

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA ESCRITURA PÚBLICA ES REQUISITO INDISPENSABLE, EN TODOS LOS CASOS, PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

Por el INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL(*) (696)

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. Justificación del tema. 2. Metodología. PRIMERA PARTE. 3. Prenociones. 4. Antecedentes del cambio de criterio. 5. Alcance del precepto legal. 6. Esquemática valoración de la escritura pública. SEGUNDA PARTE. 7. Los instrumentos públicos a la luz del artículo 993 del Código Civil. 8. Condiciones de los instrumentos públicos stricto sensu. 9. El inciso 2° del art. 979. 10. Clasificación de los instrumentos públicos. A) Por la protección penal. B) Por su origen. C) Instrumentos públicos stricto sensu. 11. Corolario. 12. El inciso 4° del art. 979. 13. Los "expedientes" administrativos o judiciales. 14. Valor del instrumento público stricto sensu. 15. Análisis de algunas hipótesis. 16. Decisiones jurisprudenciales. 17. La opinión de un administrativista. 18. Recapitulación. TERCERA PARTE. 19. Exposición de Motivos. 20. "Contrato constitutivo" (o "modificatorio"). 21. El artículo 28. 22. El

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículo 79 de la ley 19551.

INTRODUCCIÓN

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La ley 19550 de sociedades comerciales, en materia de forma de las sociedades por acciones, impone el REQUISITO del instrumento público (artículos 4°, 165 y 316).

La falta de rigor dogmático con que se maneja el concepto de instrumento público ha provocado y provoca confusiones y errores que procede poner de manifiesto.

Tales equívocos y desconciertos tienen diferentes matices y obedecen a distintas causas.

Como principio se admite, incluso por los propios redactores del proyecto convertido en ley -pero con resistencia en algunos círculos-, que el instrumento público a que se refiere el artículo 165 no puede ser otro que la escritura pública, atendiendo a la correlación que existe entre los artículos 4°, 165 y 167 y otros que construyen la unidad del sistema, toda vez que el instrumento público comprensivo del contrato de constitución debe llegar ya formado a la autoridad de contralor, amén del significado de la expresión "por acto único".

Esta aceptación postula, empero, dos excepciones, que estarían constituidas por los supuestos del artículo 28 de la ley 19550 y el artículo 79 de la ley 19551.

La falta de consistencia en el proceso interpretativo adquiere mayor entidad en quienes sostienen la posibilidad de que las actuaciones administrativas producidas para obtener la conformación de que trata el art. 167 de la ley, sustitutivo del anterior régimen de autorización para el funcionamiento de la sociedad, configuran el instrumento público requerido por la ley.

Contribuyen a ese desorden conceptual, entre otras, las siguientes razones:

a) Las forzadas conclusiones sentadas por algunos comercialistas como Garo (Sociedades comerciales, t. 1, vol. 1, pág. 213, y Sociedades anónimas, t. 1, pág. 309).

b) Los comentarios de la Exposición de Motivos de la ley, en los cuales se afirma que los trámites administrativos y judiciales, de necesario cumplimiento para que la sociedad quede legítimamente constituida, encuadran en la categoría de instrumentos públicos (art. 979 del Código Civil). A este respecto es necesario advertir: 1) Que esas ideas corresponden al primitivo Anteproyecto, que mantenía para las sociedades anónimas y en comandita por acciones la opción del instrumento público o privado contemplada en las disposiciones generales, y no se tuvo el cuidado de suprimirlas o modificarlas en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

función de la reforma que introdujo el Poder Ejecutivo Nacional al sancionar la ley. 2) Que aun ubicada en el cuadro de aquel Anteproyecto, la tesis merece serios reparos, como se verá más adelante.

c) Los peligros que entraña -so capa de acordar facilidades- la resolución N° 46 dictada por la Inspección General de Personas Jurídicas de la Capital, el 28 de junio de 1972, en mérito de la cual se puede presentar el contrato constitutivo redactado en instrumento privado, condicionando su validez definitiva a la posterior instrumentación, inscripción y publicación conforme a la ley.

Este novedoso procedimiento, que sugestivamente sólo se aplica a las sociedades constituidas con arreglo al estatuto tipo, puede erigirse en fuente de ulteriores desviaciones del régimen legal, al instaurar un precedente que lo distorsiona.

d) La ligereza con que actúan, en algunos puntos del país, los funcionarios encargados del contralor e inscripción, ya que, en orden a lo dispuesto por la primera parte del artículo 369 de la ley 19550 se han constituido sociedades por acciones ajustadas a las disposiciones del nuevo ordenamiento. Curiosamente, se han conformado y registrado sociedades de ese tipo constituidas en instrumento privado, a los que se pretende asignarles calidad de público por una suerte de transformación que no se compadece con los principios de nuestra organización jurídica.

