparezca al escribano y diga que viene a elevar el poder a escritura pública, sino que tiene que declarar que vende y se imputa el acto a su mandante, el presidente del directorio no está allí para pedir la elevación a escritura pública, que no transforma ese instrumento privado en público, sino para declarar negocialmente, para actuar, la decisión tomada.

¿Y qué, entonces del acta de la asamblea? Sería juntamente con otros, documentación legitimante de ese presidente de directorio. Los otros documentos serán el estatuto, el acta de elección del directorio, el acta de distribución de cargos, el acta de la asamblea donde se decide que allí se otorga, no antes.

La decisión asamblearia, órgano eminentemente interno, no tiene operatividad hacia afuera, y algunas excepciones que se pueden señalar no alcanzarán jamás a los actos de vínculos de la sociedad con terceros, ni tampoco a los actos que requieren la forma pública. Porque la forma pública se da fuera y no dentro del ámbito societario.

Sé que la Corte ha dicho que sería imprudente pensar en la impericia del legislador.

Voy a reformar un poco la frase del más alto tribunal, que usa términos técnicos con precisión. Pero no sería caprichoso interpretar textualmente el artículo 11 y el 166, que hablan de las menciones que debe contener el instrumento de constitución.

¿Podría seguirse de allí que estando en el instrumento de constitución, luego puede no estar más porque en virtud de una modificación la sociedad queda sin plazo, sin objeto, sin nombre No. Una interpretación razonada, a pesar de la precisión técnica que es de desear en el legislador, lleva a pensar que este instrumento de constitución, que es el mismo instrumento de modificación, tiene un sentido que va mucho más allá de la expresión literal de la palabra.

Cuando se dice "el instrumento de constitución debe contener tal mención", se dice: el instrumento de constitución, y de aquí para adelante, pase lo que pasare.

No se puede admitir, repito, que la sociedad pueda quedar sin objeto, sin plazo, sin órganos, etcétera.

Y quizá sea más categórico este otro argumento. Partiendo de la precisión terminológica, que sin duda los autores de esta ley, como los de casi todas, poseen, admito que se pueda decir, en homenaje a Ascarelli, que el negocio constitutivo de las sociedades por acciones sea un contrato. Así está legislado en nuestro Código Civil, en nuestro Código de Comercio, por aquello del contrato bilateral de organización.

No obstante, creo que es un acuerdo, una especie negocial distinta. Pero a esta altura de la ciencia jurídica, nadie me podrá convencer de que sea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrato el acto modificatorio.

El acto modificatorio de una sociedad no es un contrato, porque es un negocio jurídico unilateral que a la sociedad se imputa. El acto asambleario podrá ser en su estructura interna un acto complejo, colectivo, único, con todas las características que las doctrinas italiana y alemana han perfilado, repito, en su estructura interna. Pero en lo que a imputación se refiere, el acto modificatorio de una sociedad es un acto de la sociedad, y en consecuencia, negocio jurídico unilateral. Por ende, podríamos sacar en conclusión que el artículo 4º, que habla del contrato por el que se constituya o modifique una sociedad deberá otorgarse por instrumento público o privado, tampoco habría manera de aplicarlo. Con lo que quedaría subsistente, magüer la opinión en contra, el 1184, que no habla de los contratos que sean accesorios, sino de los "actos", género que comprende tanto los negocios de especie plurilateral cuanto multilateral.

No se me escapa tampoco que el derecho comercial se aparta - y así lo hace - en muchísimas instituciones del derecho civil. Pero tampoco olvido que la propia exposición de motivos se remite muchas veces a la legislación de fondo, con frases, más o menos obviamente, según el derecho todo.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Tiene la palabra el doctor Pelosi.

DR. PELOSI. - Quiero referirme a dos aspectos vinculados a la exposición hecha por mi distinguido compañero, el doctor Fargosi.

En primer lugar, a la desinteligencia que tenemos acerca del concepto de elevación a escritura pública. El doctor Fargosi maneja una serie de conceptos que no se compadecen con lo que debe ser la elevación a escritura pública.

