

TÍTULO:	LA INSTRUMENTACIÓN SOCIETARIA Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
AUTOR/ES:	Verón, Alberto V.
PUBLICACIÓN:	Doctrina Societaria y Concursal ERREPAR (DSCE)
TOMO/BOLETÍN:	XXIX
PÁGINA:	-
MES:	Febrero
AÑO:	2017
OTROS DATOS:	-

ALBERTO V. VERÓN

LA INSTRUMENTACIÓN SOCIETARIA Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La regulación dentro del Código Civil y Comercial de las asociaciones civiles sirve de marco propicio para que el autor las analice dentro de su contexto.

I - LAS FORMAS INSTRUMENTALES

a) Antecedentes

Es verdad que la gran mayoría de las legislaciones del derecho continental-europeo exigía el otorgamiento de escritura pública para constituir una sociedad por acciones, dando el notario fe de la personalidad de los otorgantes y de que sus manifestaciones se reproducen tal cual en la escritura, lo que no ocurría en Estados Unidos, donde la función del notario se limitaba a legalizar las firmas.⁽¹⁾

También es cierto que la disimilitud de sistemas entre los países de habla inglesa y los del continente europeo obedecía a las distintas características de sus sistemas jurídicos: no existía en el sistema del *common law* la noción de la escritura pública ni la de notario en el sentido latino, en tanto la tradición jurídica de nuestro país -similar a la española- mantenía la exigencia del instrumento público.

b) Caracterización y fundamentos

No es menos cierto que los que abogan por el mantenimiento de la *tradición jurídica* se debaten desesperadamente oponiendo reparos mas no fundamentos, como el mantenimiento de la tradición jurídica pública como instrumento formal de constitución de sociedades anónimas y el desarrollo de la teoría general del instrumento público exageradamente protegida por un derecho notarial que pretende equivocadamente prevalecer sobre la *realidad de la sociedad anónima, el concepto de empresa y la noción de las dimensiones*.

En general, se sostiene que son varios los fundamentos de las formas de los actos jurídicos, como para que las personas participantes del acto tomen en cuenta la importancia económica del acto y los riesgos del mismo, lo que los hará reflexionar al momento de tomar la decisión de crear la sociedad, para dar certeza sobre el acto que se pretende realizar y determinar así las posibles consecuencias para socios y terceros, a fin de lograr una mejor interpretación de la voluntad que se desea expresar y facilitar el conocimiento y la difusión del acto, al quedar este plasmado en soporte papel. En el caso de las sociedades comerciales, la función de garantía a terceros se ve incrementada, ya que el vicio en las formas del acto constitutivo produce desde la irregularidad de la sociedad (en los casos más graves) hasta la inoponibilidad frente a terceros, al no cumplirse con las formalidades publicitarias.⁽²⁾

Nuestros tribunales consideraron que las formalidades son de interpretación restricta en el derecho comercial, directiva válida para las sociedades comerciales. En consecuencia, no han de imponerse a estos contratos otras solemnidades que no sean las que se hayan establecido "determinadamente" en la ley de sociedades⁽³⁾. Además, en el caso de sociedades, toda vez que el negocio jurídico da lugar al nacimiento de una persona jurídica, la forma no es exigida como solemnidad o prueba del negocio mismo, sino como condición de la regularidad de la persona jurídica, que encuentra su génesis en aquel acto.⁽⁴⁾

c) Los artículos 4 y 165 de la LGS

La constitución de una sociedad comercial [o simplemente "sociedad", como lo expresa el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCo.)] se materializa en un instrumento escrito como requisito para tenerla como regularmente constituida, y es el [artículo 4 de la LGS](#) el que regula las formas que debe observar tal instrumento. Es decir, para que esa sociedad tenga los efectos de una sociedad regularmente constituida, la ley impone determinados requisitos de forma comunes a todas las sociedades: el otorgamiento del contrato en instrumento público o privado -con las particularidades del [art. 165 para la sociedad anónima](#)- y su inscripción en el Registro Público de Comercio ("Registro Público", según el CCyCo.), previa intervención del juez u organismo de contralor; en el caso de sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, debe cumplirse, además, con la publicación correspondiente. De lo contrario, será irregularmente constituida ([art. 21, LGS](#))⁽⁵⁾ o, como se desprende del nuevo artículo 21 de la LGS (modificado por la [L. 26994, CCyCo.](#)), estará comprendida en el régimen de las sociedades no constituidas según los tipos societarios del Capítulo II, comúnmente conocida como

sociedad simple, sociedad atípica o sociedad anómala.

La justicia, en relación, ha sentado hace tiempo que el [artículo 4 de la LSC](#) legisla en general, mientras que el artículo 165 lo hace específicamente para las sociedades anónimas⁽⁶⁾. Y con algunas especificidades añadidas se dijo que de lo estatuido en el artículo 4 de la LSC, solamente cabe sentar que, no mediando disposición en contrario, las sociedades pueden constituirse o modificarse por instrumento público o privado; e inclusive que una sociedad constituida por instrumento público puede modificarse por instrumento privado y viceversa. Pero hay reglas particulares para ciertos tipos societarios ([arts. 165 y 361, LGS](#)). En el caso de las sociedades anónimas, la regla especial se refiere concretamente a la forma impuesta para la constitución y con ello se desplaza la aplicabilidad del artículo 4. Y tal desplazamiento no parece que pueda entenderse fragmentariamente, vale decir, solamente respecto de la constitución, manteniéndose inalterada e ímpoluta respecto de la modificación. En efecto, lo estatuido por el artículo 4 se asienta en un principio de amplitud formal y admite tanto el instrumento público como el privado en el contrato constitutivo; a partir de esa indiferencia en la constitución, la misma amplitud se justifica como corolario en la modificación del contrato. Pero quebrada en orden a la constitución por regla del artículo 165, parece sumamente controvertible que pueda postularse la subsistencia respecto de la modificación, porque se encuentra vulnerada toda la economía del régimen genérico al privarse de elasticidad formal a uno de los polos e interrumpirse el fluido tránsito existente entre ambos. El corolario de la alternativa que se admite para la modificación no puede entenderse subsistente cuando se ha desechado tal alternativa en la Constitución.⁽⁷⁾

Cuando se trataba de instrumento privado, en cuanto se refería al doble ejemplar (art. 1021, CC), la jurisprudencia tenía dicho que el mismo no era imprescindible en virtud de los artículos 1023 y 1025 del Código Civil. En efecto, resultaba de dudosa necesidad -en materia comercial- que el contrato social se redacte en doble ejemplar, no solo porque el artículo 4 de la ley 19550 no lo imponía, sino porque la correspondiente inscripción en el Registro Público de Comercio le quitaba toda utilidad, máxime si se atendía a la solución que consagraba el artículo 1025 del Código Civil.⁽⁸⁾

II - LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO, DEROGADOS

a) El Código Civil

No podía ignorarse la prolija preceptiva que emanaba del Código Civil, que dedicaba el Título III, Sección II del Libro II al tratamiento de los instrumentos públicos, y los Títulos IV y V, que desarrollaban las escrituras públicas y los instrumentos privados. Sin participar en la discusión acerca de si la LSC derogaba o no disposiciones del Código Civil respecto del modo de instrumentar la constitución de sociedades comerciales, creíamos que se mantenía en vigencia plena la normativa civil relacionada. En otras palabras, la normativa del Código Civil sobre las formas de los actos jurídicos (arts. 973 a 978 y concs., CC) era de aplicación en todo lo que no estuviera modificado por la LSC y sería dicho régimen el que definiera los conceptos de instrumento público y privado, escritura pública, etc., que se mencionaban en la LSC⁽⁹⁾; de este modo, se caracterizaban los instrumentos públicos, su protocolización, la incompatibilidad parental, la plena fe de los hechos y actos jurídicos, las escrituras públicas y los instrumentos privados, todo lo cual era contenido en los artículos 973, 984, 985, 994, 995, 997, 998, 1001, 1003, 1004, 1012, 1015, 1020, 1026, 1034 y 1035 del Código anterior, los que -como se verá más adelante- fueron reemplazados por los artículos [284, 285, 286, 288, 291, 293, 296, 299, 300, 303, 305, 307, 308, 313, 317 y 319 del actual CCyCo](#).

b) El Código de Comercio

Los artículos 289, 318, 319 y 320 del Código de Comercio se referían a la forma de instrumentar la constitución de sociedades comerciales. Estas disposiciones suscitaban opiniones encontradas a nivel doctrinario, administrativo y jurisprudencial. Así, se dijo que no era necesario el otorgamiento por escritura pública para constituir una sociedad anónima, pues la autorización gubernativa, inscripción y publicación tornaban en instrumento público (y no un mero documento privado) el acto constitutivo⁽¹⁰⁾; también se sostuvo -y así se hizo en la práctica- que la exigencia del artículo 289 se cumplía mediante la elaboración de un acta firmada por todos los fundadores y certificadas las firmas por escribano público, que luego -con la actuación administrativa y el decreto del Poder Ejecutivo que lo autorizaba a funcionar- era "protocolizado" por escribano público.