2. METODOLOGÍA

a) El presente estudio se circunscribirá al REQUISITO de la escritura pública para la constitución de las sociedades por acciones, que no admite exclusiones de ningún género. Por lo tanto, no se extenderá al análisis de la forma exigida para las modificaciones, aunque en gran medida son aplicables las mismas ideas que dominan el tratamiento del tema específico que se aborda.

b) En una primera parte se dilucidará lo atinente al aserto, antes formulado, de que el instrumento público que mienta la ley no es ni puede ser otro que la escritura pública, en las hipótesis expresadas. c) La segunda parte está destinada a demostrar que no hay instrumentos públicos judiciales ni administrativos susceptibles de suplir, en la especie, a la escritura pública; y a exponer los fundamentos que avalan ese criterio.

c) En la tercera y última parte se hará el análisis de los casos concretos contemplados en la ley 19550, respecto de los cuales se sostiene que el instrumento público no debe ser necesariamente la escritura pública, con el objeto de probar el error de esta postura.

PRIMERA PARTE

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. PRENOCIONES

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

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

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

4. ANTECEDENTES DEL CAMBIO DE CRITERIO

No puede dejar de mencionarse el hecho de que la eliminación de la constitución privada de las sociedades accionarias no fue casual sino el resultado de largas instancias del notariado y de otros sectores también interesados en que dichas sociedades mantuvieran en su documento constitutivo los elementos de seguridad jurídica que da la escritura pública y de que carece el instrumento privado.

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

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

Es necesario asignar, además, debida importancia, al hecho de que en el proceso de constitución o modificación de la sociedad anónima aparezcan dos instrumentos públicos (actos públicos de aprobación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrativa del acuerdo e inscripción judicial del mismo) o tres (intervención notarial, aprobación e inscripción) y advertir, asimismo, que los documentos e instrumentos públicos representan los actos de su autor (aunque algunos, como los instrumentos notariales representan además los actos de sus otorgantes o requirentes); y que esos actos, que son también públicos y por consiguiente auténticos (en cuanto celebrados por funcionarios que invisten dicho carácter), no deben confundirse con el documento o instrumento que los representa (el primero se traduce en comportamiento humano y el segundo es sólo objeto).

5. ALCANCE DEL PRECEPTO LEGAL

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

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

Si el dispositivo legal derogado (art. 289 del Código de Comercio) daba la misma solución que el nuevo texto (el art. 165) puede afirmarse sin temor a errores que el sistema fundacional de las sociedades comerciales continúa sin modificación y consiste en permitir la constitución de las sociedades en general por instrumento público o privado, con excepción de las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones que necesariamente deben ser formadas por instrumento público.

Resulta aplicable al régimen de la ley 19550 la tesis mayoritaria de la doctrina nacional expuesta en torno al sistema del Código de Comercio, en el sentido de que las sociedades anónimas requerían indispensablemente la escritura pública para cumplir el recaudo de instrumento público exigido por el art. 289 (Ver Halperín, Isaac, Manual de sociedades anónimas, 1965, pág. 29. Zavala Rodríguez, C. J. Código de Comercio comentado, t. I, pág. 309. Malagarriga, C., Derecho comercial, I, pág. 427. Obarrio, M., Derecho comercial, I, pág. 283).

Merece señalarse muy especialmente la opinión del doctor Mario A. Rivarola, en su trabajo "La escritura pública en los actos constitutivos de la sociedad anónima". (Revista del Notariado, 1944, pág. 191).

Explica este autor que debe distinguirse con suficiente claridad, lo que a veces no se hace, entre los elementos esenciales para la constitución de una sociedad anónima y los actos constitutivos de la misma, distinción que permite observar que sin escritura pública pueden existir los elementos necesarios para constituir la sociedad anónima, pero sin dicha escritura, "aunque se encuentren reunidos todos los elementos, no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

podrá considerarse constituida la sociedad, lo cual da específicamente a aquélla el carácter de requisito formal y no de elemento sustancial".

Recuerda este tratadista que no fue sin larga discusión que se llegó a establecer que la escritura pública es uno de los actos constitutivos de la sociedad anónima, discusión que surgió a raíz de la sanción del Código de Comercio de 1889, en el que luego de transcribirse en el art. 289 el texto del antiguo art. 393, se le agregó como tercer apartado que "las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones deben constituirse por instrumento público".

Parece oportuno este recuerdo de antecedente para terminar con las dudas sobre la materia.

También en el examen de la doctrina relativa al anterior artículo 289 cabe tener en cuenta las largas discusiones sobre las características que debía tener la escritura pública de constitución de las sociedades anónimas y si era constitutiva o de mera protocolización (Ver Mustápic, José Ma., Tratado de derecho notarial, t. III, pág. 359 y sigts.). Si el instrumento público del artículo 289 estuviera legalmente dado por las actuaciones administrativas de concesión de la personalidad jurídica, no habría valido la pena discutir sobre la escritura pública desde que ella sería un elemento redundante, que como tal, aunque deficientemente otorgado, no invalidaría la constitución societaria.