Por la vía de interpretación que él utiliza, se puede llegar a cualquier conclusión, y entonces se dice que puede haber un acta de asamblea falso, que puede haber falsedad, y una serie de cosas que, sumadas, producen pánico.

Pero, ¿qué ocurre - a este problema se refirió el doctor Carminio Castagno - cuando el escribano tiene que otorgar una escritura de venta de una sociedad anónima, venta que ha sido aprobada ya no por acto del directorio sino por decisión de la asamblea? ¿El escribano tendría que estar presente en la asamblea de la sociedad anónima? No lo está. Comparece el órgano de representación, que es el director. En virtud de la decisión adoptada por el órgano competente para decidir, que es la asamblea, el órgano competente para ejecutar, que es el directorio, otorga la escritura pública. Pero no transcribe el acta. Podrá o no transcribirla; es una cuestión de técnica notarial. Pero no es mediante la transcripción - insisto - de ese documento, de esa acta que se eleva a escritura pública. Se debe hacer escritura pública. Y nosotros, los escribanos, sabemos lo que es hacer escritura pública: es cumplir con todas las formalidades del escribano público, es prestar el consentimiento por las partes intervinientes en el negocio, Y aquí, como bien dijo el doctor Carminio Castagno, tratándose de una cuestión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

unilateral, el director es el que tendrá que efectuar la manifestación pertinente.

Desde luego, el escribano no da fe de la sinceridad de lo declarado en el acta; si ésta es falsa, la responsabilidad es del directorio. Si no, cada vez que está en trance de otorgar un acto jurídico, el escribano tendría que plantearse el fantasma de la falsedad porque no sabe qué puede ocurrir con esa acta si no estuvo presente en el acto asambleario.

Esto por una parte, que ha explicado muy bien el doctor Carminio Castagno.

El otro aspecto que quería señalarle al doctor Fargosi es el que paso a explicar.

En el régimen anterior del Código de Comercio se hablaba de que la constitución de la sociedad se hacía por instrumento público, y se entendió por tal a la escritura pública; y no vamos a la pericia o impericia del legislador.

El doctor Halperín, en su Manual de Sociedades Anónimas, se refiere al régimen del Código de Comercio, y dice claramente - esta vez no lo podrá negar el doctor Fargosi, porque está en el texto que he mencionado - que instrumento público es la escritura pública.

El doctor Halperin se molesta, y cuando escribe el libro de sociedades anónimas me contesta, en una nota, que la ley no habla de escritura pública...

Yo le pregunto: ¿el Código de Comercio no decía qué es instrumento público?

Entonces, ¿cuándo el instrumento público es escritura pública y cuándo no lo es?

Posiblemente el doctor Fargosi diga que nada tiene que ver con el doctor Halperín ... Pero quiero decir que hay confusión de conceptos, y en esta forma no se pueden dilucidar las cosas.

DR. FARGOSI. - No es así. Se está prejuzgando de ignorancia.

DR. PELOSI. - No, confundir no es ignorancia.

DR. FARGOSI. - No confundo al instrumento público con lo que es escritura pública.

DR. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR. - En un artículo, el doctor Fargosi dice que para las modificaciones deben seguirse el mismo sistema que rige para la constitución de la sociedad por acciones. Lo sostiene al referirse al artículo 123 de la ley 19550.

DR. FARGOSI. - Eso es otra cosa. El supuesto del artículo 123 es muy típico, muy especial y muy particular.

DR. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR. - Usted dice que en el caso de las sociedades extranjeras, para las modificaciones de estatutos tiene que seguir el mismo régimen que para la constitución.

DR. FARGOSI. - No estoy diciendo eso, sino que la toma de participación tiene lugar cuando las modificaciones...

DR. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR. - Eso se plantea cuando se produce una modificación de estatuto.

DR. FARGOSI. - No, ingresa en una sociedad prevista en el artículo 123,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que, reitero, es un supuesto específico y particular.

DR. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR. - Usted sostiene que para las modificaciones debe aplicarse el concepto que rige para la constitución; quiere que le lea lo que usted dice.

DR. FARGOSI. - No, no.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Damos la palabra al doctor de las Carreras.

