

Capítulo IX. – REQUISITOS DE CONSTITUCION DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES .....	115
1. <i>Forma del contrato de sociedad</i> .....	116
1.1. Constitución por acto único .....	117
1.2. Constitución por suscripción pública o sucesiva .....	118
1.3. Resoluciones de los órganos de control. Jurisprudencia ..	118
1.4. Contenido del instrumento de constitución .....	120
1.4.1. Estatuto tipo .....	121
2. <i>Conformidad administrativa de la constitución</i> .....	123
2.1. Organó competente. Remisión .....	124
2.2. Requisitos legales para el trámite de constitución .....	124
2.3. Requisitos fiscales. Remisión .....	125
2.4. Trámite administrativo. Procedimiento .....	125
2.5. Recursos .....	126
2.5.1. Apelación judicial .....	126
2.5.2. Recursos administrativos .....	126
3. <i>Publicidad del contrato constitutivo</i> .....	127
3.1. Medios de publicidad .....	127
3.1.1. Inscripción registral .....	127
3.1.2. Periodística .....	128
3.2. Efectos de la publicidad .....	128
<i>Normas relativas a acto constitutivo</i> .....	128
<i>Normas relativas a estatuto tipo</i> .....	129
<i>Bibliografía especializada</i> .....	129

## Capítulo IX

### REQUISITOS DE CONSTITUCION DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

SUMARIO: 1. *Forma del contrato de sociedad.* 1.1. Constitución por acto único. 1.2. Constitución por suscripción pública o sucesiva. 1.3. Resoluciones de los órganos de control. Jurisprudencia. 1.4. Contenido del instrumento de constitución. 1.4.1. Estatuto tipo. 2. *Conformidad administrativa de la constitución.* 2.1. Órgano competente. Remisión. 2.2. Requisitos legales para el trámite de constitución. 2.3. Requisitos fiscales. Remisión. 2.4. Trámite administrativo. Procedimiento. 2.5. Recursos. 2.5.1. Apelación judicial. 2.5.2. Recursos administrativos. 3. *Publicidad del contrato constitutivo.* 3.1. Medios de publicidad. 3.1.1. Inscripción registral. 3.1.2. Periodística. 3.2. Efectos de la publicidad.

El proceso de constitución de las sociedades por acciones reconoce dos etapas diferenciadas en sus contenidos y en sus efectos.

La *primera* es la del perfeccionamiento del contrato plurilateral que se materializa en el instrumento constitutivo donde constan las declaraciones de voluntad de los socios que concurren a la formación del ente y el texto del estatuto que regirá la vida societaria.

La *segunda* se enmarca dentro de las formalidades indispensables para lograr la regularidad del tipo social y comprende a su vez:

- a) Un procedimiento en sede administrativa (art. 167, 1ª parte de la L.S.).

- b) Otro en sede judicial con fines de publicidad (artículo 167 2ª parte L.S.).

En este Capítulo desarrollaremos cada uno de estos pasos. Este procedimiento ha sido modificado en la Provincia de Buenos Aires por imperio de la ley provincial n° 9118 fundada en la autorización otorgada por la ley 21.768, que modifica el Capítulo III del Título IV, artículos 116, 117, 118, 119 y 121 de la ley 5827, orgánica del Poder Judicial, texto según ley 8337, que regula el Registro Público de Comercio. En el artículo 117 excluye a las sociedades por acciones del trámite de inscripción registral mercantil, la que pasa a competencia de la Dirección de Personas Jurídicas (art. 11°, ley 8671 modificada por ley 9118).

## 1. FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD °

La forma de los negocios jurídicos en general es considerada como el modo, medio o manera de expresarse o exteriorizarse las declaraciones de voluntad (¹). Cualquier declaración de voluntad de carácter negocial debe tener una modalidad exterior naturalmente idónea (²). Si faltare la forma, la voluntad sería un fenómeno síquico carente de trascendencia en el mundo jurídico (artículos 913 a 917 del Código Civil).