Como argumento colateral corresponde agregar que la expresión "instrumento público" está usada en otros artículos de la misma ley 19550, como ser el 168 sobre el programa de fundación que será redactado... "por instrumento público o privado", o el art. 339, sobre forma y contenido del contrato de fideicomiso, donde se dispone que "El contrato que se otorgará por instrumento público...". Estas dos normas del mismo cuerpo legal permiten afirmar enfáticamente que el legislador ha empleado la expresión "instrumento público" para señalar a la escritura pública. De lo contrario sería interesante saber cómo se puede redactar un programa de fundación o un contrato de fideicomiso por un instrumento público que no sea una escritura pública.

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

Constituye asimismo argumento coadyuvante la Exposición de Motivos, pues en el Capítulo II, Sección V, De la sociedad anónima. Generalidades, Apartado II, punto 2, con texto que responde al primitivo anteproyecto (como ya se ha dicho en la Introducción, punto 2 b) se expresa que en el acto constitutivo la escritura publica deja de ser una exigencia legal, y que la constitución por instrumento privado tiene la ventaja de disminuir los costos de constitución cuando los fundadores resuelven prescindir del notario dada la opción otorgada por la ley.

Si algo faltare para persuadir que en el lenguaje de la ley 19550 existe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

equivalencia conceptual entre instrumento público y escritura pública, ello podría estar dado por la resolución N° 48 de la Inspección General de Personas Jurídicas, de 6 de julio de 1972, donde se establecen las normas a que deben ajustarse los contratos constitutivos de sociedades anónimas que se presenten para su aprobación. Dispone esa resolución que "el contrato constitutivo... podrá ser presentado... en instrumento privado". Luego agrega -y esto es lo que deseamos resaltar-, que: "si se presentare el contrato constitutivo en instrumento público...". Es visible que el instrumento público aludido por dicha resolución, fáctica e inexorablemente, es la escritura pública.

En resumen, puede afirmarse que el instrumento público requerido por el artículo 165 de la ley 19550 no es otro que la escritura pública.

6. ESQUEMÁTICA VALORACIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA

La ley suele conceder libertad en la elección de la forma, pero asimismo impone a los particulares, a veces, la carga de exteriorizar sus actos en forma determinada.

La forma taxativamente impuesta a ciertos negocios, que el derecho pondera, se funda en razones de política legislativa destinadas a tutelarlos especialmente, ya en razón de la trascendencia socioeconómica de la causa, ya como consecuencia del valor patrimonial de los intereses regulados, etc.

Entre esas formas se encuentra la que requiere la intervención del notario, a quien en tales casos compete, entre otras cosas y como culminación de su labor, narrar y documentar el negocio de que se trate para dotarlo de seguridad y certeza. Es que si un medio notarial de alcanzar la seguridad consiste en la conservación y el resguardo de los documentos matrices, es sabido que a la certeza extrajudicial se llega a través de la fe pública depositada por el Estado en manos de los notarios.

Suele ocurrir, en efecto, que para eliminar la incertidumbre, el derecho se valga de la apreciación normativa del legislador antes que de la apreciación discrecional del juez, sustituyendo la convicción de aquél a la de éste. Las pruebas de este tipo se conocen, precisamente, con el nombre de pruebas "legales". Este es el caso del acto público notarial, ya que si la convicción del juez madura exclusivamente en el proceso, la convicción del legislador (confiada en este caso al notario) se presenta, además, antes y fuera de él. Más aún, lo singular de su función es justamente crear la certeza en las relaciones privadas de derecho material antes del proceso e independientemente de que éste surja, bien sea para reducir sus probabilidades, bien para eliminar en todo o en parte la necesidad de la fase procesal de cognición, o bien, sobre todo para garantizar al orden jurídico una base extraprocesal de estabilidad y equilibrio (Furno, Carlos, Teoría de la prueba legal, págs. 17 y sgts.).

Si a continuación meditamos en la sustancia del acto público del notario (narración coetánea de lo sensorialmente percibido) y en la fugacidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

histórica del objeto principal a que sirve (comportamiento humano jurídicamente relevante); y atendemos, por fin, a su función social y típica reconocida por el derecho (causa), que no es otra que la de dotar de seguridad y certeza a comportamientos que se estimen particularmente trascendentes, no hará falta más para advertir las diferencias que median entre este acto y por ejemplo, los actos públicos administrativos, registrales o judiciales.