Finalmente, prevaleció la opinión (doctrina y jurisprudencia mayoritaria) de que era indispensable la escritura pública como único medio instrumental idóneo que cumplía con la ley, pues esta, cuando se refería al *instrumento público*, no hacía sino asimilarlo a la escritura pública. Por último, también se sostuvo la necesidad de la doble instrumentación notarial: 1. Una escritura pública constitutiva. 2. Un acta de transcripción de todos los documentos constitutivos.⁽¹¹⁾

III - LOS PRECEDENTES DEL RÉGIMEN SOCIETARIO

a) El Anteproyecto de Malagarriga y Aztiria

El antecedente primogénito de nuestra actual ley de sociedades comerciales (hoy LGS), debemos buscarlo en los trabajos de Malagarriga y Aztiria, que culminaron con la elaboración del anteproyecto que fuera encomendado por el Poder Ejecutivo en 1958.

Siguiendo dicho anteproyecto la *tradición jurídica*, en su artículo 7 exigía que el contrato constitutivo de las sociedades por acciones (anónimas y en comandita por acciones) solo podía otorgarse por escritura pública, ya que, en opinión de Malagarriga, los contratos de sociedad formalizados mediante instrumento privado eran los que habían ofrecido mayores y más frecuentes conflictos.⁽¹²⁾

b) El Anteproyecto de la Comisión Redactora

El [artículo 4 de la LGS](#) no sufrió alteración alguna desde la elevación del Anteproyecto de la LGS, producido el 27/12/1967, por los componentes de la Comisión que lo elaboró (Halperín, Fargosi, Odriozola, Zaldívar y Colombres) ante el entonces secretario de Estado de Justicia, doctor Conrado Etchebarne, y su texto era el siguiente:

"El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad, se otorgará por instrumento público o privado".

La Comisión lo fundamentó así: la ley establece (art. 4) la necesaria forma escrita del contrato de sociedad. Asimismo, otorga a las partes la opción de recurrir al instrumento privado o al público; no impone la obligatoriedad de este último, toda vez que los trámites judiciales o administrativos, que es menester cumplir, hacen innecesario el recurso de la escritura pública, especie de aquel, desde que tales actuaciones otorgan las máximas garantías de seguridad para los constituyentes y, en todo caso, son instrumentos públicos (art. 979, CC). El artículo 165 (de aplicación a las sociedades anónimas), en cambio, fue modificado por la ley 19550, pero la redacción del anteproyecto y luego del Proyecto expresaba: *"Si la sociedad se constituye por acto único, puede celebrarse por instrumento público o privado"*.

c) El proyecto definitivo

El proyecto definitivo elaborado por la misma Comisión Redactora y elevado al secretario de justicia, doctor Ismael B. Quijano, en diciembre de 1971, mantiene la redacción de los [artículos 4](#) y [165](#), y no modifica los fundamentos expuestos sobre los mismos, pero amplía el alcance de las razones que impulsaron a permitir, opcionalmente, otorgar por instrumento público o privado el contrato constitutivo y sus modificaciones de cualquier tipo societario.

Decía: *"El proyecto en su art. 4 establece la necesaria forma escrita del contrato constitutivo, así como de sus modificaciones, otorgando a las partes la opción de recurrir al instrumento público o al privado. Esta solución, que incluye a las sociedades por acciones y modifica por ello el régimen vigente, se explica en razón de que los trámites administrativos y judiciales, de necesario cumplimiento para que la sociedad quede legítimamente constituida, encuadra en la categoría de instrumentos públicos (art. 979, CC). Se estimó jurídica y prácticamente superfluo exigir la elevación a escritura pública de instrumentos que ya revestían esa categoría, máxime cuando el control de legalidad compete, en forma exclusiva y excluyente, al órgano jurisdiccional (art. 6) y que en el caso de las **sociedades por acciones** media la intervención previa del organismo estatal de contralor (arts. 167 y 168), y teniendo en cuenta además que la inscripción se hará, en el caso de que el contrato constitutivo se otorgare en documentos privado, previa ratificación ante el juez del registro, o cumplido el requisito de autenticación de firmas (art. 5)".*

d) Apartamiento del proyecto definitivo: redacción final

Sin embargo, y cuando por fin con fecha 28/12/1971 se eleva el proyecto definitivo a la presidencia de la Nación, la secretaria de justicia, a cargo del doctor Quijano, entendió que había sido decisión del ministro apartarse de la solución proyectada por la Comisión Redactora en punto a 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 aquel deberá serlo siempre por instrumento público.

Elo ha significado un apartamiento total de los sólidos argumentos sostenidos por la Comisión Redactora, que como vimos, explicitó suficientemente las razones que aconsejaban no exigir el otorgamiento por instrumento público de los contratos de constitución y sus modificaciones de sociedades por acciones. Estimamos que en este punto la ley revirtió entonces su tendencia de agilidad, practicidad y equidad con respecto a otros tipos societarios.

Este apartamiento contundente y raudo ha tratado de explicarse en breves palabras contenidas en el texto del Mensaje de Elevación: *"Cabe señalar que la solución propuesta por la Comisión 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".*

e) La expresión "por el momento"

Cuando la explicación que el Mensaje otorga a la alteración del proyectado artículo 165 señala que la solución de la imposición del instrumento público resulta conveniente mantenerla *por el momento* y por razones de seguridad jurídica, dejaba traslucir una pusilanimidad legislativa incompatible con la continuidad y permanencia en el tiempo de preceptivas que debían preservar la seguridad jurídica sin estar subordinada a un interés limitado y actual⁽¹³⁾. Solari Brumana⁽¹⁴⁾ criticó enfáticamente la expresión "por el momento", resultado de una manía legiferante que no podía enervar el mandato de una elemental técnica (salvo casos de emergencia, las leyes no se hacen "para el momento"), tanto que es casi imposible comprender qué lapso abarcaría ese "momento".

O sea que la expresión analizada solo podía explicar que *hoy* era preciso que el acto constitutivo de la sociedad anónima se verificara por instrumento público, aunque *mañana*, alterándose las circunstancias y principalmente la seguridad jurídica, pueda realizarse en instrumento privado. Esta interpretación resultaba tan endeble que obligaba al exégeta a pensar que subyacían otros motivos, extraños al sistema de la ley de sociedades.

f) La seguridad jurídica

Las *razones de seguridad jurídica*, juntamente con el desarrollo del instrumento público -que se examina en el apartado IV) siguiente-, se erigieron en las disceptaciones de quienes apoyaban la exigencia normativa del instrumento público en la constitución de sociedades anónimas por *acto único*.

Ignacio M. Allende sostenía que la seguridad jurídica no es un concepto mítico sino fundamental de todo ordenamiento jurídico, continuo y permanente en el tiempo, para alcanzar y preservar su fin último: la justicia. A esta seguridad jurídica se llegaba aplicando una buena técnica jurídica que, en el caso, el instrumento público es una exigencia de aquella, porque el acto auténtico presupone un documento auténtico⁽¹⁵⁾. Zavala Rodríguez procuraba demostrar que la seguridad jurídica perseguida por el legislador solo se lograba mediante una amplia interpretación de la ley 19550, recalando la expresión *"resulta conveniente mantener el requisito del instrumento público"* contenida en el mensaje, es decir, conservar la exigencia de la escritura pública por la inseguridad jurídica que ofrece el procedimiento administrativo; adhiere a Santos Briza afirmando que uno de los axiomas del derecho privado es la seguridad jurídica, remite a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declara las exigencias de la seguridad jurídica de orden público, de jerarquía constitucional y de imperiosa exigencia del régimen de la propiedad privada, para finalmente afirmar que el propósito de la seguridad jurídica inspiró a la Comisión Redactora.⁽¹⁶⁾

Otros destacados autores dan un uso disímil de la "seguridad jurídica". Así, Halperín entiende que la aplicación del [artículo 167](#) (conformación administrativa e inscripción registral) suministraba la seguridad jurídica necesaria a los constituyentes en libertad de elegir la forma instrumental (privada o pública), citando las directivas del Consejo Económico Europeo que solo impone el acto auténtico en los Estados que no tienen organizado un control preventivo, administrativo o judicial de su constitución⁽¹⁷⁾. Roitman infiere que es superflua la exigencia de la escritura pública como requisito de seguridad y autenticidad para las partes, ya que la intervención administrativa más la intervención del juez de registro constituyen garantías suficientes para los constituyentes⁽¹⁸⁾. Suárez Anzorena no asignaba trascendencia jurídico-institucional a la supresión que hacía el Proyecto de la obligatoriedad de recurrir a la escritura pública en los supuestos de constitución de sociedades por acciones, ya que reputaba el tema de secundario que no hace a los intereses generales ni a los de la empresa.⁽¹⁹⁾