Por eso, todos los negocios tienen una forma, no obstante se reserva la calificación de negocios formales, a la cual pertenece el contrato de sociedad, para aquellos a los cuales la ley les tasa una forma deter-

(°) GAGO, Carlos B., *Forma y publicidad del contrato de sociedad y sus modificaciones*, en *Gaceta del Notariado*, Santa Fe, n° 71, p. 43 y ss.

(¹) MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, T. II, p. 456.

(²) BARBERO, Doménico, *Sistema de Derecho Privado*, T. I, p. 456.

minada para su validez —formales *ad solemnitatem*—, o para su prueba —formales *ad probationem*—.

### 1.1. *Constitución por acto único.*

La Ley de Sociedades en su artículo 165 requiere como forma para la constitución de la sociedad por acto único el *instrumento público*.

El texto legal, que modificó la redacción del Proyecto que dejaba librada a la autonomía de la voluntad la instrumentación del acto constitutivo por instrumento público o privado, desató en la doctrina una polémica acerca de la interpretación del alcance de la expresión instrumento público.

Una corriente sostiene que, de la interpretación completa y no parcial de la ley 19.550, y la legislación vigente en cuanto a la forma de los actos jurídicos, surge que el acto constitutivo debe realizarse por escritura pública y aun deben elevarse a ella las constituidas por instrumentos que no lo sean <sup>(3)</sup>.

La opinión contraria afirma que la ley regula supuestos de constitución (que no son el procedimiento corriente de reunión de una pluralidad de constituyentes), ya sea en un acto independiente de procedimiento judicial o administrativo específico, tales los casos del artículo 28 de la Ley de Sociedades, o en aquellos en que el Estado es constituyente de la sociedad y en el expediente administrativo que así lo resuelve se otorga el acta constitutiva con todos los requisitos legales por un funcionario con atribuciones suficientes, tal como lo prevé el artículo 979 del Código Civil.

En consecuencia, para esta corriente, *instrumento público* no es sinónimo de *escritura pública*, aunque re-

<sup>(3)</sup> ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, *Constitución y Modificación de Sociedades por Acciones*, Ed. Astrea, 1973, p. 54 y 74.

conoce que en la mayoría de los casos, pero no en todos, ésta será el instrumento idóneo (4).

### 1.2. *Constitución por suscripción pública o sucesiva.*

También en este caso se polemiza acerca de la necesidad de la escritura pública como forma requerida por la ley para la validez del acto.

El doctor Zavala Rodríguez, a cuya obra (5) remitimos para un estudio detallado de los argumentos que invoca, sostiene que aun en el caso de constitución por suscripción pública las sociedades deben constituirse por escritura pública.

Para Halperín (6) en cambio, en este procedimiento el acta constitutiva de la sociedad es otorgada por un funcionario en ejercicio de funciones y en la forma determinada por la ley (artículos 176, 179, ap. 7º y 180), la que no exige otorgamiento de escritura pública después del acta.

### 1.3. *Resoluciones de los Organos de Control. Jurisprudencia.*

En previsión de la entrada en vigencia de la ley 19.550, la I.G.P.J. de Capital Federal emitió la Resolución nº 48, año 1972 en la que se admitía la constitución provisoria por instrumento privado, que ya había sido aprobada para las Sociedades en Comandita por Acciones (Res. 23 del año 1971) y se fundaba en razones de celeridad, simplificación y economía procesal.

Según ese criterio solamente se requería la actuación notarial para la certificación de autenticidad de

(4) HALPERÍN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, p. 459.

(5) ZAVALA RODRÍGUEZ, *Ob. cit.*, p. 69.

(6) HALPERÍN, *Ob. cit.*, p. 60.

las firmas de todos los constituyentes en el lugar y fecha de su otorgamiento.

El artículo tercero de dicha resolución condicionaba la conformidad administrativa al cumplimiento de los requisitos de instrumentación pública, publicación e inscripción que ordena la ley 19.550.