DR. DE LAS CARRERAS. - Me parece que el precalentamiento ha durado mucho tiempo, dado la hora a la que llegamos.

Lamentablemente no vamos a poder agotar el tema, sobre todo cuando estamos llegando, a mi modo de ver, a la parte más importante.

Digo que esta es la parte más importante porque hay que tener bien en claro quién es el que otorga la reforma del estatuto social. Ahí está el quid de la cuestión.

Sostengo - porque la ley lo dice, no porque lo diga yo - que el que otorga la reforma estatutaria es la asamblea. El acto jurídico del otorgamiento está a cargo de la asamblea. Reúne los elementos del acto jurídico: el sujeto que es la sociedad, el objeto que es la causa, y la forma que, como ha señalado bien uno de los expositores, es la manifestación de voluntad, del acto voluntario y se expresa a través de la votación; y esa es la forma del acto jurídico. Forma que, como bien se señaló, es recogida por una cosa que se llama instrumento, porque el instrumento es una cosa que recibe la declaración de la voluntad. Y esa cosa no es ni más ni menos que el acta de la asamblea. La misma ley dice que deberá labrarse el acta de la asamblea con las resoluciones, etcétera, etcétera. Esa es la cosa que recibe el acto jurídico, que sirve también de prueba.

Será un instrumento privado porque lo es, y quien otorga la reforma del estatuto es la asamblea. Si no llegaríamos al casi absurdo de que el único que puede otorgar actos jurídicos sería el representante legal o los apoderados constituidos al efecto. Y esto no es así, porque la asamblea tiene facultades, por ley, para otorgar actos jurídicos, entre ellos, la propia modificación de sus estatutos sociales.

Que sea un acto unilateral, no interesa. Que tuvo base contractual, totalmente de acuerdo. Base contractual que, cuando termina, se inscribe. Base contractual a la que concurren las personas que otorgan ante un oficial público la voluntad de constituir un ente jurídico, una nueva persona de derecho.

Yo no fui el legislador ni nada tuve que ver con este tema, quiero subrayar que para dar veracidad o autenticidad a la declaración de voluntad efectuada ante un oficial público, que podrá ser un escribano, las partes actúan en base contractual, en acto bilateral. Por eso es acto jurídico porque hay coincidencia de voluntades expresadas: reglamento, estatuto, nombre de la sociedad, duración, suscripción de capital, integrantes, etcétera.

Realizados todos los trámites que conocemos, recién adquiere el carácter de persona con su inscripción en el Registro Público de Comercio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Y ahí se produce el hecho, muy bien relatado por algunos especialistas, de que la persona física tiene que actuar; lo hace en el ámbito de las relaciones por intermedio de su representante legal por imperio de su propia regla que es el estatuto. el que es parte del acto constitutivo. Pero con una característica particular de ese ente: que no tiene una voluntad propia sino que debe ser expresada a través de sus órganos. Uno de los órganos específicos podrá ser y es, el representante legal; podrá ser y es algunas veces el directorio, y lo es también la asamblea. ¿Por qué es? Porque así lo ha establecido el ordenamiento. Es una forma de expresar la voluntad dentro del órgano de la asamblea, porque es un acto social; inclusive aquí se lo ha calificado de acto negocial. Esto hay que tenerlo bien en claro.

Entonces, si recibe la declaración, el acto jurídico está otorgado en el acto de la asamblea, y podrá conciliarse con la posición del doctor Pelosi en cuanto a esa especie de reproducción del acto del otorgamiento, como explicó muy bien. El problema de la elevación a escritura pública podrá o no podrá quedar en un instrumento privado.

En cuanto a una observación que hizo el doctor Carminio Castagno, de que al día siguiente de constituida una sociedad la podía modificar totalmente, afirmo que en ese caso tiene que emplear la misma forma porque el acto constitutivo no está terminado porque todavía no hay persona de derecho constituida.

Al modificarse la sociedad al día siguiente - es decir, cuando aún no hay inscripción - corresponde la escritura pública porque todavía se está en el proceso del acto constitutivo, que seguirá hasta la inscripción en el Registro Público de Comercio.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Ya son más de las 21, hora convenida para poner término a esta Mesa Redonda. Pero ante el interés demostrado, podríamos seguir la reunión unos minutos más, si hubiere asentimiento.