En nuestra opinión, no existen dudas de que no nos permita afirmar que la seguridad jurídica representa un presupuesto básico de todo ordenamiento jurídico. Por ello es que las afirmaciones de principios que formulan los autores como ejemplo (Allende y Zavala Rodríguez) son indiscutibles y, como tales, también innecesariamente expuestas como argumentación: no se discute la seguridad jurídica como *"concepto fundamental"*, como *"axioma del derecho privado"*, como típico de la propiedad privada, como de "orden público", etc., sino que debe demostrarse que mediante un sistema opcional de instrumentación del acto social constitutivo puede llegarse a la seguridad jurídica que supone todo acto jurídico. Toda otra forma, *floreo* o argucias solemnes, distanciadas de la realidad del acto jurídico relacionado con la tan mentada seguridad, resultan inapropiadas e inconducentes a una solución legal que se compadezca con la especial realidad normativa de la sociedad comercial consustanciada con otra realidad: la empresa. Y es así como -según sostuviéramos en 1973⁽²⁰⁾- desconocer la calidad de instrumento público a las actuaciones que pasan por ante los funcionarios públicos es desconocer el alcance del inciso 2) del artículo 979 del Código Civil derogado y, más aún, teniendo en cuenta que la doble

intervención, administrativa y judicial, representa una *seguridad jurídica* tanto o más significativa que la del escribano otorgante, al punto de que su escritura pública -materia de contralor de legalidad- puede ser objetada por aquellas autoridades, bien por defectos de forma, bien por defectos de fondo; obviamente, nos estamos refiriendo a la actuación de funcionarios probos, competentes e incorruptibles. En fin, y como reprochaba Solari Brumana⁽²¹⁾, lo de "razones de seguridad jurídica" es latiguillo declamatorio, al que, como vimos, se recurre a menudo sin mayores consideraciones sobre su esencia; es una pantalla más que, al no estar avalada en cada supuesto concreto por razones también concretas, suena hueca, como tantas otras frases hechas (no confundir con principios o con *standards* jurídicos). Podrá decirse que el rigor instrumental de la escritura pública se impone preventivamente en la actualidad frente a los hechos corruptivos acaecidos últimamente en nuestro país (principalmente entre los años 2003/2015), pero lamentablemente ni la actuación notarial ni el contralor administrativo-judicial lograron desalentar a esos delincuentes a caer en semejantes hechos repudiables.

g) Instrumentación de las modificaciones

Tanto la instrumentación del acto constitutivo como la instrumentación de las modificaciones de este han sido objeto de abundante tratamiento por la doctrina y jurisprudencia nacionales aunque, en honor a la realidad, no tanto por el interés científico insito en su contenido, sino cuanto por un par de razones ajenas a su cientificidad y sí vinculadas con circunstancias de política legislativa y de interés sectorial.

No corresponde aquí formular un desarrollo integral del tema del cual, por otra parte, el lector interesado puede encontrar abundante bibliografía, no solo en obras especializadas en materia societaria, sino también en revistas jurídicas en donde, desde 1972 se vuelcan comentarios de todo tenor y calibre.

Así y todo, resultan ilustrativos algunos pronunciamientos de los tribunales, a saber:

1. *Formalización por escrito.* Si bien la doctrina no es unánime en cuanto a si las modificaciones de las sociedades deben ser hechas en instrumento público o privado, sobre lo que no hay duda es que deben formalizarse por escrito.⁽²²⁾

2. *Innecesariedad de la escritura pública.* No es menester para una modificación del contrato social de una sociedad anónima instrumentar el acto a través de una escritura pública; es de aplicación en la especie el [artículo 4 de la ley 19550](#), que otorga a las partes la facultad de elegir la clase de instrumento para la constitución de sociedades. Este criterio resulta extensivo para todos los supuestos de sociedades por acciones.⁽²³⁾

3. *Modificación imperativa.* Sin negar la necesidad de la resolución del órgano a quien compete, existen casos en que la modificación del estatuto proviene de un hecho que la torna obligatoria o impone su necesidad, tal como ocurre en el supuesto de reducción obligatoria del capital; vale decir, que mientras el acto productivo de la modificación permanece siempre idéntico, hay circunstancias que imponen a la sociedad la necesidad de proveer a la modificación y que operan sobre la causa o el presupuesto de la modificación.⁽²⁴⁾

4. *Identidad del acto.* Antes que correlación entre el testimonio de escritura del acto de asamblea que dispuso la reforma del estatuto y la transcripción mecanográfica firmada por un director y certificada por un escribano, existe identidad del acto, con solo una dualidad de instrumentos portantes. Inscripto uno de ellos, deviene superabundante registrar el segundo.⁽²⁵⁾

5. *Instrumentos públicos administrativos o judicial.* De acuerdo con la práctica actual y la forma en que se procede para lograr la inscripción del acta de *reforma* de estatutos sociales en el Registro, el modo más usual será la certificación notarial, pero nada se opone legalmente al uso de otro instrumento público administrativo o judicial que cumple los mismos fines, vale decir, acreditar que la copia es fiel de su original.⁽²⁶⁾

6. *La modificación del capital (acto accesorio).* El artículo 1184, inciso 10), del Código Civil (hoy derogado) establecía que deben ser hechos en escritura pública todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública y, sin lugar a dudas, la *modificación* de los estatutos como consecuencia del aumento de capital constituye también uno de los actos accesorios a los que se refiere el artículo del derogado Código Civil ya citado⁽²⁷⁾. Este pronunciamiento, no obstante, se opone a lo resuelto en otro caso, que compartimos: la decisión de la asamblea de accionistas de aumentar el capital social suscripto -cuestión prevista en el estatuto social- no importa una modificación del acto constitutivo que haga indispensable la escritura pública.⁽²⁸⁾

Las modificaciones del acto constitutivo pueden realizarse por instrumento público o privado, pues así lo autoriza, expresa e indubitadamente el artículo 4 de la LGS, no procediendo la aplicación del [artículo 165 de la LGS](#), pues este exige el instrumento público solo para la constitución de las sociedades anónimas, ni tampoco la norma del artículo 1184, inciso 10), del Código Civil anterior (el principio de accesoriedad) por cuanto la normativa comercial (art. 4, LGS) de carácter especial sustituye la norma civil de carácter general que la torna -en este caso- en preceptiva inaplicable⁽²⁹⁾. En suma, el [artículo 4 de la LGS](#) requiere, por lo menos, un instrumento privado para modificar una sociedad⁽³⁰⁾. Así también, si el aumento de capital y la correspondiente emisión de acciones dispuesta por la asamblea de la sociedad anónima se ajustan al [artículo 188 de la LGS](#) (L. 19550) y a lo previsto en sus estatutos, no se requiere instrumento público.

7. *Instrumento notarial.* La certificación que expidan los escribanos acerca de la fidelidad de la copia de los actos de las asambleas de las sociedades por acciones, teniendo a la vista los libros rubricados, es un instrumento público. Lo es también la certificación de la autenticidad de las firmas que la abonan, sea porque han pasado ante el notario, o bien porque quien la estampa ratifica su firma en presencia de aquel, corroborándolo en el libro de conocimientos [art. 12, incs. a), b) y e), L. 12990]. El instrumento que condensa la copia del acta de asamblea de las sociedades por acciones, así como la escritura que la transcribe a requerimiento de mandatario designado al efecto por los asambleístas, tiene, en cuanto al valor intrínseco de los hechos relatados, el mismo alcance. En uno u otro caso, el escribano no podría declarar como pasados ante sí los actos y decisiones que se han consignado en el libro de actas de la sociedad. Carecen, por tanto, de la fuerza probatoria máxima que asignaba el derogado Código Civil, artículo 993, a los hechos que el escribano declara acaecidos en su presencia. Atento al alcance de la fuerza probatoria del acto de modificación de los estatutos pasado ante escribano a requerimiento de los socios designados y la copia privada cuyas firmas y texto están certificados por ese oficial público, las partes pueden hacer libremente el uso de la opción que asigna el artículo 4 de la LGS, y que, por específicamente mercantil, tiene prioridad sobre los alcances asignados al derogado Código Civil, artículo 1184-10. No hay obstáculo para realizar la inscripción de los instrumentos que responden a un mismo acto asambleario en forma conjunta, ya que ni existe norma legal obstativa ni en el supuesto en examen parece que ello deje de convenir por la simplificación de trámites y correlación de actos jurídicamente vinculados.⁽³¹⁾

Un pronunciamiento, en soledad, se expidió adversamente a los criterios permisivos expuestos precedentemente.⁽³²⁾

IV - EL INSTRUMENTO PÚBLICO

a) El sistema de la LGS: otra vez los artículos 4 y 165

El artículo 4 de la LGS determina la forma en que debe observar la constitución o modificación de una sociedad: *"El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado"*, o sea que establece un principio general para todas las sociedades comerciales que se constituyan bajo el régimen de la ley 19550: por instrumento público o por instrumento privado, a opción de los interesados, aunque es preciso tener presente que si no se otorga por instrumento público o las firmas no son autenticadas por escribano público u otro funcionario competente, cuando la sociedad se inscriba en el Registro Público de Comercio, deberá hacerlo previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga ([art. 5, LGS](#)).

