

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***NECESIDAD DE LA ESCRITURA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN DE LAS
SOCIEDADES COMERCIALES Y SUS MODIFICACIONES(*) (26)***

JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO, OSVALDO S. SOLARI y MARIO
A. ZINNY

INTRODUCCIÓN

1. El 28 de diciembre de 1971 fue sancionada en Argentina la ley 19550 sobre sociedades comerciales. Quedó sustituida así la vieja legislación sobre esa materia contenida en el Título III, Libro Segundo de nuestro Código de Comercio, vigente desde el 1° de mayo de 1890. Desde esa fecha hasta ahora, casi demás está decirlo, sucesivas leyes fueron introduciéndole modificaciones parciales, de mayor o menor trascendencia. Pero fue quedando a la vista la necesidad y urgencia de innovar profundamente en la legislación societaria para adecuarla a las nuevas exigencias del tráfico mercantil.

2. La ley tuvo una larga gestación. Su punto de partida lo constituye el anteproyecto elaborado en 1959 por los distinguidos profesores don Carlos E. Malagarriga y don Enrique Aztiria y el cual - revisado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo - sirvió de base al proyecto presentado a aquél en 1963. Una nueva versión tuvo lugar entre 1967/1971, a cargo de otra Comisión integrada por los profesores Isaac Halperín, Horacio P. Fargosi, Carlos Odriozola, Enrique Zaldívar y Gervasio R. C. Colombres, quienes prepararon el proyecto que - con algunas modificaciones introducidas por el Ministerio de Justicia, justamente en la materia que nos ocupa - quedó convertido en ley con el número 19550.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. La ley, en general, merece aplausos. Es moderna en su técnica y realista en su contenido, ya que ha buscado dar soluciones satisfactorias a las necesidades de nuestro medio ambiente, recogiendo para ello la problemática resultante de la doctrina y de la jurisprudencia. Como notas más destacadas cabe señalar la incorporación de los institutos de la transformación, fusión y escisión de sociedades, el nuevo régimen de nulidades y el principio de la conservación de la empresa, todo esto acompañado por un severo reajuste de la estructura y funcionamiento de los diversos tipos societarios, en especial de las sociedades por acciones del denominado tipo "cerrado".

4. Lamentablemente, en cambio, en el punto relativo a la forma de constitución, modificación y disolución de las sociedades, la solución no satisface. La permanente lucha entre el documento privado y la escritura pública - como especie del instrumento público -, una vez más ha quedado de manifiesto. Veamos, en pocas palabras, la historia de lo sucedido.

5. En el Código de Comercio - vigente en esta materia, según hemos dicho, hasta la sanción de la ley 19550 - la solución era la siguiente: Las sociedades se constituían, modificaban y disolvían por instrumento privado o por escritura pública. La doctrina era pacífica en cuanto a entender que el instrumento público mencionado en el artículo 289 del Código de Comercio, que también alude a la escritura pública, no podía ser otro que ésta. Sólo conocemos alguna excepción al respecto (Garó, Sociedades comerciales, Parte general. Buenos Aires, 1949, t. I, vol. I, pág. 213).

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

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

Como resultado, la insatisfacción de los juristas que entendían conveniente que todas las sociedades se pudieran constituir por instrumento privado. Insatisfacción también para los que consideraban que todas las sociedades debían ser hechas por instrumento público, o mejor dicho por escritura pública. Y preocupación para todos, los unos o los otros, en un doble aspecto: a) porque algunos pensaban que la obligación de la escritura pública (o instrumento público, como dice la ley), sólo existe para constituir sociedades por acciones, y no para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

modificarlas o disolverlas, y b) porque algunos argumentaban que al decir la ley "instrumento público" y no "escritura pública" cabía la posibilidad de evitar la escritura pública, en la medida que se considere "instrumento público" a las actuaciones administrativas a realizar para la aprobación de los estatutos y/o para su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Valga este breve relato de antecedentes para la información de los distinguidos congresales que pueden no estar en conocimiento de lo sucedido en la legislación societaria comercial argentina.