Es así como a nadie se le ocurre sostener que la donación de un inmueble y la letra de cambio son una misma cosa en razón de la naturaleza negocial que tienen en común; tampoco es posible estimar que los actos públicos, por el hecho de ser públicos, se equivalen entre sí. Porque, justamente, el acto administrativo del funcionario que aprueba la sociedad anónima es tan público como el acto del notario; y públicos son también, obviamente, los instrumentos que representan a uno y otro; pero eso es lo único en que se asemejan. Una cosa es la narración coetánea del negocio sensorialmente percibido, para dotarlo de plena fe, y otra el juicio crítico destinado a valorar un negocio ya celebrado.

El funcionario estatal no percibe nada, porque ante él nada se celebra; su labor consiste, por el contrario, en emitir un juicio de valor. De allí que lo único auténtico sea su propio acto (decreto o resolución), en cuanto público; y de allí también que esa autenticidad no se extienda sobre el negocio que aprueba, en tanto el negocio a él no le consta.

Se pone de manifiesto por tanto, y resulta prudente comprenderlo, que el hecho de que el acuerdo societario formalizado en documento privado forme parte del expediente administrativo, no significa elevar el documento privado a la categoría de público. El documento sigue tan privado como antes; y sólo mejora en cuanto a la fecha, que pasa a ser cierta (art. 1035 del Cód. Civil). Tampoco se transformará en público el documento privado en que la anónima conste por su inscripción en el Registro de Comercio, porque el caso es similar al anterior. Y tampoco se operará la transformación por el hecho de la "ratificación" ante el juez prevista en el artículo 5° de la ley, ya que el reconocimiento del documento privado no basta para ello, como se explicará más adelante.

La ratio juris de las normas que imponen la forma expresa del instrumento público a ciertos negocios se inspira, en efecto, en la necesidad de dotarlos de seguridad y certidumbre histórica. Y si el derecho argentino reconoce varios tipos de actos públicos mediante los que se produce la cooperación de la autoridad en la contratación, hay uno sólo específicamente destinado a verter sobre los negocios de los particulares la plena fe necesaria para alcanzar a aquéllos: el acto del notario. A ello se debe, por fin, que carezcan de importancia las viejas cuestiones "literalistas" sobre si la ley se refiere al instrumento o la escritura (en nuestro derecho el único instrumento público en condiciones de satisfacer las exigencias de seguridad y certeza en que se inspiran las normas que le imponen el carácter de forma es la escritura pública).

SEGUNDA PARTE

7. LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS A LA LUZ DEL ARTÍCULO 993 DEL CÓDIGO CIVIL

No obstante la enumeración contenida en el art. 979 del Cód. Civil no cabe duda alguna que -en función de lo preceptuado por el art. 993 y concordantes del mismo Código- sólo los incisos 1°, 2°, 4° y 10 componen el grupo de los instrumentos públicos stricto sensu, de máximo valor según se demostrará.

8. CONDICIONES DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS STRICTO SENSU

No se perfila nítidamente en la doctrina la distinción entre requisitos esenciales (aquellos que hacen que un "algo" sea precisamente eso y no otra cosa) de los accidentales (que inciden en el "modo" de ser y no en el "ser" mismo). (Entre éstos, los que hacen a la validez).

Si se aprehende el "instrumento público" en su real naturaleza ("Forma del acto fedante"), fácil es concluir en que los siguientes son sus requisitos de esencia:

a) Autoría: oficial público (sujeto titular de un órgano que tiene atribuida la fideidatio).

b) Contenido: "fedacional" (puesto que es esencial que se dé fe).

c) Forma: escrita (constitutiva).

Requisitos de "validez", serían:

a) Idoneidad del objeto.

b) Competencia del órgano.

c) Legitimación de órgano y agente.

d) Habilidad del agente.

e) Causa lícita.

f) Observancia de las formalidades (no esenciales).

De lo antes expresado, se deduce lo incompleto y hasta asistemático de las elaboraciones de la doctrina tradicional.

9. EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 979

Crear que todo funcionario público -obrando dentro de los límites de la competencia asignada al órgano respectivo- puede producir instrumentos públicos de la especie que se analiza, sólo es posible olvidando que además (o antes aun) tal funcionario debe estar investido de la potestad de dar fe (Freitas, art. 688 del Esboço).

Tal atribución estatal constituye una función pública (Zanobini; Bielsa, en contra: Derecho administrativo, II, pág. 80) de naturaleza específica. Por ende, no se explica que mientras ningún funcionario pueda juzgar o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legiferar sin tener atribuida la pertinente función (Jurisdiccional o legiferante) se sostenga que todo funcionario produce instrumentos públicos (Spota).

El equívoco alcanza su punto más alto en supuestos en que -mediante interpretaciones antojadizas- se pretende concluir en que los instrumentos privados se transforman en públicos por incorporarse por ejemplo, a un expediente judicial o administrativo.

10. CLASIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS

La coexistencia de normas del Código Civil con otras de naturaleza penal, procesal o administrativa que aprehenden el instrumento público desde diverso punto de vista, ha complicado el panorama que se ofrece al intérprete. Ello impone una clasificación que consulte adecuadamente esa distinta naturaleza:

- A) Por la protección penal.
- B) Por el origen.
- C) Por su valor.

A) Por la protección penal

El título XII del Código Penal no contiene en todos los capítulos normas destinadas a tipificar los "delitos contra la fe pública", sino -en algunos casos- contra la "fe del público".

Entrando en materia, se comprende que -a los efectos que persigue el ordenamiento punitivo- la propia ley equipare a instrumentos públicos algunos que no lo son (art. 297 del Cód. Penal) y que la doctrina y jurisprudencia amplíen tales supuestos (el escrito de un abogado agregado a un expediente judicial, en caso de "supresión o destrucción".)

Pero -conviene advertirlo ya- tal "extensión" sólo es legítima en la especie que se analiza, y -como habrá de verse más adelante-pretender aplicarla en las otras dos es intento fallido desde el punto de vista lógico-jurídico.

B) Por su origen

Esta segunda especie -de mayor importancia- goza, amén de la protección penal ya señalada, de otras notas distintivas respecto del instrumento privado, y está integrada por los documentos oficiales.

Tales características son: a) Autenticidad del documento (no de los hechos narrados. "Autoría cierta").

b) Presunción de realidad de los hechos narrados. (Destruible por simple prueba en contrario).

Podría concluirse que su valor es el de la "fuerza probatoria preventiva".

Cabrían aquí todos los documentos emanados de funcionarios públicos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no investidos de la fideidatio.

C) Instrumentos públicos "stricto sensu"

(Con el valor señalado por el art. 993 y conchs. del Cód. Civil) (amén de gozar de la protección penal ya señalada).

Son los emanados de "oficiales públicos", o sea "funcionarios públicos" investidos de esa especial potestad fedante.

Queda en claro, así, que la única interpretación razonable del inc. 29 del art. 979 es la que lo considera referido a tales "funcionarios" en su actuación "extraprotocolar" (excepto las "copias", incluidas en el inc. 1°), en consecuencia con la fuente del precepto (Freitas), la propia redacción ("cualquier otro instrumento"), y lo que se infiere lógicamente de ambos incisos (de otra forma, en uno sólo podría decirse: "Todos los instrumentos que produjeran los escribanos o funcionarios públicos.")

11. COROLARIO

No hay instrumento público -stricto sensu- que no sea de autoría de un "oficial público".

(Conviene advertir que los incisos 5°, 6°, 7°, 8° y 9° del art. 979 -el 3° ha sido fulminado unánimemente por la doctrina- no se refieren concretamente a instrumentos públicos de la tercera especie. El legislador, apuntando a la celeridad del tráfico jurídico, la fe "del público", el privilegio estatal de la presunción de legitimidad -propio de los instrumentos públicos de la segunda especie- y en base al principio de "apariencia", ha impreso tal calidad a documentos cuya naturaleza difícilmente se compadece con la que se analiza. Podría haberse optado por otra normativa que consultara más adecuadamente la índole de tales documentos y expresara con mayor claridad el fin perseguido).

12. EL INCISO 4° DEL ART. 979

La idea expuesta con anterioridad encuentra sólida fundamentación normativa en el inc. 4° del art. 979.

Este, en efecto, hace referencia a las "actas judiciales" -expresión que la doctrina (con Machado a la cabeza) se esfuerza en considerar equivalente a "actos"- y explícita, tocante a su autoría, "hechos... por los respectivos escribanos".

Y lógico es que así sea toda vez que el actuario (y no el juez) está investido de la fideidatio, y puede -en consecuencia- producir instrumentos públicos stricto sensu.

13. LOS "EXPEDIENTES" ADMINISTRATIVOS O JUDICIALES

Gran parte de la doctrina ha puesto énfasis en proclamar el carácter de "instrumento público" de los expedientes judiciales o administrativos ("....el expediente judicial, como un todo, es un instrumento público, así

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como cada una de sus partes integrantes...". Spota, Tratado..., vol. 3/7, pág. 372).

Por esa vía se llega al exceso de asignarle idéntico carácter al escrito del litigante.

Entendemos que se imponen varias aclaraciones:

No cabe duda que el expediente -como "pieza"- es instrumento público de la primera especie (desde el punto de vista de la protección penal), lo que no debe inducir en confusión respecto de "cada una de sus partes integrantes". Al respecto, deben distinguirse:

a) Instrumentos públicos de la segunda especie: ("documentos oficiales"): los de cualquier funcionario público (p. ej. sentencia del juez, autos, etc.; informe de otros funcionarios; dictámenes fiscales, resoluciones, etc.).

b) Instrumentos públicos de la tercera especie: los emanados de funcionarios públicos investidos de la potestad fedante ("oficiales públicos") (secretarios judiciales; oficiales de mesa de entradas; oficiales notificadores, etc.), en tanto den fe (dado que el jefe del Registro Civil, por ejemplo, puede -además- aplicar una sanción como superior jerárquico, y el documento respectivo no es instrumento público stricto sensu).