El [artículo 165 de la LGS](#), en cambio, se aparta de aquella norma general y exige que la sociedad anónima se constituya *"...por instrumento público y por acto único o por suscripción pública"*. Si lo hacen por suscripción pública, los promotores redactarán un programa de fundación por instrumento público o privado, el que se someterá a la aprobación de la Autoridad de Contralor (art. 167, LGS).

De esta manera, la LGS creó un sistema normativo propio (en cuanto a las formas, arts. 4 y 165), preponderante al sistema del derecho civil⁽³³⁾, lo que ha sido ratificado por la justicia⁽³⁴⁾, expresando que la normativa societaria crea un sistema propio en cuanto a las formas en materia de sociedades por acciones (arts. 4 y 165, L. 19550) y la especialidad de dicha materia impide que, en el orden de prelación, se aplique sin más la ley civil o, concretamente, el régimen del Código Civil (anterior), artículo 1184 (de la disidencia del Dr. Quinterno). En otro caso se sostuvo que la ley 19550 pretende ser exhaustiva en la regulación de la sociedad de carácter mercantil, de modo que el derecho civil no puede ser considerado como fuente de la materia, pues no aparece como un modo de manifestación externa del precepto jurídico-mercantil. La remisión es en tanto pueda proveer en función integradora las lagunas de la ley comercial, mediante la determinación de las normas subsidiarias de aplicación.⁽³⁵⁾

En otro orden, se ha afirmado que las formas instrumentales dispuestas no son solemnes ni probatorias⁽³⁶⁾, por lo que su inobservancia no puede acarrear la sanción de nulidad sino que opera un efecto de inoponibilidad *ad regularitatem*, que si bien impide que la sociedad sea considerada regular, no impide, en cambio, el nacimiento del sujeto de derecho.⁽³⁷⁾

b) Concepto

El instrumento público es aquel documento otorgado con las formalidades que la ley establece en presencia de un oficial público facultado para autorizarlo⁽³⁸⁾. La validez del instrumento público se condiciona a que haya sido extendido por un oficial público competente y capaz para otorgarlo y que se hayan observado las formas que la ley establece. Esta les reconoce autenticidad, es decir, a los que prueban *per se* la verdad de su contenido sin necesidad de reconocimiento de la firma como los privados.⁽³⁹⁾

c) Instrumento público y escritura pública

El instrumento público que exige el artículo 165 de la LGS no equivale a la escritura pública, pues esta no es sino una de las tantas especies de instrumentos públicos a las que se refería el artículo 979 del Código Civil anterior, o sea que las escrituras públicas son instrumentos públicos, mas no todo instrumento público es escritura pública, pues *"estas tienen una forma determinada, mientras que los instrumentos públicos, en general, no la tienen; estas solo pueden ser hechas por los escribanos o por los funcionarios autorizados para ejercer estas funciones, al paso que los instrumentos públicos pueden emanar de distintas clases de funcionarios, y aun de particulares"*⁽⁴⁰⁾. La jurisprudencia que acompañó los inicios de la vigencia de la [ley 19550](#) se pronunció en fallo fundado sobre el alcance del requisito del artículo 165, expresando que cuando se trata de la constitución por acto único requiere el instrumento público, que será comúnmente la escritura pública.⁽⁴¹⁾

d) La protocolización

Con respecto a la constitución de la sociedad anónima, la ley se ha referido al instrumento público y no a la escritura pública, con lo que, y pese a la opinión en contra, consideramos que un instrumento privado de constitución societaria que luego es *protocolizado* por escribano público representa un instrumento público [art. 979, inc. 2), CC]. Puede argüirse que la única manera de que la sociedad se constituya por instrumento público es en virtud de la escritura pública, que el escribano otorga en mérito a la fe que merece el acto fundacional que necesariamente debe pasarse ante él⁽⁴²⁾ y no del acta protocolar porque esta es posterior y no fedataria de una voluntad social anterior (de constituir la sociedad) otorgada por instrumento privado. El rigor de esta interpretación se atempera por lo dispuesto en el [artículo 7 de la LGS](#), al establecer que la sociedad se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, esto es, que hasta tanto ese requisito no se cumpla, cualquier sociedad -se haya constituido por instrumento público o privado- se rige por el régimen previsto para las sociedades irregulares (como las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyen regularmente), y si bien representa un sujeto de derecho con personalidad limitada y precaria, su constitución definitiva adolece de un vicio formal que le impide nacer como una sociedad tipificada dentro de las previstas por la ley. Recién se constituirá como tal (*v. gr.*, sociedad anónima) cuando quede registrada en el juzgado de registro; mientras tanto, en el período de su concepción y hasta su nacimiento, nada obsta a que después de declarada la voluntad social de constituir la sociedad anónima, sus integrantes acudan al escribano público a efectos de instrumentar ese acto por medio de su protocolización, cumpliéndose la formalidad del instrumento público que exige la ley. Tal procedimiento no era admitido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁽⁴³⁾, aunque parece que algunas provincias, como Córdoba, sí lo consentían.⁽⁴⁴⁾

e) El testimonio judicial

Sin perjuicio de computar otros supuestos, se ha sostenido con razón -aunque limitadamente- que por excepción cabría aceptar como instrumento público un *testimonio judicial* y no escritura pública, en estos casos: cuando constara la aprobación judicial de la constitución de una *sociedad anónima* para asociar al menor heredero de una parte indivisible de un negocio ([art. 28, LGS](#)); cuando se acordara con el concursado la constitución de una *sociedad anónima* *"con los acreedores o con algunos de ellos"* en los que estos tengan la calidad de socios ([arts. 43 y 53, LC](#)).⁽⁴⁵⁾

f) Los trámites administrativos

Reiteramos que la LGS se ha referido al instrumento público y no a la escritura pública, por lo que nosotros estamos persuadidos de que también son instrumentos públicos las actuaciones que pasan por ante los funcionarios públicos (IGJ y juzgado de registro). Un ejemplo para la polémica y que muchos habrán esbozado: supóngase que dos o más personas radicadas en una localidad de alguna provincia argentina resuelven constituir una sociedad anónima para la explotación de una actividad determinada, y acuden al juez de paz de dicha localidad (que en el ejemplo carece de escribano público) a fin de celebrar la constitución de una sociedad por ante el mismo, la que concluida da fe del acto labrándose el documento fundacional respectivo (que guarda la forma y requisitos de la ley). Este documento, ¿acaso no es instrumento público de los incluidos en el Código Civil anterior, y como tal no cumpliría la exigencia del artículo 5 de la ley de sociedades?

En algunas jurisdicciones provinciales, por interpretación del entonces artículo 979 del Código Civil anterior, se consideraba satisfecha la exigencia del *instrumento público* del artículo 165 de la LGS con las solas actuaciones administrativas cumplidas ante la autoridad de control y registro, sin necesidad de escritura alguna⁽⁴⁶⁾. Un viejo fallo,

también provincial, decididamente permisivo de equiparar la actuación administrativa con el instrumento público del artículo 165 de la LGS, fundamentaba su criterio así:

a) Si el propósito del legislador fue el de establecer la exigencia de escritura pública al suprimir la opción, aquel se queda a mitad de camino, pues dejó subsistente el viejo debate doctrinal y jurisprudencial de si es suficiente la protocolización de las actuaciones o corresponde otorgar escritura pública.

b) Resulta significativo que en el [artículo 167 de la LGS](#) se imponga como obligación al órgano de control el cumplimiento de los requisitos fiscales, materia que, en el régimen anterior, era atribuida por la ley exclusivamente al escribano de actuación; el aumento de capital ([arts. 188 y 189, LGS](#)), según sea su clase de constitución, no obliga a la sociedad a un nuevo control administrativo, sino en el primer caso a publicar e inscribir en el Registro; en tanto que en el segundo, de conformidad con el artículo 201, debe informar al órgano de control a los efectos del registro. Más aún, la ley 19880, modificatoria de la ley 19550, en su artículo 1, inciso g), en el supuesto de reducción del capital previsto, solo exige la inscripción.

c) Si se acepta la vía de protocolización en el régimen anterior y esto constituye, además del criterio vigente, un acto auténtico, es indudable que el trámite administrativo no puede ir en zaga y tiene, como aquel, la jerarquía de instrumento público.

d) Por tanto, se siga el concepto amplio de derecho público que expone Bielsa o el restringido del derecho privado, por medio del artículo 979, inciso 2), del Código Civil anterior, las actuaciones cumplidas con el resultado positivo del control constituyen un instrumento público, toda vez que quienes los suscriben son funcionarios públicos en ejercicio de atribuciones propias y regladas.