- Asentimiento.

DR. ZAMENFELD. - Deseo formular una aclaración.

El doctor Pelosi hizo una referencia al doctor Halperín, y yo deseo señalar que el propio Halperín aclara en su texto de sociedades anónimas, edición de 1972, que si bien el artículo 269 mienta el instrumento público, él se refiere a la escritura pública, porque el 329, en relación a las sociedades anónimas, deja claramente expresado que se trata de escritura.

DR. PELOSI. - Es cuestión de interpretación.

DR. ZAMENFELD. - El artículo 329 no deja ninguna duda, pero es un tema que merece otros comentarios, que no corresponde hacer ahora.

DR. PELOSI. - Si no he interpretado mal, lo que se sostiene en el caso "Cometarsa" es que la modificación puede ser hecha por otro instrumento privado, ya no por escritura pública. Por eso dice el señor fiscal que el certificado notarial es un instrumento público, por lo cual es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un instrumento válido. Y ahí está la falla, porque el certificado notarial no subroga la eficacia de la escritura pública.

DR DE LAS CARRERAS. - El tema es muy apasionante.

Lo que pasó es que se jugó con las palabras "instrumento público".

DR. FARGOSI. - Hay que evitar confusiones que impliquen ignorar la ley y los principios jurídicos.

Las personas jurídicas existen a partir de su inscripción en el Registro. Esto surge del artículo 45 del Código Civil, sobre todo desde la reforma del 68, en que la distinción entre persona jurídica y persona de existencia ideal ya no es más permitida. Por lo menos es lo que sostiene la doctrina civilista, además de lo prescripto en los artículos 4°, 5°, 6° y 7° de la ley 19550.

Pero lo más grave es una interpretación que se insinuó aquí de que la reforma no es de decisión de la asamblea. Esto me alarma y me lleva al desconocimiento total de la ley. Debo admitir que todo lo que ha sostenido la doctrina desde la época inmemorial y todo lo que he aprendido se me ha venido abajo.

De acuerdo con el artículo 235, surge claramente que la reforma de los estatutos es de competencia exclusiva y excluyente de la asamblea extraordinaria. A su vez, que la asamblea es un acto con fuerza vinculante con respecto a terceros, lo marca el artículo 249, y es el instrumento por el cual el socio puede pedir o hacer valer el ejercicio de su derecho.

Además, la acción de nulidad rige a partir de la toma de decisión, conforme lo prescripto por el artículo 251; toma de decisión que tiene tal fuerza vinculante que legitima a quienes no son partes en el acto, como es la autoridad de contralor, que no está en el acto.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 245, el derecho de receso aun para el socio ausente, se computa desde el momento de la toma de decisión.

Pretender que no es la asamblea la que decida o la que no marque el hito de la reforma o el hito de la decisión a partir de la cual transcurren plazos o se generan consecuencias, es una posibilidad que no niego en el sentido de que la ley se reforme. Pero mientras la ley siga vigente y no modifiquemos toda la estructura científica o doctrinaria de las sociedades anónimas o de las sociedades en general, debemos continuar respetándolas.

Y esto es así, a punto tal que el propio artículo 73 dice cómo se concretan las decisiones de los órganos; y las decisiones de los órganos se concretan a través del acta.

Por eso sería muy interesante, antes de seguir con el tema - porque acá a veces queremos descubrir la cuadratura del círculo -, tomar toda la doctrina italiana, porque los textos son muy similares desde el Código de Comercio hasta ahora, sobre la esencialidad o no del acta, sobre la naturaleza jurídica del acta, e incluso sobre los aspectos notariales que los italianos tienen bien estudiados, de la concurrencia de los escribanos a las asambleas. Sobre todo porque el Código Civil italiano del '42 exige

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la presencia del escribano en ciertos tipos de asambleas... Inclusive en Italia se ha llegado a sostener por algún sector muy importante de la doctrina - recuerdo el caso concreto de Favara - que la intervención notarial en el acta de la asamblea tiene una característica notarial muy particular, que no es igual a la actividad notarial tradicional.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Tiene la palabra el doctor Zamenfeld.