En síntesis de lo dicho, la sanción de la ley 19550 ha planteado estos problemas:

a) Innecesidad legal de la escritura pública en las sociedades comerciales de interés, es decir: colectivas, de responsabilidad limitada en comandita simple, capital e industria y accidental o en participación.

b) Discusiones en cuanto a las sociedades por acciones sobre estos dos puntos, I): Si la ley - al exigir el "instrumento público" - se ha referido a la "escritura pública" o en alguna otra de las especies del instrumento público; y II) Si la exigencia de la escritura (o instrumento público) está limitada a la "constitución", o también se extiende a la "modificación" o "disolución" de la sociedad.

ANTECEDENTES CONGRESALES

6. Inquietudes similares a las de ahora en Argentina ya determinaron, en dos ocasiones, que la Unión Internacional del Notariado Latino se ocupara de la forma en que deben constituirse y modificarse las sociedades.

a) La primera fue en el III Congreso Internacional, realizado en Río de Janeiro en agosto de 1956. Tratado el tema de la intervención del notariado latino en las sociedades, se resolvió:

1°: "La intervención del notario es la única capaz de asegurar a todos los contratos de sociedad la perfección jurídica indispensable al buen funcionamiento de la sociedad."

2°: "En todos los países asociados a la Unión, las legislaciones reconocen la necesidad de la forma notarial para la constitución y modificación de todos los actos de la sociedad, a fin de asegurar la perfección jurídica indispensable al buen funcionamiento de la misma, y estima que, por lo menos, deberá ser reservada al notario, para cualquier finalidad, la exclusividad de la constitución y las modificaciones de todas las sociedades en las cuales la responsabilidad de los asociados esté limitada con referencia a terceros"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) La segunda ocasión se dio en el Congreso de Montreal, en setiembre de 1961. La resolución adoptada allí resultó más exhaustiva que la anterior. Su texto es éste:

"A) En interés público, y para la seguridad de las relaciones comerciales, el acto constitutivo de las sociedades comerciales, todas las modificaciones de aquél y la disolución deberían ser hechas por acto notarial.

"B) Solicita de la O.N.P.I. la preparación y publicación de un cuadro comparativo de las principales disposiciones de las legislaciones de los países miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino respecto a la formación, evolución y funcionamiento de las sociedades comerciales, inspirándose en los trabajos hechos en este aspecto por la O.N.P.I., y por la Comisión Europea.

"C) La redacción de las actas de las juntas extraordinarias de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada debería ser de la competencia exclusiva de los notarios.

"D) Los notarios deberían ser los únicos funcionarios autorizados por sus legislaciones nacionales para cumplir las formalidades requeridas para obtener la publicidad legal y el registro de los actos notariales exigidos para tales sociedades.

"E) Vista la garantía que representa la intervención del notario en la organización de las disposiciones legales y fiscales y vista la dificultad en ciertos sistemas legislativos de obtener que la petición contenida en el párrafo A) sea obligatoria, estas legislaciones que admiten todavía las escrituras bajo firma en documento privado deberían, sin embargo, acordar un estatuto y una consideración especial a las convenciones hechas por acto notarial".

Queda, pues, a la vista que el legislador argentino al sancionar la ley 19550 no siguió las recomendaciones de estos dos Congresos, pese a que - justo es decirlo - nuestro notariado y muchos juristas no notarios hicieron grandes esfuerzos para evitar que se las soslayara.

7. Como consecuencia de la sanción de nuestro nuevo régimen societario, han quedado planteadas dos cuestiones, según ya lo hemos anticipado:

a) Innecesidad legal de la escritura pública para las sociedades de interés;

y

b) Discrepancias en cuanto a las sociedades por acciones acerca de si el "instrumento público" requerido por la nueva ley es forzosamente la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"escritura pública" y si, en uno u otro caso, la exigencia queda limitada a la "constitución" de la sociedad o también, a sus "modificaciones" posteriores y a su "disolución".