Este criterio ha sido receptado por la I.G.P.J. de Santa Fe en su Resolución n° 192, año 1974, Anexo I. 1. y por la Fiscalía de Estado de Tucumán en Resolución n° 138 de 1974.

A raíz de esta solución formal contenida por la Resolución 46, se planteó la cuestión en Sede Judicial dando lugar a un fallo de la Cámara Nacional Comercial, Sala B (7), suscripto por los doctores Isaac Halperín y Alejandro Vázquez que manifiesta que “el acto de referencia, hecho en instrumento privado y en esta forma aprobado (*sic*) por la I.G.P.J., no fue otorgado de acuerdo con la exigencia del artículo 165 de la citada ley, que impone al mismo la formalidad del instrumento público. La escritura pública otorgada con posterioridad a la referida aprobación por la autoridad de contralor administrativo no cumple con la aludida exigencia legal”.

Con posterioridad al fallo aludido, la I.G.P.J. de Capital Federal modificó el criterio por Resolución 32/73 que en su artículo 1° expresa que “el trámite para obtener la conformidad que prescribe el artículo 167 de la ley 19.550 deberá iniciarse presentando testimonio o fotocopia de la escritura pública constitutiva”.

Esta solución también fue adoptada por los Organos de Control de Provincia de Buenos Aires en su Comunicación Interna n° 2, año 1972, artículo 1; Entre

(7) CNCom., Sala B in re, Autos Pueyrredón 419, RDCO, p. 99.

Ríos, en Resoluciones 38 y 162 de 1977; Salta, Resolución n° 21/78; Chubut, Resolución 7/77; Río Negro, Resolución 2331/72; San Luis, Resolución 1/77.

#### 1.4. *Contenido del instrumento de constitución.*

De la aplicación concordada de los artículos 11 y 166, surge que el instrumento de constitución deberá contener:

- a) Nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad de los socios (art. 11, inc. 1°). Este tema es analizado, al igual que los subsiguientes, en esta obra. Ver Capítulo I.
- b) La denominación en las sociedades anónimas. En las sociedades en comandita por acciones, la denominación o la razón social según la opción del artículo 317 Ley de Sociedades (art. 11, inc. 2°). Ver Capítulo II.
- c) El domicilio de la sociedad (art. 11, inc. 2°). Ver Capítulo III.
- d) La designación del objeto social (art. 11, inc. 3°). Ver Capítulo V.
- e) El capital de la sociedad (art. 11, inc. 4°) y respecto de él la naturaleza, clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones, y en su caso el régimen de aumento (art. 166). Ver Capítulos VI y VIII.
- f) Cuadro de suscripción del capital, el monto y forma de integración y si corresponde, el plazo para el pago del monto adeudado (artículo 166). Ver Capítulo VII.

- g) El plazo de duración de la sociedad (artículo 11, inciso 5º). Ver Capítulo IV.
- h) La organización del Organo de Administración (art. 11, inc. 6) y los sistemas de elección de sus miembros con fijación de su duración en los cargos (art. 166). Ver Capítulo X.
- i) La organización del órgano de fiscalización (art. 11, inc. 6º) y los sistemas de elección de su o sus miembros con fijación de su duración en los cargos (art. 166). Ver Capítulo XIV.
- j) La organización de la Asamblea y las normas de funcionamiento (art. 11, inc. 6º). Ver Capítulo XIII.
- k) Las reglas de distribución de ganancias o pérdidas (art. 11, inc. 7º).
- l) La regulación de las relaciones jurídicas de los socios entre sí y respecto de terceros (art. 11, inc. 8º).
- ll) Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad (art. 11, inc. 9º).

1.4.1. *Estatuto tipo*: Con el objeto de facilitar la tarea de elaboración de los estatutos por las sociedades y facilitar la realización de los trámites administrativos, esto es por razones de economía procesal, los distintos Organos de Control han elaborado formularios que contienen las cláusulas estatutarias y contractuales requeridas por la ley 19.550 las que deben ser completadas por los interesados. Son éstos los llamados *estatutos tipos*.