DR. ZAMENFELD. - A lo dicho por el doctor Fargosi habría que agregar algo respecto de la validez o no de la asamblea, y tal vez de las actas, tema que se ha debatido arduamente, acerca del cual Halperín se pronunció por la invalidez.

Este no es un resumen ni pretende serlo, sino una justificación de mi participación en esta mesa.

Advierto, con satisfacción personal, que un par de temas que se agitaron allá por los años 1972 y 1973 hoy no han aflorado en el debate si bien aparecen en la exposición de motivos. Uno de ellos es el tema de la seguridad jurídica.

Los autores que entre 1972 y 1973 defendieron el tema de la seguridad jurídica - estoy refiriéndome a los que se expidieron en forma mayoritaria, incluyendo sobre todo al doctor Zavala Rodríguez como fundamento o base de la escritura pública, hoy ya constituyen una franca minoría, porque no es el tema de la seguridad jurídica el que apuntala la escritura pública en las modificaciones. Esto está claro y creo que lo ha destacado el doctor Carminio Castagno: el dictamen del fiscal Di Iorio resume básicamente lo opinable al respecto.

El tema de la seguridad jurídica, que apuntala la exposición de motivos, inclusive el artículo 269, nada tiene que ver con lo que debatimos porque se refieren a la constitución y no a la reforma de las sociedades. Lo digo con satisfacción porque cuando tuve ocasión de pronunciarme sobre la materia, éste fue el argumento que escuché con mayor insistencia y que obviamente estaba apoyado en la ley, pero pensando en la constitución y no en las modificaciones.

El otro tema que también se mencionó es el de la trascendencia socioeconómica en ocasión del acto de reforma con relación al acto constitutivo. Yo me pregunté a mí mismo en alguna oportunidad: ¿la trascendencia socioeconómica del acto constitutivo y aun del acto societario, está dado por el tipo, por el objeto, por el monto del capital?

En este caso habría que plantear una reforma integral, incluyendo a las sociedades de responsabilidad limitada hasta cierto monto y a todo tipo de sociedades atendiendo al objeto que vayan a desarrollar.

¿Esto es de la esencia de lo mercantil? ¿Esto es lo que pretendemos para las sociedades?

Esto es un poco más finalista y quisiera dejarlo como interrogante.

Creo, sí, que hay actos jurídicos societarios que requieren la participación del notario, que es a lo que apuntaba recién el doctor Fargosi con un claro ejemplo, y en algún tipo de asamblea extraordinaria, lo señalaba bien al decir que en el Código italiano se exige la presencia del notario como elemento fundamental. Pero no creo que agregue nada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la actividad societaria la presencia del notario, aun coincidiendo con el doctor Pelosi de que haya escritura pública y pretendemos clasificarla como escritura de elevación.

Pero sustraería de este marco a nuestra escritura modificatoria porque, como dice el fallo, nuestra ley es un todo armónico que dentro de sus propias sustantivaciones normativas nos da las condiciones, por lo que no resulta difícil optar.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Tiene la palabra el doctor Falbo.

DR. FALBO. - Quiero hacer una referencia al acta de la asamblea. Obviamente, ella es la que resuelve la modificación y la que adopta la decisión, conforme lo dice el artículo 249. En ese aspecto no puede haber ninguna duda.

Pero una cosa es la decisión dentro del órgano societario y otra la exteriorización de esta decisión en la forma que debe inscribirse en el Registro Público de Comercio.

En este punto advierto una distinción, una separación. La decisión la toma la asamblea, bien sea por unanimidad o por mayoría, según las circunstancias. Pero una vez adoptada esta decisión, no tiene estado público, no es oponible a terceros, no tiene ninguna categoría de la naturaleza que llegue a ser inscribible como acta en sí misma, porque es un instrumento privado que está perfectamente reconocido hasta que no adquiere el carácter de instrumento público.