Con relación a los instrumentos privados incorporados al expediente, ya ha sido dicho que por ello se convierten en instrumentos públicos de la primera especie (a efectos de su protección penal), pero no de otra clase. Lo único "público" de tal documento será el cargo de entrada, inserto a su presentación por un oficial público (instrumento público de tercera especie). Pero debe entenderse bien que tal "cargo" no convierte en un instrumento público stricto sensu al documento al que accede.

14. VALOR DEL INSTRUMENTO PÚBLICO STRICTO SENSU

El art. 993 del Cód. Civil preceptúa, con claridad, que el instrumento público (stricto sensu) "hace plena fe" hasta la redargución de falsedad -en el especial procedimiento de la "acción civil o criminal"- de los "hechos... etc."

Conviene tener presente que tal "fe pública" cubre:

a) Certidumbre de autoría.

b) Certidumbre de lugar y fecha.

c) Certidumbre de hechos narrados. (Cumplidos por el oficial público o pasados en su presencia).

Sólo cuando -en un caso dado- la calificada "presunción de realidad" cubra los tres aspectos, estaremos frente a un instrumento público de la tercera especie (stricto sensu).

15. ANÁLISIS DE ALGUNAS HIPÓTESIS

- Retomando el tema del instrumento privado incorporado a un expediente judicial o administrativo, no cabe duda que -a su respecto- el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"cargo" siempre produce certidumbre de lugar y fecha de presentación, de autoría sólo si se firmó en presencia del oficial público, y de realidad de los hechos narrados (en el escrito presentado) nunca.

-Una interpretación literal del art. 984 del Cód. Civil llevaría a considerar "instrumento público" al instrumento privado "mandado protocolizar... por juez competente".

A pesar de la letra de la norma, ello no es así. Sólo ocurre que el instrumento privado adquiere fecha cierta. No hay ni certidumbre de los hechos narrados en el documento protocolizado ni certidumbre de autoría.

-Algo similar ocurre con el instrumento privado "reconocido judicialmente" o "declarado debidamente reconocido" (art 1026 del Cód. Civil).

Amén de la limitación inter partes (y sus sucesores) que la norma asigna en punto a su valor ("el mismo valor que el instrumento público"), otros preceptos (arts. 1034 y 1035) aclaran aún más el alcance de tal "asimilación" (limitadísima toda vez que una de las características del instrumento público -su efecto erga omnes- no logra alcanzarse siquiera respecto de la fecha).

En lo que hace a su "autoría" -una vez reconocido- ¿es menester querellar de falso para demostrar que quien se reconoce autor no lo es, o hasta la simple prueba en contrario? No cabe duda que la respuesta correcta se encuentra en la segunda alternativa.

Como se advierte, efectos que se explican por la vía del "allanamiento" (de "la parte a quien se opone"), pretenden ser atribuidos a un "valor" similar -escasamente- al del instrumento público.

16. DECISIONES JURISPRUDENCIALES

"La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera que las actuaciones administrativas de un expediente administrativo no son instrumento público y que su desconocimiento o impugnación puede hacerse con pruebas de convicción en contrario; si dentro del mismo pueden excepcionalmente encontrarse instrumentos públicos deberá promoverse entonces el incidente de falsedad por redargución" (Ver Fiorini, Bartolomé A., "Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional" en La Ley, de 5/6/72, t. 146-IV. Conclusiones, 10).

La tesis de que las actuaciones propias del reconocimiento de la personería jurídica de una sociedad anónima no sustituyen a la escritura pública, resulta del fallo de la Cám. Civil 2ª La Plata del 28/12/23 que se registra en J.A. 11-1418 (Cámara Civil y Com.).

17. LA OPINIÓN DE UN ADMINISTRATIVISTA

El profesor de derecho administrativo Bartolomé A. Fiorini, en el trabajo citado en el punto anterior aduce, entre otras cosas que "una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

investigación de la sistemática de nuestro Código Civil sobre instrumentos públicos comprueba que se fundamenta en su carácter limitativo y excepcional. Esto ya se afirma en la tesis enunciativa que encuadran los diez incisos del art. 979, puesto que todo encierra una implícita remisión a diversos actos que se instrumentan en leyes específicas. Es grave error considerar que los diversos incisos (del art. 979 del Cód. Civil instituyen, por su sola mención, la existencia de instrumentos públicos. Los citados incisos se presupuestan en leyes previas que instituyen los instrumentos públicos respectivos".