Nos ocuparemos de ambos problemas en orden sucesivo, dedicando la primera parte de este trabajo al punto a), a cuyo efecto examinaremos las desventajas del documento privado frente a la escritura pública en la constitución, modificación o disolución societaria, con lo cual creemos que quedará suficientemente argumentada la mala solución dada al respecto por la ley argentina, al permitir que dichos actos se instrumenten privadamente en todas las sociedades excepto las accionarias.

Luego, en la segunda parte, veremos la cuestión "instrumento público" o "escritura pública", problema que puede considerarse de raíces civiles más que comerciales, pero que - de cualquier manera - condiciona sus efectos en esta materia; y también la necesidad de evitar que las sociedades accionarias puedan ser modificadas o disueltas por instrumento privado.

PRIMERA PARTE - DESVENTAJAS DEL DOCUMENTO PRIVADO FRENTE A LA ESCRITURA EN LA CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN O DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES

8. Este título informa nuestro enfoque del problema. Concordamos así con quienes estiman que la comparación de los requisitos y de las dos categorías instrumentales - pública y privada - es suficiente para advertir rápida y concluyentemente que el documento privado no es idóneo para proteger en forma adecuada los intereses de los socios y de los terceros. La seguridad jurídica, elemento básico en la convivencia social, queda comprometida como consecuencia de una deficiente instrumentación.

Pero se trata de un tema tan conocido y analizado que resulta difícil aportar argumentaciones novedosas. Declinamos pues intentarlo y nos conformaremos con mencionar criterios ya conocidos y difundidos, cuya reiteración en este lugar nos parece oportuna - y suficiente - para apoyar nuestra ponencia, que tampoco será novedad, sino - más bien - la repetición de otras presentadas en los mencionados Congresos de Río de Janeiro y Montreal. Creemos que esto puede ser útil para una futura rectificación de la legislación societaria en Argentina y también para evitar que se repita el error en otros países.

Dentro de este lineamiento, nos limitaremos a consignar tres antecedentes en apoyo de nuestro criterio.

a) El primero está dado por palabras del doctor Carlos E. Malagarriga, corredactor del Anteproyecto de la actual ley. En la conferencia que pronunció el 19 de mayo de 1961 en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, el respetado maestro dijo: "Pero las posibilidades de error son mucho mayores cuando son los propios interesados los que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resuelven a redactar ellos mismos los contratos sin intervención notarial, y también sin patrocinio letrado. De mí sé decir que en los cuarenta años que ejercí libremente la profesión de abogado y en los cinco que llevo de ejercicio de la magistratura, es de los contratos de sociedad por escritura privada de los que he visto surgir mayores y más frecuentes conflictos. No me arrepiento, por haber mantenido, con Aztiria , en nuestro proyecto la exigencia de escritura pública en los casos que antes he mencionado y no tengo ambages en declarar que para mí el desiderátum sería que todos los contratos de sociedad fueran hechos en esa forma..." (Rev. del Notariado N° 657, Mayo - Junio de 1961, pág. 311)

b) Como segundo antecedente en abono de nuestra ponencia, creemos oportuno referirnos a un excelente trabajo del doctor Carlos Emérito González, publicado en La Ley el 14 de agosto de 1967 con el título de "Las escrituras públicas constitutivas de sociedad como seguridad jurídica máxima". En él, su autor hace un estudio sobre los valores de la escritura pública, para luego analizar los inconvenientes del instrumento privado. Esta parte nos parece decisiva en el análisis del tema. Basta transmitir algunos de los principales inconvenientes que el doctor González menciona respecto al instrumento privado:

"a) Carece de autenticidad...

"b) No tiene autor conocido ...

"c) Permite la firma en blanco...

"d) Es atacable fácilmente; no puede llegar a la querrela de falsedad.