¿De alguna manera se puede garantizar frente a terceros que el contenido de esa acta sea realmente hecho por una asamblea? Porque no se nos escapa a muchos de nosotros, que conocemos las historias íntimas de algunas sociedades, que hay actas que primero se hacen y después se tratan, o que contienen la voluntad de un grupo y no la voluntad de toda la asamblea ni de todos los accionistas.

Para dar seguridad jurídica al contenido de esa acta y que adquiera la publicidad que le da la inscripción en el Registro, alguien debe responsabilizarse de alguna forma auténtica de la declaración del contenido de esa acta. Y ese alguien tiene que ser el representante de la sociedad, el presidente del directorio, porque es el órgano que exterioriza la voluntad de decisión de la asamblea.

De ahí que una cosa es el acto de la asamblea, y la decisión que otorga la asamblea como acto interno de la sociedad, pero no como acto documental para su inscripción en el Registro. Para mí es un asunto completamente distinto, y cité una serie de circunstancias que resultan de la misma ley de sociedades.

Para mí es fundamental el aspecto de la inscripción de todo eso en el Registro. En este sentido, señalo que se habla de Registro constitutivo, y yo tengo un reparo total respecto de lo que es constitutivo. De ser constitutivo, sería constitutivo relativo, pero no constitutivo absoluto. Un Registro es constitutivo absoluto cuando la declaración de voluntad se expresa en el Registro, pero aquí no hay tal cosa, por lo que es constitutivo relativo.

¿Por qué se llama constitutivo? Porque el acto que se inscribe viene

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dado, hecho, configurado cuando llega al Registro. Y el Registro le presta su aprobación, que es a medias, porque si se plantea la nulidad, ésta procede. Es decir, esta constitutividad no le da un bill de indemnidad al contrato ni a los demás actos que se anotan o inscriben.

La inscripción del contrato de la sociedad lleva una serie de actos y procedimientos que deben cumplirse. Muchos de ellos, para beneficio de personas que se dedican a realizar gestiones y que merced a esto - lo mismo pasa en el Registro de Automotores y otros - se complican un poco los trámites, y obtienen algunas ganancias marginales muchas veces mayores que los honorarios que perciben los profesionales que actúan en esos casos.

La inscripción del contrato de modificaciones en el Registro da regularidad y publicidad a la sociedad. A partir de la inscripción, la sociedad adquiere un carácter que antes no tenía, al asignarle regularidad a todos los actos que realiza.

Para todo esto - y esto es lo que quería significar cuando se hablaba de la forma - se crea en el sistema registral un cuasi sistema notarial paralelo. Porque lo que se lleva a inscribir al Registro es el documento original que queda en el Registro, convirtiéndose en una especie de protocolo, un cuasi protocolo notarial, y de ahí se expide una copia, que lleva la firma del secretario del juzgado, con la plancha, con el sello que denota la inscripción. Si hubiera una divergencia entre el texto de un documento y otro, no queda aclarado de ninguna manera cuál es el que prevalece.

Este Registro, desde el punto de vista técnico - registral, es un volver al Registro francés de 1855, con la transcripción del acta. Porque la ley habla de que se practica la inscripción, lo que se hace en el acta, pero como se guarda el contrato, en vez de inscribirlo se lo transcribe, aunque la inscripción no es un acto material sino de conservación.

El Registro da esencialidad a la fecha del acto, porque desconoce la fecha anterior, circunstancia que puede tener algún conflicto cuando el acto está aprobado en instrumento público o en escritura pública que, de acuerdo con la ley, tiene su fecha cierta. Pero aquí hay dos fechas ciertas: la del documento del contrato y la de la exteriorización de la sociedad desde el momento de la inscripción.

La circunstancia de que este tipo de Registro crea un organismo estatal, tiene la virtualidad de dar a los actos particulares cierto carácter especial y público por intervención del Estado.