Agrega que "Los actos y actuaciones que se acumulan en los expedientes son de instrumentos administrativos que son documentos públicos pero que no son instrumentos privados menos aún instrumentos públicos. Esta es una cuestión que debe esclarecerse ante cierta confusión en la redacción del art. 979 inciso 2° del Código Civil".

18. RECAPITULACIÓN

No reparar en las distintas "especies" de instrumentos públicos es la causa de frecuentes equívocos, que se traducen en conclusiones irrazonables.

El error de más perniciosas consecuencias consiste en equiparar especies inferiores ("según la protección penal", o "por su origen") a la superior del instrumento público stricto sensu.

A éste -sin duda alguna- apunta el orden jurídico cuando lo impone como forma de negocios relevantes. No basta la certidumbre de lugar y fecha, ni aun de su autoría; es menester que los hechos narrados -conformantes del propio negocio- gocen de tal certeza (hasta la querella) y ab initio.

Otro yerro funesto estriba en no aprehender al instrumento público en su real esencia (forma del acto fedante) y percibirlo -pagando tributo a su materialidad corpórea- como una res (papel). Así considerado, resulta difícil escindir -en un mismo documento- lo público de lo privado, y se concluye con arbitrarias generalizaciones, en cuya virtud el documento -in totum- es público. Un análisis corrector, por el contrario, posibilita las necesarias -y lógicas- distinciones: aun en un mismo papel, instrumento público es el "cargo" o la "certificación", no el documento presentado. Y en punto a la "protocolización", lo es la respectiva "acta" y no el instrumento privado que se protocoliza (que continúa tal).

TERCERA PARTE

19. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La afirmación de la Comisión Redactora en el sentido que los trámites administrativos y judiciales encuadran en la categoría de instrumentos públicos, queda refutada con las consideraciones precedentes.

Pero conviene extraer de la misma -y de la propia preceptiva de la ley- un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pensamiento coincidente con las ideas desarrolladas supra: el "instrumento privado" permanece tal, no obstante su incorporación al expediente administrativo o judicial, y aun cumplido el REQUISITO de autenticación de firmas. (El texto del art. 5° no deja margen a duda alguna).

20. "CONTRATO CONSTITUTIVO" (o "MODIFICATORIO")

El concepto de "contrato constitutivo" (o "modificadorio") se desprende con claridad de la normativa de la ley (arts. 4°, 5°, 11 y concordantes). Cuando el orden jurídico, en consecuencia, impone la forma de "instrumento público" para dichos contratos (arts. 165, 316 y 370), exige -obviamente- que el mismo observe tal solemnidad in integrum y ab initio. Con otras palabras, el instrumento -desde su inicio y en su totalidad- debe ser de autoría de un oficial público (funcionario público investido de la potestad fedante).

Además de las argumentaciones esgrimidas con anterioridad, forzoso es concluir en que de otra manera -considerando, por ejemplo, que las actuaciones "previas" (no previstas en la ley, pero que la práctica puede consagrar) ante la autoridad estatal de contralor equivalgan al "instrumento público" exigido -la reforma introducida al Anteproyecto por el Ministerio de Justicia (confrontar nota de elevación al Poder Ejecutivo) quedaría en letra muerta.

Aparte de ser la expuesta la solución que surge de un estricto enfoque dogmático, es la aconsejable desde el punto de vista de la seguridad jurídica (que es invocada con énfasis en la Exposición de Motivos -verbigracia, al comentar el inc. 5° del art. 11-), acorde a la experiencia argentina en materia de sociedades que han recurrido a la forma del instrumento privado. (No despreciar el valor del instrumento público en punto a las seguridades de su conservación).

21. EL ARTÍCULO 28

Refiere esta norma a los supuestos de indivisión forzosa contemplados por los artículos 51 y 53 de la ley 14394. (En el primero, tal indivisión es impuesta por el propio causante y en el segundo por su cónyuge). Dispone la misma que cuando "existan herederos menores de edad, éstos deberán ser socios con responsabilidad limitada" y que "el contrato constitutivo deberá ser aprobado por el juez de la sucesión".

En punto al primer aspecto, creemos que la hipótesis debe ampliarse a todos los supuestos en que existan herederos incapaces, toda vez que se advierte una marcada similitud entre la ratio legis del precepto del nuevo ordenamiento societario y la del art. 52 de la ley 14394 (que se refiere a "herederos incapaces", en hipótesis de indivisión convenida entre herederos).

La señalada similitud se mantiene en lo tocante al otro aspecto: aprobación judicial del contrato constitutivo. (El recordado art. 52

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dispone: "Si hubiere herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial"). Queda en claro, así, que el fin perseguido por la norma es el de la protección del heredero menor (o incapaz), mediante un doble expediente: su responsabilidad limitada y el control jurisdiccional del negocio societario.