"e) Carece de forma determinada. Puede hacerse en cualquier idioma.

"f) Las cifras y cantidades pueden escribirse en números. La adulteración es muy fácil.

"g) Permite los espacios en blanco que pueden llenarse con posterioridad a la firma.

"h) Las enmendaduras, rayaduras o interlineados no necesitan salvarse al final. Es permanente tentación de adulteración.

"i) Los documentos habituales que acreditan la representación de representantes no necesitan ni transcribirse ni nadie da fe de la existencia o legitimidad de ellos. Los juzgados de instrucción pueden informar sobre millares de causas habidas por falsificación de documentos.

"j) Se ignora el límite de las facultades conferidas.

"k) Se ignora si el mandato fue revocado.

"l) La pérdida del ejemplar firmado imposibilita totalmente la prueba de su existencia.

"ll) Valor probatorio deficiente. Nada vale hasta su reconocimiento expreso por las partes o por verificación judicial.

"m) Los herederos del firmante pueden escudarse - si les concierne - en declarar su ignorancia sobre la autenticidad de la firma (art. 1032 Cód. Civil).

"n) Las declaraciones de voluntad no son siempre recogidas por un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

profesional del derecho sino que puede llegar a ser escrito por cualquier amanuense con ignorancia supina sobre la forma y el contenido de lo que escribe.

"o) Aunque reconocido judicialmente, sólo hará fe de su contenido hasta la simple prueba en contrario.

"p) Son incompatibles con la seguridad que la ley debe dar a las operaciones comerciales, dijeron hace un siglo Zeballos, Escalante, Basualdo y Colombres, miembros de la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, al presentar el Código de Comercio.

"q) No es oponible a terceros, ni a las partes que lo negasen, mientras no haya un pronunciamiento legal en contrario.

"r) Carece de estimación de capacidad. Este tipo de instrumento podría ser firmado por dementes, menores o sordomudos o por inhábiles como jueces, clérigos, interdictos, quebrados, etc.

"s) Cuando se presenta al juez de instrucción no puede convertirse en instrumento público pues carece de los requisitos esenciales de autenticidad plena, seguridad en la capacidad de los otorgantes y funcionario autorizante (Bielsa).

"t) Es antítesis de seguridad; no supone más que un requisito de legitimación negativa (Carnelutti).

"u) Se caracteriza por su inseguridad, incertidumbre e incierta procedencia (Vivante).

"v) Es ineficaz para transmitir inmuebles como aporte a la sociedad.

"w) Suele no reconocer asesor jurídico, consejero de las partes ni conciliar voluntades".

Basta la elocuencia de estas expresiones para poder afirmar, sobre la base de ellas, que el instrumento privado no es por su propia naturaleza ni por sus efectos jurídicos el medio adecuado para la constitución o modificación de las sociedades comerciales.

C) El tercer antecedente a que nos referimos lo constituyó la presentación del Consejo Federal del Notariado Argentino ante el Ministerio de Justicia de la Nación formulando sus observaciones al anteproyecto de ley general de sociedades. En su memorial, el Consejo Federal expuso las razones por las que, a su criterio y para obtener las máximas garantías, debía imponerse el requisito de la escritura pública en los actos vinculados al nacimiento, modificación o extinción de las sociedades. Entre otras razones figuran las que siguen:

a) Los otorgantes quedan, mediante la escritura pública, identificados legalmente y a todos los efectos también ab initio (art. 1001, Código Civil).

b) Con el otorgamiento de la escritura pública quedará acreditada y evaluada por hombres de leyes y también simultáneamente, la personería de los otorgantes que invoquen representación o mandato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(art. 1003 Código Civil).

c) Mediará en todos los casos simultáneamente con el acto constitutivo una labor informativa y docente profesional que evitará inconvenientes posteriores y hará menos engorrosa y más expeditiva la labor de los órganos administrativos y judiciales previa al acto registral.

d) El protocolo de los escribanos, propiedad del Estado, en que se asientan las escrituras públicas, ofrece la total seguridad que - la práctica señala - no acuerdan los expedientes judiciales y administrativos que son objeto de necesarios desplazamientos por diferentes manos. El protocolo, ya sea en el período en que está en custodia del escribano, ya de los Archivos, no puede ser trasladado ni confiado a terceros, ofreciendo el máximo de seguridades y facilitando la expedición de copias y pericias.