Es de hacer notar que su utilización no es obligatoria, aun cuando algunas resoluciones de autoridades de control así lo impongan (°).

Este tipo de imposiciones no hallan sustento legal alguno y por lo tanto los entes societarios tienen plena libertad para el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la redacción de los instrumentos que habrán de regir su funcionamiento, reconociendo como único límite admisible el cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación vigente.

Recientemente la IGPJ de Capital Federal ha introducido algunas modificaciones en el estatuto tipo a la par que legisla una novedad práctica.

En efecto, la Resolución n° 3 del año 1979 permite adoptar expresamente y sin reservas ni modificaciones el texto del estatuto tipo, el que no será transcrito en el acta constitutiva y tendrá carácter obligatorio en lo relativo a su texto (art. 1°).

Para la validez del instrumento constitutivo el artículo 2° impone que se deje constancia de la adopción del Estatuto Modelo, de la denominación, objeto y capital social, así como la fecha del cierre del ejercicio económico y de la suscripción del capital social y su integración dentro de los márgenes legales. También deberá consignarse la designación de Directores, síndicos y apoderados o autorizados para el trámite.

Es de hacer notar que para que la autorización de adopción de las normas citadas sea admisible, la Resolución citada impone, por razones eminentemente prácticas aunque no del todo fundadas en sus considerandos, que se trate de sociedades compuestas por personas fí-

(°) Res. 18/78, Art. 2 y 3. E. Ríos.

sicas y que el número de constituyentes no exceda de cinco (art. 3º) y que la integración del capital social se realice mediante aportes en dinero efectivo.

## 2. CONFORMIDAD ADMINISTRATIVA DE LA CONSTITUCION

El artículo 167 de la Ley de Sociedades establece que el contrato constitutivo debe ser presentado ante la autoridad de contralor, la que debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.

Esta norma modifica totalmente el sistema tradicional de intervención estatal, ya que hasta la promulgación de la ley 19.550 el Estado otorgaba la autorización para la constitución, la que por sus efectos era un requisito para la validez del acto.

En el actual sistema, el Organo de Control no autoriza sino que *conforma* la constitución. El contenido de esa conformidad es el de un control de legalidad del acto, esto es que se ajuste a las normas legales vigentes.

No obstante ello, como excepción, en dos casos la ley requiere la aprobación estatal. Ellos son:

a) En los casos de constitución por suscripción pública, el programa de fundación debe ser sometido a la aprobación de la autoridad de control (art. 168 L.S.);

b) Para los casos de constitución con aportes en bienes no dinerarios, el artículo 53 L.S. requiere la aprobación de la valuación de los mismos. Este acto, al control de legalidad agrega el de mérito y confiere eficacia al acto.

Quede claro que esta aprobación no refiere al otorgamiento del carácter de persona jurídica, la que es reconocida por el artículo 2º de la Ley de Sociedades, sino a algunos componentes que complementan el acto constitutivo.

### 2.1. *Organo competente. Remisión.*

En la Provincia de Santa Fe, la conformidad administrativa para la constitución de sociedades por acciones es prestada por la Inspección General de Personas Jurídicas, organismo interno dependiente de Fiscalía de Estado que fue creada por Ley Provincial N° 6926, cuyo funcionamiento está reglamentado por el Decreto Provincial n° 3810 del 22 de octubre de 1974.

Para la síntesis correspondiente a Capital Federal y demás provincias, remitimos *infra*, página 233, donde se halla la denominación de los organismos, leyes de creación y reglamentación pertinente.

### 2.2. *Requisitos legales para el trámite de constitución. Remisión.*

En Santa Fe, estos requisitos están establecidos por la Resolución n° 192 del 22 de noviembre de 1974, dictada por la Inspección General de Personas Jurídicas.

Allí se establecen los requisitos legales comunes a toda constitución (Anexo I. 1. y 2.); los requisitos legales para los casos de constitución con aportes en bienes no dinerarios (Anexo II); y con aporte de Fondo de Comercio (Anexo III). En cuanto al contenido de estos temas remitimos al Capítulo VII en que se trata el tema de los aportes.