Este control -que el juez de la sucesión realiza- se ejerce sobre el "contrato constitutivo". Ya se ha hecho referencia a qué debe entenderse por tal. Sólo resta agregar que no existe posibilidad -a la luz de la clara preceptiva legal- de que la aprobación judicial se brinda a un mero "proyecto" de contrato societario. (En abono de esta tesis, además concurre el texto del art. 52 -transcripto supra- que refiere al "convenio concluido" que "no tendrá efecto hasta la homologación judicial").

En consecuencia, si se encuentra legalmente impuesto el "instrumento público" para tal contrato constitutivo, éste debe adoptar esa forma antes de entrar a conocimiento del juez para su aprobación.

Considerar que con este acto judicial se da cumplimiento al REQUISITO impuesto por el art. 165, implica contrariar una interpretación sistemática de todo el contexto de la ley. (Recordar, además, las argumentaciones expuestas impugnando el criterio que considera que las actuaciones administrativas o judiciales tornan "públicos" los instrumentos privados).

Por último, conviene mencionar otro recurso coadyuvante que dispone la ley en protección del menor (o incapaz): la designación de un tutor ad hoc en supuestos en que "existiere posibilidad de colisión de intereses".

Tal expediente se halla previsto "para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél" (el representante legal) y "para la celebración del contrato", lo que indica -a las claras- que el negocio jurídico societario no se formaliza en sede judicial.

22. EL ARTÍCULO 79 DE LA LEY 19551

Dentro de la regulación especial a que la ley somete al instituto del "acuerdo por cesión de bienes" (Cap. VI, Tít. II, Parte Primera), destácase -en lo referente al tema específico que se analiza- el tópico de la "homologación judicial" (art. 80), en supuestos en que los acreedores quirografarios resuelvan disponer de los bienes "formando sociedad por acciones entre ellos" (art. 79).

¿Puede considerarse cumplido -mediante tales actos- el REQUISITO del instrumento público, en función del contrato societario?

No, por estas razones:

a) Ante todo, si bien el acta de la sesión de la junta de acreedores es instrumento público stricto sensu (art. 979, inc. 4° del Cód. Civil) por ser de autoría del secretario (oficial público) -cuya presencia es obligatoria (art. 46 de la ley)-, el contenido de tal instrumento no será nunca el "contrato constitutivo".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) En efecto, a pesar de que la letra del art. 79 ("formando sociedad", "vendiéndolos en conjunto o separadamente") podría hacer pensar que la junta -en ese acto- forma la sociedad o vende los bienes, una interpretación contextual lleva, sin esfuerzo, a comprender que lo que los acreedores quirografarios realizan es "resolver la forma de disponer de los bienes" ("establecer la forma de disposición"; "la decisión requiere...").

c) La función de la "homologación judicial" es la de valorar -con las pautas que se suministran en el art. 61- el acuerdo en sí y no la "forma de disposición" (una de las cuales es, precisamente, la constitución de sociedad por acciones).

d) Difícilmente puede aceptarse la existencia de un contrato constitutivo de sociedad -el que tomaría forma en el "acta" de la junta- que contenga expresa oposición al negocio societario (verbigracia: el de la minoría de acreedores, que optan -por ejemplo- por la venta en conjunto de los bienes).

e) Aun en el hipotético caso de unanimidad, jamás el "acta" contendrá la totalidad de datos y cláusulas que los arts. 11 y 166 (ley N° 19550) imponen para el "instrumento de constitución".

f) Todavía más, pensamos que la junta no puede constituir la sociedad en dicha instancia, puesto que la audiencia está prevista sólo para considerar la propuesta y resolver la forma de disponer de los bienes (una vez aprobada aquélla).

g) Para el supuesto en que la totalidad de acreedores quirografarios presenten en dicha audiencia -luego de resuelta la formación de sociedad por acciones- un "contrato constitutivo" en instrumento privado y soliciten su anexión al expediente judicial (como medio de soslayar su formalización por escritura pública), se torna vigente toda la argumentación desarrollada con anterioridad, tendiente a demostrar que la incorporación a un expediente administrativo o judicial no torna "público" al instrumento privado.

h) Por todo ello, el último párrafo del art. 82 -referido a cuándo se "se entiende concluido el acuerdo" "en caso de formación de sociedad" (una vez decidida la formación de sociedad)- debe interpretarse no sólo en tanto remite a la "inscripción en el Registro Público de Comercio" -art. 7°, ley 19550, que dispone que sólo en tal supuesto "la sociedad... se considera regularmente constituida"-sino, antes aún, a su propia constitución (actuando la decisión adoptada).

Y ello así, puesto que no menciona su "inscripción", sino que refiere a la "constitución regular" de la sociedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En consecuencia, el contrato constitutivo debe formalizarse fuera de audiencia de la junta, y luego de la homologación del acuerdo. Por ello, el instrumento público a que deberá recurrirse, no puede ser otro que la escritura pública.