Como dijimos más arriba, creemos que los argumentos contenidos en estos tres antecedentes son suficientes para continuar en la afirmación de que la escritura pública es el instrumento adecuado e indispensable para la correcta constitución, modificación o disolución de una sociedad comercial. Contienen ideas irrefutables y solidez jurídica. Para quien analice el tema con objetividad científica, la simple lectura de las virtudes de la escritura pública y las consiguientes desventajas del documento privado, será bastante para que concuerde con nosotros. Por lo contrario, ni esas razones ni mil más, alcanzarán para persuadir a quienes combaten el notariado por impulsos extrajurídicos. Nos conformamos entonces con lo dicho, que estimamos holgado para justificar la inquietud que nos lleva a la ponencia.

SEGUNDA PARTE - SOCIEDADES POR ACCIONES. SU CONSTITUCIÓN POR INSTRUMENTO PÚBLICO "O" ESCRITURA PÚBLICA Y LA POSIBILIDAD DE SU MODIFICACIÓN O DISOLUCIÓN POR INSTRUMENTO PRIVADO

9. Según dijimos precedentemente, la sanción de la ley 19550 provocó algunas dudas en materia de sociedades por acciones, en dos aspectos. Por un lado, si la ley al exigir "instrumento público" para su constitución se refiere forzosamente a la "escritura pública" o si podría tener cabida alguna otra de las especies del instrumento público. Por el otro, si la mencionada exigencia es exclusiva para el acto constitutivo o también comprende a los actos de modificación y disolución. Las dudas no surgieron, por cierto, en el ambiente notarial, sino en los sectores que permanente y tenazmente tratan de reducir la competencia notarial por razón de la materia. Tal circunstancia determinó al Consejo Federal del Notariado Argentino se dirigiese al Instituto Argentino de Cultura Notarial, entidad a la que los autores pertenecemos, pidiéndole dictamen sobre esas dos cuestiones. Fuimos designados para esa tarea, que una vez concluida resultó aprobada por el Instituto y sirvió para que el Consejo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Federal fijara su posición ante las autoridades. En razón de lo que precede, nos parece oportuno reiterar a continuación los fundamentos que entonces expusimos en favor de nuestras dos conclusiones, que adelantamos son éstas:

a) El instrumento público requerido por la ley 19550 para la constitución de sociedades por acciones es exclusivamente la escritura pública.

b) La escritura pública es indispensable tanto para la constitución de las sociedades por acciones cuanto para su modificación o disolución. Veamos los fundamentos de estas afirmaciones en los puntos siguientes, referidos casi totalmente a la primera de estas dos cuestiones. La segunda tiene simple solución a la luz del principio jurídico que determina que lo accesorio sigue a lo principal (las modificaciones o la disolución son actos accesorios del acto principal que está dado por la constitución de la sociedad) y decidiendo la cuestión, el inc. 10 del art. 1184 del Código Civil dispone que deben ser hechos por escritura pública todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública.

10. 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)(1)(27).

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(2)(28) 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(3)(29) de la ley 19550 y el artículo 79 de la 19551(4)(30).

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 - sustituto del anterior régimen de autorización para el funcionamiento de la sociedad -, configuran el instrumento público requerido por la ley. Contribuyen a ese desorden conceptual, entre otras, las siguientes razones:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Las forzadas conclusiones sentadas por algunos comercialistas como Garo (Sociedades comerciales, t. 1, vol. I, 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, en cuadran en la categoría de instrumentos públicos (art. 979 del Código Civil)(5)(31). 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 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 pudo 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(6)(32), 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.