Para el trámite ante los Organos de Control de Capital Federal y Provincias, remitimos al Capítulo XV.

Es importante destacar que por imperio del artículo 16 del decreto 3810 la solicitud de conformidad del acto constitutivo deberá presentarse dentro de los sesenta días hábiles de su realización. En caso contrario el acto deberá ser previamente ratificado.

La intervención de la I.G.P.J. no se reduce a la prestación de conformidad al acto constitutivo, sino que también se extiende a los casos de modificación del contrato, transformación, fusión y escisión, y todo ello sin perjuicio de las atribuciones de Organismo de Control externo de las sociedades que analizaremos en el Capítulo XV.

### 2.3. *Requisitos fiscales. Remisión.*

Los requisitos fiscales de constitución son tratados, conjuntamente con los demás relativos a las sociedades por acciones, en el Capítulo XVIII, al cual remitimos.

### 2.4. *Trámite administrativo. Procedimiento.*

En la Provincia de Santa Fe se rige por las normas del Decreto 3810.

Como lo indicáramos más arriba la solicitud de otorgamiento de conformidad del acto constitutivo debe promoverse dentro de los sesenta días hábiles contados desde la fecha de celebración del acto constitutivo.

El trámite podrá ser iniciado por los representantes legales o bien por mandatarios especiales designados por aquéllos o por los socios fundadores en el acto de constitución.

Si la autoridad de control verifica la falta de cumplimiento de los requisitos legales (de fondo y de forma) y fiscales, formula las observaciones pertinentes, las que deberán ser contestadas por la sociedad dentro de los diez días.

El representante legal o el mandatario especial, en la medida de la extensión de las atribuciones otorgadas en el poder, podrán proponer las modificaciones pertinentes.

Esas modificaciones, para cuya realización están autorizados quienes tramitan la conformidad adminis-

trativa no podrán afectar los elementos constitutivos del contrato ni los vicios de forma en que se hubiese incurrido en la celebración.

Subsanadas que sean las observaciones, la I.G.P.J. dicta una resolución por la que declara que la sociedad ha cumplido con los requisitos legales y fiscales.

En ese estadio, la Inspección eleva copia autenticada al Registro Público de Comercio con lo que quedará expedita la vía judicial para el trámite de inscripción registral.

## 2.5. *Recursos.*

En caso de resolución denegatoria, la sociedad podrá apelarla ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del domicilio de la Sociedad (art. 306 L.S.) o recurrir en sede administrativa (ley 6926, art. 5°).

2.5.1. *Apelación judicial*: El recurso deberá interponerse fundado ante la Autoridad de Control dentro de los cinco días de notificada la resolución y las actuaciones serán elevadas dentro de los cinco días posteriores (art. 169 L.S.).

Obviamente la Inspección no es parte en la sustanciación del recurso por lo que no corresponde correrle traslado para la expresión de agravios. Así lo ha entendido la jurisprudencia (°) para la cual el Organismo de Contralor cumple las funciones de la Primera Instancia.

2.5.2. *Recursos administrativos*: En sede administrativa proceden los recursos de revocatoria ante la Inspección General y de apelación ante el Poder Ejecutivo, los que deberán ser interpuestos dentro del quinto día de la notificación de la resolución en forma conjunta

(°) CNCom., Sala A, in re "Cometarsa S. A.", Rev. ED, 6 de noviembre de 1978.

(ley 6926, art. 6º). El recurso debe ser fundado y en el escrito de presentación ofrecerse toda la prueba.

Cuando se optare por la vía judicial quedará excluida la administrativa.

En lo referente al trámite en Capital Federal y Provincias, ver concordancias en el punto 5 del Capítulo XV.

### 3. PUBLICIDAD DEL CONTRATO CONSTITUTIVO

Si bien la mayoría de los autores consideran a la publicidad como parte de la forma del acto jurídico, es nuestra opinión que, aunque ambas tienen por finalidad dar certeza al negocio no se las puede asimilar, puesto que la publicidad consiste en un procedimiento tendiente a dar a conocer un negocio que ya tienen forma.