e) Los requisitos exigidos por la ley están expresados en el [artículo 166 de la LGS](#), y si la intención del legislador para el supuesto de constitución por acto único fue incorporar a esa norma la exigencia de la escritura pública, sorprende que no haya en toda la ley una mención específica para este tipo de instrumento público.⁽⁴⁷⁾

g) La autenticación notarial de las firmas

En cuanto a la autenticación notarial de las firmas insertas en el instrumento constitutivo, pese al criterio permisivo del fallo que venimos citando, se impone, en este caso, su rechazo. En efecto, el artículo 165 de la LGS es preciso al expresar que la sociedad se constituye -una de sus alternativas posibles- "*por instrumento público y por acto único*" y que al hilo de esa directiva se ha interpretado que la recordada norma requiere algo más que la autenticidad de la firma de un mero instrumento privado -que por ese hecho no adquiere el carácter de público- para la constitución de las sociedades por acciones, pues por su importancia y trascendencia es necesario que las manifestaciones de voluntad de las partes [expuestas por sí o por apoderado -art. 1881, inc. 13), CC-] se hagan ante el oficial público, por cuanto en el futuro se podrá dar fe de que aquellas fueron efectivamente reales.⁽⁴⁸⁾

h) El acto social constitutivo

Roitman⁽⁴⁹⁾, reforzando la doctrina que sostiene que los trámites administrativos explicados precedentemente representan instrumentos públicos, señala que el acto constitutivo condensa la noción de contrato o acuerdo junto con la de reconocimiento por la Autoridad de Contralor, el control de legalidad ejercido por el juez de registro y el sistema de publicidad, y que en la práctica, en la constitución por acto único, se verifica un proceso que partiendo del acta constitutiva (con la suscripción e integración del capital, y el proyecto de estatuto social), sigue la presentación a la Autoridad de Contralor, continúa con la publicación oficial ordenada por el juez de registro y culmina con la inscripción registral en el Registro Público de Comercio. Este proceso configura el *acto social constitutivo* como acto único al que se refiere el artículo 165 de la LGS, puesto que producirá efectos solo a partir del día en que se hubieran cumplido las formalidades exigidas ([art. 7, L. 19550](#)), aunque con anterioridad los socios hubieren suscripto la escritura pública, la que si no culmina con la suscripción y publicación exigidos torna la sociedad en irregular, con lo que se sigue que la seguridad jurídica que preconizan los sostenedores de la escritura pública se convierte en un concepto intrascendente: "*¿Qué valor, o para utilizar las palabras del señor ministro, que mayor 'seguridad jurídica' otorgaría -a terceros, a las partes- si mientras no se cumple con el requisito de publicación e inscripción, la sociedad continua sometida (exista o no escritura pública) a las disposiciones de la sociedad no constituida regularmente? No solo no hay ningún tipo de mayor seguridad, sino que ocasiona de hecho un gasto innecesario, ya que las partes deberán afrontar los elevados honorarios del escribano. Y además, suponiendo que alguna seguridad otorgase, esta tendrá relevancia después de la inscripción, y para ese entonces se habrá suplido la exigencia (recordemos que es instrumento público) mediante el expediente judicial [art. 979, inc. 4), CC y el archivo registral (que a este efecto se encuadra dentro de la norma del art. 974, CC)]*"⁽⁵⁰⁾. Más aún, recuérdese que cuando nos referimos a la *sociedad anónima en formación*, reconocimos en el *iter* de la sociedad en formación los períodos de la concepción, gestación y preconstitución para arribar finalmente al período formal de la constitución definitiva; ahora bien, frente a la necesidad de esa realidad de ese *iter* formativo, ¿es posible seguir manteniendo en alto el uso de la escritura pública como medio de instrumentar *un momento* del proceso constitutivo de la sociedad que viene precedido de actos ya resueltos por sus interesados -sin que haya mediado la escritura pública- y que, además, tendrán vigencia cuando el juez de registro ordene la publicación e inscriba la sociedad como sociedad anónima que, obviamente, tampoco precisó de la escritura pública?

i) La exigencia judicial de la escritura pública

Ya en los primeros tiempos de vigencia de la LSC, en la causa "Pueyrredón 419 SA", los tribunales entendieron exigible la escritura pública, y lo explican así: el fallo de primera instancia señala que el instrumento de constitución de la sociedad anónima debió ser, *ab initio*, hecho por escritura pública, pues el instrumento privado otorgado por los constituyentes no supe la exigencia del instrumento público del [artículo 165 de la LSC](#). El dictamen del fiscal de Cámara, en cambio, no encontraba justificada la exigencia, toda vez que la constitución de la sociedad había sido anterior a la fecha en que entró a regir la ley 19550, considerando inaplicable la norma del artículo 165 y aplicables las de los derogados artículos 318 y 319 del Código de Comercio. Por último, en fallo de segunda instancia suscripto por los doctores Halperín y Vázquez, se confirmó la resolución apelada, sosteniendo que las partes se habían sometido en el momento de la constitución a la aplicación de la ley 19550. Luego, el acto formalizado en instrumento privado y aprobado por la Autoridad de Contralor no había sido otorgado con la exigencia del instrumento público que impone el artículo 165, no cumpliendo la escritura pública posterior con la aludida exigencia.⁽⁵¹⁾

j) El criterio administrativo

La Autoridad de Contralor no ha sido uniforme en su postura respecto del alcance de la exigencia del artículo 165 de la LGS. En efecto, la evolución del criterio administrativo se observa a través del contenido de diversas disposiciones principalmente de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires (La Plata), de las que seguidamente recordaremos las más importantes:

1. Probablemente, el primer antecedente administrativo de que se tiene conocimiento con referencia a la instrumentación del acto constitutivo de las sociedades por acciones haya sido la *disposición 102 del 26/6/1972* dictada por la Dirección

de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires, que instituyó en forma provisoria (durante cuatro meses) el sistema de consulta previa sobre proyectos de estatutos de acuerdo con la [ley 19550](#), firmado por abogados, contadores o escribanos en papel consistente acompañado de solicitud de evaluación de consulta; se formaba así un legajo por cada proyecto de estatuto, que una vez dictaminado por la Dirección se entregaba al interesado, quien recién procedía a formalizar la escritura pública del acto constitutivo para solicitar luego la conformación administrativa prevista en el [artículo 167 de la ley 19550](#). Con este sistema se pretendió obviar las dificultades prácticas que la exigencia de la escritura pública planteaba a los contratantes, con lo que implicaba un reconocimiento de los *inconvenientes* a los que nos referimos precedentemente.

2. Casi simultáneamente con la disposición 102 de la Provincia de Buenos Aires, la entonces Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación dictó la resolución 46 del 28/6/1972, por la que se aprobó un modelo de acta constitutiva y estatuto de sociedades anónimas (*"en mérito a que los resultados obtenidos y amplia aceptación por el público acreditan la bondad de dicha práctica"*), exigiéndose solo que las firmas de los constituyentes sean certificadas por escribano público (aceptando la presentación en instrumento privado atendiendo a razones de agilidad y flexibilidad que faciliten las tareas de la Inspección y eviten inconvenientes a los particulares), aunque la conformidad legal se condicionaba al cumplimiento de los requisitos de instrumentación pública, inscripción y publicación que debía acreditarse dentro de los sesenta días de notificados. Esta resolución fue duramente criticada, al punto que más tarde se hizo necesario dictar la resolución 32/1973. Halperín⁽⁵²⁾ la calificó de "adefesio jurídico", especialmente en cuanto a que impuso un régimen de "conformidad proforma" basada en una validez provisoria que no existe, combinada con una "conformidad condicional" ("aprobación de ensayo") que la Autoridad de Contralor no tiene facultad de dictar. Zavala Rodríguez⁽⁵³⁾ consideraba que el procedimiento era ilegal frente a lo dispuesto por el artículo 167 de la ley 19550, que obliga a presentar a la Autoridad de Contralor el contrato constitutivo y no un borrador de este.

3. Con fecha 6/6/1972, la Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación dictó la resolución 48/1972, aclarando el alcance de la resolución 46/1972 en el sentido de permitir que los contratos constitutivos ajustados a su modelo se presenten en instrumentos privados, en dos ejemplares suscriptos por los constituyentes y sus firmas autenticadas por escribano público.

4. Al poco tiempo, con fecha 16/10/1972, la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Buenos Aires dictó la disposición 104/1972 dando a conocer *las cláusulas aptas para la estructuración de un contrato constitutivo de sociedad anónima no incluida en los términos del artículo 299 de la ley 19550* (el destacado me pertenece)⁽⁵⁴⁾ y no contrato o estatuto tipo, explicando con sutileza y cuidado que las mismas están sujetas indirectamente a la consideración de la autoridad judicial, que sus cláusulas son las supuestamente más necesarias y que las notas, en muchos casos, son de carácter opcional o ilustrativo.