11. 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 menta la ley no es ni puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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.

d) 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.

12. 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 el instrumento público o privado "proponiendo, en cambio, como resulta de dicho artículo con el contenido que se eleva, que aquél deberá serlo siempre por instrumento público".

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

13. 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 art. 165 no es la escritura pública solamente, sino que lo son también las constancias administrativas de aprobación y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de registraci3n, no habr3a tenido sentido la modificaci3n del texto legal tal como se la realiz3 ni se justificar3an los conceptos del Mensaje ministerial que se ha transcrito.

Sean o no instrumentos p3blicos los actuados administrativos conducentes a la aprobaci3n del acuerdo constitutivo, problema que m3s adelante consideramos, lo que manda la ley es que el instrumento p3blico exista al constituirse la sociedad y 3ste no ofrece otra salida legal que la escritura p3blica.

Es necesario asignar, adem3s, debida importancia al hecho de que en el proceso de constituci3n o modificaci3n de la sociedad an3nima aparezcan dos instrumentos p3blicos (actos p3blicos de aprobaci3n administrativa del acuerdo o inscripci3n judicial del mismo) o tres (intervenci3n notarial, aprobaci3n e inscripci3n) y advertir, asimismo, que los documentos e instrumentos p3blicos representan los actos de su autor (aunque algunos, como los instrumentos notariales, representan adem3s los actos de sus otorgantes o requirentes); y que esos actos, que son tambi3n p3blicos y por consiguiente aut3nticos (en cuanto celebrados por funcionarios que invisten dicho car3cter), no deben confundirse con el documento o instrumento que los representa (el primero se traduce en comportamiento humano y el segundo es s3lo objeto).

14. Alcance del precepto legal.

La soluci3n del art3culo 165 en cuanto menciona al instrumento p3blico - y no a la escritura p3blica - es exactamente igual a la del derogado art3culo 289 del C3d. de Comercio que establec3a que "la escritura de sociedad puede ser p3blica o privada", para terminar disponiendo que "las sociedades an3nimas y las sociedades en comandita por acciones deben constituirse por instrumento p3blico".

En otras palabras, ahora como antes, la ley manda que dichas sociedades se hagan por instrumento p3blico. En concreto y como verdad irrefutable no hay diferencia entre la ley anterior y la nueva.

Si el dispositivo legal derogado (art. 289 del C3d. de Comercio) daba la misma soluci3n que el nuevo texto (el art. 165), puede afirmarse sin temor a errores que el sistema fundacional de las sociedades comerciales contin3a sin modificaci3n y consiste en permitir la constituci3n de las sociedades en general por instrumento p3blico o privado, con excepci3n de las sociedades an3nimas y de las sociedades en comandita por instrumento p3blico.

Resulta aplicable al r3gimen de la ley 19550 la tesis mayoritaria de la doctrina nacional expuesta en torno al sistema del C3d. de Comercio, en el sentido de que las sociedades an3nimas requer3an indispensablemente la escritura p3blica para cumplir el recaudo de instrumento p3blico exigido por el art. 289 (Ver Halper3n, Isaac, Manual de sociedades an3nimas, 1965, p3g. 29; Zavala Rodr3guez, C3d. de Comercio comentado, t. I., p3g. 309; Malagarriga, C., Derecho comercial,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 en los actos constitutivos de la sociedad anónima". (Revista del Notariado, 1944, pág. 191).

Explica este autor que debe distinguirse con eficiente 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 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 antecedentes para terminar con las dudas sobre la materia.

También en el examen de la doctrina relativa al anterior art. 289 cabe tener en cuenta las largas discusiones sobre las características que debía tener la escritura pública de constitución de las sociedades anónimas y si era constitutiva o de mera protocolización (Ver Mustápic, José M., Tratado de derecho notarial, t. III, págs. 359 y sigts.). Si el instrumento público del art. 289 estuviera legalmente dado por las actuaciones administrativas de concesión de la personalidad jurídica, no habría valido la pena discutir sobre la escritura pública 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 art. 370(7)(33) 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinta autoría.