Cuando se llega a este tipo de formulismos, retrocedemos dos mil años, porque estamos haciendo más o menos lo mismo que pasaba en el derecho romano cuando el negocio jurídico tenía que revestir de una forma solemne que reconocía el Estado, con independencia de los particulares. Aquí en parte ocurre lo mismo. Durante el famoso período de creación de la sociedad, la voluntad de los particulares, de los socios, no tiene eficacia ni relevancia jurídica como acto societario, y recién la adquiere en adelante cuando la sociedad está inscripta por obra y gracia de la autoridad que administra la función.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En conclusión, en materia del acta de la sociedad, insisto en que una cosa es la declaración de la sociedad perfectamente válida, y otra, la exteriorización de esa declaración en cuanto al acto formal a inscribirse. Y otra es la consecuencia que resulta de la inscripción de esos actos en el Registro Público que, repito, no es constitutivo absoluto, sino constitutivo relativo porque de ninguna manera recoge la declaración de la voluntad, como puede hacer el Registro constitutivo del sistema alemán.

DR. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR. - Agradezco al doctor Zamenfeld su referencia a la seguridad jurídica - de la que poco se habla, si alguna vez se habla -, que implica un reconocimiento a una forma de proceder.

En el momento actual no sostenemos que el escribano tiene que intervenir o no en la forma de la sociedad; sostenemos que está en la ley, y la ley debe cumplirse. No estamos defendiendo una posición en cuanto a que por seguridad jurídica el escribano debe intervenir en la sociedad. Nosotros decimos que está en la ley, y la ley hay que cumplirla.

El problema es otro. Hace poco, en una conferencia se dijo que los aranceles notariales son elevados, y se cuestionó si debía estar o no, la constitución y reformas de sociedades por acciones por escritura pública. No discutimos si deben constituirse o no. Afirmamos que tienen ahora que hacerse así porque lo exige la ley, y la ley tiene validez.

Hay un grupo que discute si la ley dice o no dice tal cosa o si la Cámara dice que la ley dice otra cosa.

Sostenemos que si no conviene la intervención notarial, que se pida la reforma de la ley. Si se considera que los honorarios son altos, que se pida la reforma de la ley de aranceles, pero no que se pretenda que la ley diga lo que no dice.

SR. COORDINADOR (Sandler). - Tiene la palabra el doctor Carminio Castagno.

DR. CARMINIO CASTAGNO. - En primer lugar me ratifico en punto a que la personalidad de la sociedad comercial se da con el acuerdo constitutivo, con ciertos requisitos. Y parecieran darme la razón, o sea en el nacimiento del sujeto - regularidad o irregularidad del mismo aparte -, los artículos 21 a 26 de la ley de sociedades, que hablan precisamente de la sociedad no constituida regularmente, pero no la sociedad no constituida regularmente como un intento fallido de crear un sujeto de derecho, sino como un nuevo sujeto de derecho, que tiene la diferencia de la regular, al menos de la irregular propiamente dicha, en que es inoponible el organicismo interno; el plazo es tácito porque cualquier socio puede pedir la disolución del ente societario, e inclusive se inscribe.

Creo que eso debe quedar claro, si bien un importante sector de la doctrina comercialista no lo entiende así.

En segundo término, la argumentación del fiscal Di Iorio lleva a esta conclusión: vista la igual entidad probatoria de ambos instrumentos públicos, se puede optar por cualquiera; total - no lo dice - ninguna

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

prueba nada; prueba nada más que hubo un acta de asamblea.

La Cámara, luego de seguir bastante a la letra la argumentación del fiscal Di Iorio - me estoy refiriendo al caso "Cometarsa" -, concluye sorprendentemente en lo siguiente: dado la similitud en cuanto a fuerza probatoria entre ambos instrumentos públicos - la escritura de incorporación y la autenticación de la copia del acta de la asamblea - los socios pueden hacer uso de la opción del artículo 4°.

Pareciera una conclusión no muy derivada, pero es una conclusión derivada de lo que antes se dijo.

Yo pregunto: si llego a demostrar que entre ambos instrumentos, entre la copia autenticada del acta de la asamblea y una escritura pública, como insinúa el Fiscal de Cámara, que tenga un contenido negocial, o sea una escritura pública como Dios y el derecho mandan, no hay la misma entidad probatoria porque ésta probaría el acto de ejecución de la decisión adoptada, ¿la Sala cambiaría de opinión? Estoy cierto de que es muy difícil de que así ocurra.