5. Con fecha 3/8/1973, la entonces Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación dictó la resolución 31/1973 (impulsada posiblemente por el fallo de la Cámara en lo Comercial en el caso "Pueyrredón 419 SA") ratificando y aclarando lo dispuesto por el [artículo 165 de la ley 19550](#) en el sentido de que la constitución de una sociedad por acciones debe hacerse por acto único e instrumentarse en escritura pública, antes de requerirse la conformidad administrativa, pues -contrariamente a los argumentos empleados en las R. 46/1972 y 48/1972- la práctica ha demostrado que el procedimiento de aceptar la presentación de estatutos y contratos en instrumentos privados, para su examen previo y posterior elevación a escritura pública, dilata el trámite, en perjuicio de los interesados y con el consiguiente recargo de las tareas del organismo.

6. El 24/12/1980, la IGJ elabora el texto ordenado de las normas vigentes, mediante resolución 6/1980, disponiéndose en el artículo 28 (que reglamenta el procedimiento ordinario a seguirse para la constitución de una sociedad por acto único), entre otros requisitos, que debe presentarse a la mesa de entrada de la IGJ, el testimonio de *escritura pública que instrumenta la constitución*.

7. La resolución (IGJ) 7/2005 alude a la cuestión en el artículo 79, inciso 1), al establecer que para la inscripción de la constitución de la sociedad debe presentarse, entre otros elementos, el primer testimonio de la escritura pública o instrumento original de constitución, además de los recaudos instrumentales referidos a las reformas de estatutos y contratos, distinguiendo también los instrumentos por escritura pública de los no instrumentados así [arts. 80 a 82, R. (IGJ) 7/2005].

V - EFECTOS, INCIDENCIA Y CONCORDANCIA DEL RÉGIMEN DE LA LEY 26994 (CCYCO.) SOBRE LA INSTRUMENTACIÓN

a) Síntesis instrumental de las sociedades

El artículo 4 se mantiene igual y, comentando esta norma, expusimos precedentemente que la misma determina la forma en que debe observarse la constitución o modificación de una sociedad, o sea que establece un principio general para todas las sociedades comerciales que se constituyan bajo el régimen de la LGS: por instrumento público o por instrumento privado, a opción de los interesados. En tanto, el artículo 165 de la LGS, en cambio, se aparta de esta norma general y exige que la sociedad anónima se constituya *"por instrumento público y por acto único o por suscripción pública"*. Si lo hacen por suscripción pública, los promotores redactarán un programa de fundación por instrumento público o privado, el que se someterá a la aprobación de la Autoridad de Contralor (art. 167, LGS). En cuanto a la aprobación del acto constitutivo, puede realizarse por instrumento público o privado, pues así lo autoriza, expresa e indudablemente, el artículo 4 de la LGS, no procediendo la aplicación del artículo 165 de la LGS, pues este exige el instrumento público solo para la constitución de las sociedades anónimas, ni tampoco la entonces disposición del artículo 1184, inciso 10)⁽⁵⁵⁾, del Código Civil (el principio de accesoriedad), por cuanto la norma comercial (art. 4, LGS) de carácter especial sustituye la norma civil de carácter general que la torna -en este caso- inaplicable. En suma, el artículo 4 requiere, por lo menos, un instrumento privado para modificar una sociedad.

b) Régimen instrumental a tenor del CCyCo.

El CCyCo. remota algunas especificidades en materia de instrumentos públicos y privados que no pocas veces se deberán tener en cuenta tratándose de instrumentaciones en el campo de la constitución y modificación de contratos de sociedad. Ello así, el CCyCo. ha dedicado tres secciones referidas a la siguiente temática:

I - Forma y prueba del acto jurídico: se trata de los artículos 284 a 288 referidos a la libertad de formas, a la forma impresa, a la expresión escrita (que incorpora la forma documental electrónica), a los instrumentos privados y particulares no firmados y al registro de la firma. De este modo, se actualiza el criterio para considerar la expresión escrita a fin de incluir toda clase de soportes, aunque su lectura exija medios técnicos, recogiendo al efecto la solución del proyecto de 1998 (art. 263, parte final), que permite recibir el impacto de las nuevas tecnologías⁽⁵⁶⁾. Saucedo⁽⁵⁷⁾ aporta las siguientes consideraciones:

1. El soporte material de todo instrumento puede ser tanto el papel como cualquier otro, en la medida en que su contenido pueda ser representado de manera inteligible y perdurable en el tiempo, como sucede con los documentos digitales; y en cuanto a la escritura también puede confeccionarse la pieza escrita, utilizando códigos alfanuméricos, claves o lenguaje encriptado, debiendo en estas lides, para acceder a su contenido, aplicar los diversos medios derivados de las nuevas tecnologías y avances de la informática en nuestro medio, como sucede con los documentos digitales. Así, [artículo 6 de la ley 25506](#) que el CCyCo. no deroga ni restringe en su aplicación efectiva.

2. Se consagra de manera clara y definitiva la división tripartita de los documentos escritos, corrigiendo las imprecisiones que se advertían en el Código Civil anterior, donde la expresión "particular" se utilizaba tanto para aludir a los escritos firmados (arts. 1185 y 1188, CC) como a los que carecen de rúbrica (art. 1190 del mismo cuerpo legal), con lo que el esquema documental es triple ahora, a saber: los instrumentos públicos, los instrumentos privados y los instrumentos particulares.

II - Instrumentos públicos: comprenden los artículos 289 a 298, su enunciación, los requisitos y presupuestos, las prohibiciones, su competencia territorial, sus defectos de forma, los testigos inhábiles, su eficacia probatoria, la incolumidad formal y el contradocumento. Señalan los reformadores que, entre los instrumentos públicos, en primer lugar se incluyen las escrituras públicas y las copias o testimonios optando la Comisión por la sinonimia entre estos dos vocablos, como modo de terminar con la polémica entre la palabra "copia" que consignan las leyes notariales y que el CCyCo. actualmente vigente utiliza al referirse a esta clase de reproducciones, y la palabra "testimonio", que es la utilizada en la práctica forense y notarial. Además, se incluyen no solo los instrumentos que extienden los escribanos sino también aquellos extendidos por los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes y asimismo los títulos emitidos por el Estado Nacional o Provincial, conforme a las leyes que autorizan su emisión. Estos títulos son instrumentos oficiales que emanan de funcionarios y aunque, conforme a la doctrina, el contenido de estos documentos no es propio de la fe pública, por su jerarquía gozan de una presunción de legitimidad y de autenticidad que los habilita para quedar incluidos en este cuerpo legal como instrumentos públicos.

Con razón se entiende lo siguiente⁽⁵⁸⁾:

1. En los instrumentos públicos rigen las formas impuestas por ley para su confección, aspecto que condiciona así su validez y eficacia, es decir, no impera acá el principio de la libertad de las formas que es de vigencia universal y que el CCyCo. consagra de modo expreso en su artículo 284, tal como sucedía en el Código Civil anterior de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 974.

2. No existe limitación alguna para el desempeño de la función pública, cuando se trate de personas jurídicas, aunque nada obsta a que a la postre se pueda impugnar el documento si se acredita en los hechos que el fedatario (sus parientes, cónyuge o conviviente) tenían(n) un interés personal incompatible con la imparcialidad que debe regir toda su actuación; así, el [artículo 159 del CCyCo.](#), que impone el deber de actuar con lealtad y diligencia para los administradores de todas las personas jurídicas, junto con el excusarse cuando tengan un interés contrario al del ente que deben representar.

III - Escritura pública y acta: estos instrumentos son regulados por los artículos 294 a 312, comprendiendo la figura del protocolo, sus requisitos, el idioma, las abreviaturas y números, el otorgante con discapacidad auditiva, el contenido de la escritura, la justificación de identidad de los comparecientes, los documentos habilitantes, las copias o testimonios, las escrituras nulas, las actas notariales y su valor probatorio.

Esta regulación instrumental de la escritura pública y acta ha merecido algunos comentarios de Saucedo⁽⁵⁹⁾:

1. En cuanto al cumplimiento de las exigencias formales, el CCyCo. refiere a uno de los recaudos de los instrumentos públicos: que luzcan las firmas del oficial público, de las partes, sus representantes o de quienes lo hagan a ruego de los que no sepan o no puedan hacerlo [art. 290, inc. b)], prescribiéndose igualmente la ineficacia total del documento en caso de faltar alguna de ellas. Se indica que, en sentido estricto, el oficial público no "firma" el instrumento, sino que lo "autoriza" con su firma y sello; hay una nueva imprecisión terminológica: las "partes" son los sujetos del acto o negocio que contenga el documento escrito; y, en rigor, los sujetos del instrumento son los "comparecientes" y "otorgantes" (estos últimos son los que emiten la declaración de voluntad negocial que contiene el instrumento, actuando por sí o por otros, y en esas condiciones los suscriben, y si el instrumento está destinado a fijar, comprobar o autenticar un hecho, el sujeto instrumental se designa "requirente"). Por último, el artículo 988 del Código Civil disponía en sentido similar. El CCyCo. incorpora como condición de validez del documento la "firma" (léase "autorización") del propio oficial público.