Definimos a la *publicidad* como el acto de certeza cuya finalidad es hacer conocer, por la generalidad de los terceros, un negocio jurídico, en tutela de sus intereses (1º).

Su fundamento reside en que mediante ella crece el grado de seguridad de los terceros en orden a las relaciones jurídicas en general, evitando que el negocio quede oculto (11).

#### 3.1. Medios de publicidad.

3.1.1. *Inscripción registral*: Consiste en la inserción del contenido del acto en un registro de carácter público llevado y custodiado por funcionarios públicos.

Para las sociedades por acciones es obligatoria la inscripción en el Registro Público de Comercio, tal lo previsto por los artículos 167, 2ª parte y 5 de la Ley de Sociedades.

(1º) MESSINEO, *Ob. cit.*, p. 241 y 392.

(11) MESSINEO, *Ob. cit.*, p. 393.

3.1.2. *Periodístico*: Este medio consiste en la inserción de la totalidad o parte de un acto en un periódico general o especial.

La ley 19.550, en su artículo 10º modificado por la ley 21.357, establece que las sociedades por acciones deberán publicar por un día en el diario de publicaciones legales (de ordinario Boletín Oficial) un aviso cuyo contenido detalla a continuación y a cuya lectura remitimos.

Respecto al orden de prelación de ambos modos de publicidad, el artículo 6º de la Ley de Sociedades determina que primero el juez debe ordenar la publicidad periodística y luego la inscripción registral, ya que impone al Juez de Registro la toma de razón previa publicación si correspondiere.

### 3.2. *Efectos de la publicidad.*

El artículo 7º de la Ley de Sociedades expresa que la sociedad sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, y sólo será oponible frente a terceros a partir de ese momento (art. 12 L.S.).

La falta de publicidad no acarrea la nulidad sino que convierte a la sociedad en irregular.

#### NORMAS RELATIVAS A ACTO CONSTITUTIVO

*Capital Federal*: Res. 46/72; Res. 32/73 (TO 1.2.1.), derogatoria de la R. 48/72; Res. 70/72 (TO 1.2.2.3.); Res. 8 y 9/76; Res. 15/77 (TO 1.2.3.); TO 1.2.5.

*Santa Fe*: Res. 192/74, Anexo, I.1, I.2.

*Buenos Aires*: Comunicación interna 2/72.

*Entre Ríos*: Res. 162/77, Anexo, I; R. 38/77.

*Tucumán*: R. 138/73.

Ver advertencia *supra*, p. 37.

## ESTATUTO TIPO

*Capital Federal*: Res. 46/72 - 74/72 - 3/79.

*Santa Fe*: Res. Ministerio de Gobierno 1717/72.

*Buenos Aires*: Disp. 104 y 107/72.

*Entre Ríos*: Res. 18/78.

*Tucumán*: Res. 44/77.

*Córdoba*: Res. 170/79.

## BIBLIOGRAFIA ESPECIALIZADA

MASCHERONI, Fernando, *El artículo primero de la Ley de Sociedades*, L. I., marzo de 1972.

OTAEGUI, Julio C., *Acto Social Constitutivo. Esquema de sus elementos*, R.D.C.O., 1972, p. 771.

OTAEGUI, Julio C., *Acto social constitutivo y persona societaria. Esquema de sus naturalezas*, R.D.C.O., 1975, p. 365.

ROITMAN, Horacio, *El requisito de la Escritura Pública en la constitución de la Sociedad Anónima en la L. S. C.*, R.D.C.O., 1972, p. 673.

SOLARI, *Los poderes especiales para constituir sociedades por acciones*, L. L., t. 1976-B, p. 629.

ZAMENFELD, Víctor, *Constitución de sociedades por acciones bajo la ley 19.550*, R.D.C.O., 1972, p. 687.

ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., *Constitución y reforma de sociedades por acciones*, R.D.C.O., 1976, p. 99.