En consecuencia la cosa, para decirlo no en el sentido técnico - jurídico del Código Civil sino empleando la expresión del doctor de las Carreras, es que el acto asambleario otorga, no me cabe duda, un acto de decisión que se imputa al ente colectivo. Esto no lo niego ni lo he negado; que quede bien en claro. Es un acto jurídico que encuadra en el artículo 944 y en todas las normas que hacen a los actos jurídicos.

De lo que se trata es de saber si ese acto decisorio tiene operatividad y ejecutoriedad automática. Y es allí donde se plantea la diferencia. Se ha dicho que sí, y yo reitero que, en mi concepto, no es así. Porque el acta, que es un instrumento privado - yo lo he señalado en un trabajo que no apareció publicado en ninguna parte, pero que existe - no tiene fecha cierta. En ese trabajo yo me pronuncio terminantemente por que el acta notarial de la asamblea es un instrumento público que hace fe hasta la acción civil o criminal de falsedad (artículo 933) y no subroga al acta de la asamblea. Sin acta de la asamblea en el libro, no hay acto asambleario por más que haya acta notarial.

Quede en claro que no defiendo ningún tipo de intervención notarial. Ese acto privado, ese instrumento privado, que contiene el acto societario - el acto notarial es una comprobación de hechos y de sujetos perfectamente individualizados que están en un recinto y que deciden tal cosa, pero en mi concepto no contendría el acto societario propiamente dicho -, ese acto privado, en el libro respectivo contiene el acto de decisión.

Dijo muy bien el doctor Fargosi: se trata de la competencia decisoria de cada órgano. No he discutido, ni lo voy a hacer, que a la asamblea compete decidir la modificación del estatuto, del mismo modo que a la asamblea compete, al menos en general, decidir la venta del activo físico, de los inmuebles, etcétera. Pero de allí a decir que la modificación del estatuto, no obstante que los plazos para impugnar se cuentan desde que se decidió no desde que se ejecutó, lleva a cuando decido, modifico, y cuando decido, vendo, que sería tanto como pensar que cuando dos sujetos físicos y no jurídicos, van a una escribanía a otorgar una escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de compraventa y exhiben instrumentos privados de oferta y aceptación, debería darse por concluido el negocio y elevarlo a escritura pública.

Aquí no se advierte qué sentido tiene - y doy la razón al Fiscal de Cámara - la escritura pública, porque lo único que hace es reproducir literalmente un acta de la asamblea que ya está. Confío en que el fiscal Di Iorio pueda advertir la diferencia que estriba entre esa escritura de incorporación y la que contiene el acto societario no de decisión sino de ejecución de la decisión adoptada.

Ese ha sido mi criterio, y no me parece una herejía jurídica.

Lo mismo ocurre con la escritura de apoderamiento. No cabe duda que el mandante, que otorga un poder a fulano de tal para que tal día venda a tal precio a mengano la casa que "ha" en tal lugar, como decían las Partidas, se ha decidido no sólo en su fuero interno, sino diciéndose: he decidido vender esto y otorgar un mandato. Hay un instrumento público donde consta su decisión. Pero el mandatario no tiene que ir con la copia y decir: quiero llevar esto a escritura pública, sino: vendo, en nombre de fulano de tal. Y ese acto se imputa al vendedor, o sea. al mandante.

Creo que el quid de la cuestión radica en eso. Quizá nos pongamos de acuerdo el día en que la ley diga simplemente: las sociedades comerciales podrán constituirse y modificarse en la forma que se quiera.

SR. COORDINADOR (Sandler). - El Ateneo de la Comisión de Asuntos Americanos por mi intermedio, quiere hacer público reconocimiento al Colegio de Escribanos de la Capital Federal, a los asistentes a esta reunión y a los insignes colaboradores que nos han acompañado esta noche, por este esfuerzo de salir o trascender en las posibilidades de esclarecer este problema que afecta la reforma de los estatutos de las sociedades por acciones.

Agradecemos fervientemente la posibilidad brindada de acceder al medio público en pro del esclarecimiento de los problemas que afectan directa o indirectamente a la función notarial.

A todos, muchas gracias.

Con lo que terminó el acto siendo los 21.50.