2. El [artículo 296 del CCyCo.](#), con mayor precisión que el derecho anterior, indica en su primer inciso los hechos auténticos que están dotados de fe pública, diferenciándolos de los meramente autenticados por haberse verificado ante el oficial público, pero que pueden ser atacados por simple prueba en contrario, y que están considerados en el segundo inciso de la norma nueva.

3. A diferencia del artículo 1011 del Código Civil anterior, en el CCyCo. no se considera el procedimiento para la reconstrucción del protocolo, ante su pérdida, destrucción o extravío, aspecto que quedará entonces regido por los códigos procesales y las reglamentaciones notariales de corte local. Amén de su forma protocolar, el CCyCo. considera algunos recaudos que deben cumplirse en la confección de estos documentos, cabiendo efectuar dos consideraciones preliminares: la primera es que los requisitos indicados en el CCyCo. deben ser complementados con los que dispongan las leyes y reglamentos notariales locales por vía de reglamentación (de aquí que en estas lides no puede ni debe ser exhaustivo, pues en caso contrario estaría afectando incumbencias y potestades de las legislaciones locales); y, la segunda, de mayor relevancia, es que suprime definitivamente la doble regulación formal de las escrituras públicas según si contienen actos *inter vivos* o *mortis causa*, como sucedía antes.

4. Una nueva imprecisión terminológica se advierte cuando el inciso b), del [artículo 305](#) se refiere al caso del "otorgante" persona jurídica. En rigor, se trata del compareciente y otorgante que actúa como representante orgánico o voluntario de ellas, que como ficciones que son, no puede asistir "personalmente" a la suscripción de documento alguno. En ese caso, se dispone que deban lucir en la escritura la denominación, el domicilio social y los datos de su inscripción en los registros públicos pertinentes, a lo que se sumará la indicación de su número de CUIT.

5. Las actas notariales son los documentos notariales que tienen por objeto fijar, comprobar o autenticar hechos, excluidos aquellos que son contenidos propios de las escrituras públicas o de otros documentos con regulación específica (v. gr., certificados, notas y cargos). Se diferencian de la escritura por su contenido fáctico, pudiendo en la mayoría de las demarcaciones confeccionarse de forma protocolar o extraprotocolar por igual.

El [artículo 311 del CCyCo.](#) dispone que estos documentos están sujetos a las mismas formalidades que las escrituras públicas, con las modificaciones que enumera en sus siete incisos. No se trata de una solución novedosa, pues estas premisas ya se encontraban vigentes en nuestro medio, por así disponerlo las normativas de orden notarial que rigen en la mayoría de las demarcaciones del país, que se erigen de este modo en la fuente de inspiración.

Lo que sí es elogiable es que el CCyCo. las imponga de modo obligatorio para toda la República, lo que se erige en un

indudable acierto.

6. Respecto de la eficacia de las actas notariales, *no es menester tratar distinto a un documento que encuadra perfectamente en el esquema de la eficacia probatoria trazado para los instrumentos públicos.*

IV - Instrumentos privados y particulares: son tratados en la Sección 6 del Capítulo V del CCyCo., [artículos 313 a 319](#), y se refieren a la firma de los instrumentos privados, el reconocimiento de la firma, al documento firmado en blanco, a las enmiendas, a la fecha cierta, a la correspondencia y al valor probatorio de los instrumentos particulares. Se estima que el CCyCo. ha introducido cambios trascendentes, suprimiendo el requisito del doble ejemplar, incorporando la impresión digital y firma a ruego, ampliando los modos del reconocimiento de firma, regulando el caso de las enmiendas no salvadas, ampliando considerablemente la prueba de la fecha cierta e introduciendo un texto expreso que permite al juez evaluar en cada caso el valor probatorio del instrumento. [\(60\)](#)

Notas:

- (1) De Solá Cañazares, Felipe: "Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado" - Ed. TEA - Bs. As. - 1957 - T. III - pág. 69
- (2) Roitman, Horacio: "Ley de sociedades comerciales" - 2ª ed. - LL - Bs. As. - 2011 - T. I - pág. 126
- (3) "Serviacero SA" - CNCom. - Sala C - 13/2/1980
- (4) "Hauret, Osmar E. c/Sardi, Domingo A." - CNCiv. - Sala G - 9/11/1989
- (5) Roitman, Horacio: "Ley de sociedades comerciales" - 2ª ed. - LL - Bs. As. - 2011 - T. I - pág. 126
- (6) "Ingeniero Oscar A. Diez SA" - Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata - 8/10/1978
- (7) "Serviacero SA" - CNCom. - Sala C - 13/2/1980
- (8) "Moreno, José s/sucursal c/El Charro Moreno SRL y otros" - CNCom. - Sala C - 9/12/1989
- (9) Roitman, Horacio: "Ley de sociedades comerciales" - 2ª ed. - LL - Bs. As. - 2011 - T. I - pág. 129
- (10) Garo, Francisco: "Sociedades anónimas" - Ed. Ediar - Bs. As. - 1954 - T. I - pág. 309
- (11) González, Carlos E.: "Constitución de sociedades anónimas" - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 1958 - pág. 52
- (12) Malagarriga, Carlos C. - Conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal - 19/3/1961; Rev. del Notariado - Nº 657
- (13) Allende, Ignacio M. y Moral de Martí, Josefina: "Formalidades constitutivas, modificatorias y disolutivas en las sociedades por acciones" - Ed. Fedye - 1974 - págs. 54/5, citando en apoyo a Ripert y Boulanger
- (14) Solari Brumana, Juan A.: "Algunas reflexiones sobre un aspecto de la ley 19550 de sociedades comerciales" - JA - Doctrina 1973 - pág. 662
- (15) Allende, Ignacio M., y Moral de Martí, Josefina: "Formalidades constitutivas, modificatorias y disolutivas en las sociedades por acciones" - Ed. Fedye - 1974 - págs. 45, 54, 132, 133 y 134, citando en apoyo a Ripert y Boulanger
- (16) Zavala Rodríguez, Carlos J.: "Constitución y modificaciones de las sociedades por acciones" - Ed. Astrea - 1973 - págs. 93/104
- (17) Halperín, Isaac: "Sociedades anónimas" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1974 - págs. 58 y 60
- (18) Roitman, Horacio: "El requisito de la escritura pública en la constitución de la sociedad anónima en la ley de sociedades comerciales" - RDCO - año 5 - 1972 - pág. 675
- (19) Suárez Anzorena, Carlos: "Tendencias fundamentales en el anteproyecto de la reforma del régimen legal de las sociedades comerciales" - LL - 1967 - pág. 980
- (20) Verón, Alberto V.: "Nuevo régimen de sociedades comerciales" - Ed. Astrea - Bs. As. - 1973 - pág. 12
- (21) Solari Brumana, Juan A.: "Algunas reflexiones sobre un aspecto de la ley 19550 de sociedades comerciales" - JA - 1973 - pág. 662
- (22) "S. Matamoros, José c/Hijos de J. Matamoros s/retiros de socios" - SC (Bs. As.) - 23/4/1985 - Ac. 33026
- (23) "Hominal SA c/Establecimiento Agrícola La Mary" - CApel. CC Santa Fe - Sala III - 21/7/1976
- (24) "Saiz, María L. c/Camper Comercial Industrial y Financiera SA" - CNCom. - Sala C - 2/7/1979 y "Automóviles y Tractores Entre Ríos SA" - CApel. CC Paraná - Sala II - 6/2/1978
- (25) "Ayasa SA" - CNCom. - Sala D - 18/10/1978
- (26) "Iram Walker SA" - CNCom. - Sala A - 14/8/1979
- (27) "Mecánica Rural Correntina SA" - Cám. Civ. Com. Lab. y de Paz Letrada Curuzú Cuatiá - 5/5/1980
- (28) "Mutuos SRL" - CNCom. - Sala C - 1/8/1974
- (29) Zamenfeld, Víctor: "Constitución de sociedades por acciones bajo la ley 19550" - RDCO - 1972 - pág. 694, apoyándose también en la interpretación in extenso del art. 289 (derogado) del CCo. que los autores del proyecto citan como fuente y omitiendo el art. 295 (instrumentación de las reformas -derogado-) como no antecedente del art. 4. Halperín, Isaac: "Sociedades anónimas" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1974 - pág. 61: "*La ley de sociedades crea un sistema normativo propio que se integra por los arts. 4 -que establece la regla general- y 165, que fija la excepción para las sociedades por acciones, luego, no puede interpretarse ni analógica ni extensivamente el art. 165, toda vez que la ley de sociedades se apartó del régimen del art. 1184 del Cód. Civil.*" Zaldivar y otros: "Cuadernos" - 2ª parte - T. II - págs. 70 y 103. Farina, J. M.: "Sociedades anónimas" - 1973 - pág. 284, haciendo aplicación, además, del art. 996, CC. CNCom. - Sala A - 7/9/1978; ED - págs. 80/136 y LL - T. 1978-D - pág. 54, con nota de Zamenfeld, V., a propósito del instrumento público en las reformas del contrato constitutivo de sociedades por acciones. Halperín: "Curso" - T. I - pág. 267. Solari Brumana, J. A.: "Algunas reflexiones" - JA - Doctrina - 1977 - pág. 661. Fargosi, H. P.: "Reforma de estatuto. Acta de asamblea. Escritura pública" - LL - T. 1978-D - pág. 1025; CNCom. - Sala D - 18/10/1978; LL - T. 1979-A - pág. 79; Escuti, Ignacio A. (h): "La interpretación de la ley y el art. 165 de la ley de sociedades argentinas" - LL - T. 1979-A - pág. 87. Bacqué, Jorge A. y Jelonche, Edgar I.: "Aumentos de capital y reforma de estatuto" - LL - T. 1979-A - pág. 705. CNCom. - Sala A - 14/8/1979; LL - T. 1979-D - pág. 4174, con nota de Vergara del Carril, Daniel: "Instrumentación de reformas estatutarias y órgano que las decide". Deppeler, Néstor R. (h): "¿Qué función cumple la escritura pública en los aumentos de capital y en las reformas de estatuto de las sociedades por acciones?" - LL - T. 1979-B - pág. 786. Contra: Allende, Ignacio M. y Morel de Martín, Josefina: "Formalidades constitutivas, modificatorias y disolutivas de las sociedades por acciones" - Ed. Fedye - Bs. As. - 1974 - pág. 84. CNCom. - Sala D - 29/11/1973; JA - 21-1974-6; Zavala Rodríguez, Carlos J.: "Constitución y modificación de las sociedades por acciones" - Ed. Astrea - Bs. As. - 1973 - pág. 3. CS (Salta) - Sala III - 23/4/1973; LL - 152-410.