Si algo faltare para persuadir que en el lenguaje de la ley 19550 existe 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: "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 art. 165 de la ley 19550 no es otro que la escritura pública.

Este es, por otra parte, el sentido que le dio oportunamente el legislador cuando al fijar la opción (luego dejada sin efecto) del instrumento público o privado para las sociedades por acciones, sostuvo en la Exposición de Motivos (Sección V. De la sociedad anónima. Generalidades... Punto 2): ... "Como se señaló en el análisis del art. 4°, el otorgamiento del acto constitutivo por escritura pública deja de ser una exigencia legal... La constitución por instrumento privado es aceptada por países que se destacan por su desarrollo económico... y tiene la ventaja de disminuir los costos de constitución cuando los fundadores resuelven prescindir del notario, dada la opción otorgada por la ley".

15. 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 socio - económica de la causa, ya como consecuencia del valor patrimonial de los intereses regulados, etcétera.

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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 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 sigts.).

Si a continuación meditamos en la sustancia del acto público del notario (narración coetánea de lo sensorialmente percibido) y en la fugacidad 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 los comportamientos que se estimen particularmente trascendentes, no hará falta más que 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 forma 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°(8)(34) 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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).

16. Los instrumentos públicos a la luz del artículo 993 del Cód. 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(9)(35).

17. 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) y 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)(10)(36).

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

18. El inciso 2° del art. 979.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 legisferar sin tener atribuida la pertinente función (jurisdicción o legisferante) 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...

19. 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 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. 2° 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 solo podría decirse: "Todos los instrumentos que produjeran los escribanos o funcionarios públicos").

20. 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 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.

21. El inciso 4° del artículo 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, "hechas... por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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.

22. Los "expedientes" administrativos 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 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.; informes 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.

23. 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:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- 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).

24. 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 "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(11)(37)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 sucede con el instrumento privado "reconocido judicialmente" o "declarado debidamente reconocido" (Art. 1026 del Código Civil)(12)(38).

Amén de la limitación inter partes (y de sus sucesores) que la norma asigna en punto a su valor ("el mismo valor que el instrumento público"), otros preceptos (arts. 1034 y 1035)(39)

Art. 1035, Código Civil: "Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros, será:

1ª La de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado.

2ª La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren.

3ª La de su transcripción en cualquier registro público.

4ª La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo".(13)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 basta la simple prueba en contrario? No cabe duda que la respuesta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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.

25. 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. Civ. y Com. 2ª L. P. del 28/12/23, que se registra en J. A. 11 - 1418.

26. La opinión de un administrativo.

El profesor de derecho administrativo Bartolomé A. Fiorini, en el trabajo citado en el punto anterior aduce, entre otras cosas, que: "una 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, constituyen por su doble 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 entonces instrumentos administrativos, que son documentos públicos, pero que no son instrumentos privados, menos aun instrumentos públicos. Esta es una cuestión que debe esclarecerse ante cierta confusión en la redacción del art. 979 inc. 2º, del Cód. Civil".

27. 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 totem - 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).

28. 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 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).

29. "Contrato constitutivo" o "modificadorio".

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 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 en 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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).

30. 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 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 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 brinde 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 el 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".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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.

31. 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 secretarios (oficial público) - cuya presencia es obligatoria (art. 46 de la ley) -, el contenido de tal instrumento no será nunca el "contrato constitutivo".

b) En efecto, a pesar de que la letra del art. 79 ("formando sociedad", "vendéndoles 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

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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 cuando "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. 7º, ley 19550, que dispone que "sólo en tal supuesto la sociedad... se considera regularmente constituida" - sino, antes aun, 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.

En consecuencia, el contrato constitutivo debe formalizarse fuera de la 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.