Zavala Rodríguez, Carlos J.: "Constitución y reforma de sociedades por acciones" - RDCO - 1976 - pág. 99. Lach, Antonio J.: "Estudio interpretativo de las normas formales contenidas en la ley 19550" - Rev. del Notariado - N° 723 - pág. 793. Instituto Argentino de Cultura Notarial: "La escritura pública es requisito indispensable, en todos los casos, para la constitución de las sociedades por acciones" - Rev. del Notariado - N° 724 - pág. 1293. Hirsch, León: "Algunos aspectos de la nueva ley de sociedades comerciales" - Rev. del Notariado - N° 724 - pág. 1223. Gutiérrez Zaldívar, Álvaro: "La forma de constitución, adecuación y modificación de las sociedades por acciones" - LL - 147-1401 y en Rev. del Notariado - N° 725 - pág. 1649. "La desinterpretación de la ley" - LL - T. 1979-A - pág. 74. Allende, Ignacio N.: "Instrumentación del acto constitutivo y modificatorio en las sociedades anónimas" - LL - 147-1340; "En torno de la instrumentación de los aumentos de capital en las sociedades por acciones" - ED - 80-136. Pelosi, Carlos A.: "Parlando de sociedades" - Rev. del Notariado - N° 727. Díaz, Eduardo A. y Garicoche, Carlos A.: "El fallo 'Cometarsa'" - LL - T. 1979-A - pág. 684. CNCom. - Sala C - 21/3/1978; LL - T. 1978-B - pág. 343. Del Castillo, Francisco J.: "La escritura pública. Único instrumento eficaz para la reforma de estatutos" - LL - XXXIX - 1979 - pág. 109

(30) "Scarpelli, María C. c/Barrio Juniors SRL" - CNCom. - Sala B - 6/6/2002

(31) "Vidriera Argentina SA" - CNCom. - Sala A - 9/5/1974; ED - 57-307

(32) "Dicoagro SA" - CS (Salta) - Sala III - 23/4/1973

(33) Halperín, Isaac: "Sociedades anónimas" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1974 - pág. 62, citando en apoyo a Fontanarrosa. También significa que se apartó del régimen del art. 1184, CC, como la exigencia de escritura pública para los actos accesorios de contratos redactados en escritura pública (Halperín, Isaac: "Sociedades anónimas" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1974 - pág. 62; contra: Zavala Rodríguez y Lach, cuyos argumentos son rebatidos claramente y con fundamentos sólidos por Halperín en la nota 12 de la obra precedentemente citada)

(34) CNCom. - Sala D - 18/10/1978; LL - T. 1979-A - pág. 77

(35) Cám. 1ª Civ. Com. Tucumán - 5/4/1973; LL - 153-402 - 30.811-S y JA - 22-1974-685

(36) Richard Escuti, Romero (h): "Manual" - págs. 60/8

(37) En contra, Halperín y Zaldívar

(38) Salvat, Raymundo: "Tratado de derecho civil argentino. Parte general" - Ed. Jesús Menéndez - Bs. As. - 1928 - N° 1886 - pág. 781

(39) Richard, Soledad y Belmaña, Ricardo: "El acto constitutivo de la sociedad anónima por acto único y su reforma estatutaria. La forma instrumental" - JA - 1997-IV-702, siguiendo a Borda

(40) Llerena, B.: "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino" - 3ª ed. - Bs. As. - T. IV - N° 1 - pág. 39

(41) Cám. 2ª Civ. y Com. Tucumán - 8/10/1973; ED - 54-534 y LL - 153-359

(42) Lo que estimamos en la práctica no se da con frecuencia ya que, en rigor, el acto fundacional con la participación de todos los constituyentes debiera celebrarse por ante el escribano que labrará el acta pública respectiva

(43) Favier Dubois, Eduardo M.: "La constitución de la sociedad anónima, el interés público y la seguridad jurídica" - JA - 1997 - T. IV - pág. 698

(44) Richard, Soledad y Belmaña, Ricardo: "El acto constitutivo de la sociedad anónima por acto único y su reforma estatutaria. La forma instrumental" - JA - T. 1997-IV - pág. 703

(45) Favier Dubois, Eduardo M.: "La constitución de la sociedad anónima, el interés público y la seguridad jurídica" - JA - 1997 - T. IV - pág. 698

(46) Favier Dubois, Eduardo M.: "La constitución de la sociedad anónima, el interés público y la seguridad jurídica" - JA - 1997 - T. IV - pág. 698

(47) Cám. 1ª Civ. Com. Tucumán - 5/9/1973; LL - 153-402 - 30.811-S, y JA - 22-1974-685. Aunque también en Tucumán se sentó que, cuando se trata de la constitución por acto único, requiere el instrumento público, que será comúnmente la escritura pública, aunque -agrega- no se puede afirmar que los actos o controles administrativos que se ejercen para la constitución definitiva de la sociedad anónima sean instrumentos públicos (Cám. 2ª Civ. Com. Tucumán - 8/10/1973; ED - 91-528 y Rev. LL - N° 21981 - 3065)

(48) CNCom. - Sala B - 16/2/1973; JA - 18-1973-540, y Rev. LL - N° 3 - 1993-1442. CNCom. - Sala C - 24/9/1980; ED - 91-528 y Rev. LL - N° 2 - 1981-3065

(49) Roitman, Horacio: "El requisito de la escritura pública en la constitución de la sociedad anónima en la ley de sociedades comerciales" - RDCO - año 5 - 1972 - pág. 682

(50) Roitman, Horacio: "El requisito de la escritura pública en la constitución de la sociedad anónima en la ley de sociedades comerciales" - RDCO - año 5 - 1972 - pág. 685

(51) CNCom. - Sala B - 16/2/1973; JA - 18-12973-540 y Rev. LL - XXXIII-1442 - sum. 3

(52) Halperín, Isaac: "Sociedades anónimas" - Ed. Depalma - Bs. As. - 1974 - pág. 114

(53) Zavala Rodríguez, Carlos J.: "Constitución y modificación de las sociedades por acciones" - Ed. Astrea - Bs. As. - 1973 - págs. 85/6

(54) Tal subtipo societario constituye algo más del 90% del total de sociedades anónimas registradas en nuestra jurisdicción y se justifica entonces que a él hayamos dirigido nuestra mira (Consids. de la Disp. 104/1972, ap. V, párr. 2); importante constatación sobre la importancia y tratamiento disímil que merece la sociedad anónima cerrada o de familia

(55) El actual art. 1017, CCyCo. la reemplaza de manera similar

(56) Fundamentos del Proyecto de CCyCo., IV, Cap. 5

(57) Saucedo, Ricardo J.: "Los instrumentos públicos privados y particulares" en Rivera, Julio C. (Dir.): "Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012" - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2012 - págs. 167/205

(58) Saucedo, Ricardo J.: "Los instrumentos públicos privados y particulares" en Rivera, Julio C. (Dir.): "Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012" - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2012 - págs. 167/205

(59) Saucedo, Ricardo J.: "Los instrumentos públicos privados y particulares" en Rivera, Julio C. (Dir.): "Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012" - Ed. AbeledoPerrot - Bs. As. - 2012 - págs. 167/205

(60) Orelle, José M. R.: "Instrumentos públicos, privados y particulares" en Curá, José M. (Dir.): "Código Civil y Comercial de la Nación comentado" - LL - Bs. As. - 2015 - T. I - págs. 627/41

