

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA ESCRITURA PÚBLICA Y LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

JUAN CARLOS SMITH

I.- El artículo 49 del anteproyecto de "ley general de sociedades" de 1967 establece que el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad podrá otorgarse por instrumento público o privado.

Si bien las formalidades postuladas no alteran el régimen instituido por el Código de Comercio y sus leyes complementarias para la constitución de ciertas especies de sociedades comerciales, sí, en cambio, representan una modificación de importancia suma en lo que hace a las anónimas y a las comanditarias por acciones, para cuyos actos constitutivos el artículo 289 de dicho Código establece imperativamente la modalidad de instrumento público.

Antes de examinar el problema implicado en la reforma proyectada no está de más referirnos someramente al régimen legal hasta ahora vigente.

En rigor de verdad, la imprecisa redacción de los dos últimos párrafos del artículo 289 del Código de Comercio y su correlación con otras normas del título III, ha conducido a una discrepancia respecto de su verdadero sentido y alcance.

Dichos párrafos expresan textualmente: "La escritura de sociedad puede ser pública o privada. Las sociedades anónimas y las en comandita por acciones deben constituirse por instrumento público".

En relación a los casos de constitución simultánea de una sociedad anónima - que son, por de pronto, los más frecuentes - el problema doctrinario se ha complicado notablemente cuando se ha pretendido armonizar el sistema de los artículos 289, 291 y 292 del Código con el de los artículos 318 y 319.

Pues si bien, por un lado, resulta evidente que el último párrafo del artículo 289 al ser correlacionado con el anterior está aludiendo efectivamente a una escritura pública, la cual debe ser otorgada con el contenido taxativamente determinado por los artículos 291 y 292 como un acto constitutivo previo a todos los procedimientos conducentes a la autorización y a la inscripción de la sociedad anónima(1)(1), por otro lado, las disposiciones del artículo 318 que prescribe imperativamente que las sociedades anónimas no podrán constituirse definitivamente sin que se hayan cumplido las condiciones que él estatuye (entre las cuales se encuentra, precisamente, la de que haya sido autorizada por el Poder Ejecutivo - inc. 49 -) y las del artículo 319 que faculta - pero que no exige - a otorgar la escritura de constitución definitiva cuando las condiciones exigidas por el artículo anterior se encuentren cumplidas, han planteado un serio interrogante en torno al verdadero carácter del acto inicialmente constitutivo y a la especie de instrumento que ha de exteriorizarlo.

Quienes, bien fundamentados en lo que liminarmente dispone el artículo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

282 del Código citado, consideraron que el acto constitutivo de una sociedad por acciones es realmente un contrato, han defendido por lo general la tesis de que el instrumento público a que se refiere el último párrafo del artículo 289 es necesariamente una escritura pública(2)(2). El antiguo texto del artículo 1184 inc. 3º del Código Civil apoyaba, por otra parte, esta posición.

Pero quienes, partiendo del concepto de que en una sociedad anónima no existe sociedad de personas sino una simple asociación de capitales afectados al fin de una empresa comercial (art. 313 del Código de Comercio)(3)(3), fueron desdibujando el carácter contractual que evidentemente tiene este tipo de sociedades y dando asidero, a veces sin proponérselo, a la tesis de que la expresión "instrumento público" contenida en el último párrafo del artículo 289 no se refiere necesariamente a la escritura pública.

No pocos comercialistas, basados en las costumbres de organismos administrativos(4)(4), admiten que en los casos de formación simultánea, las sociedades anónimas pueden constituirse mediante un acta fundacional privada la cual adquiere el carácter de instrumento público a través del procedimiento ulterior de autorización, publicación e inscripción de la sociedad(5)(5). Otros, en cambio, si bien admiten la constitución inicial por acta privada fundacional, postulan la necesidad de que ésta sea protocolizada bajo firma del presidente y secretario del Directorio, tesis que en parte acepta Rivarola siempre que la protocolización sea hecha por lo menos por diez accionistas(6)(6).

En la práctica, a fin de evitar posibles impugnaciones acerca de la validez de los actos constitutivos de una sociedad anónima, los profesionales escribanos han adoptado el procedimiento de elevar a escritura pública con la comparecencia y declaración formal constitutiva de todos los accionistas fundadores, el testimonio íntegro de todas las actuaciones administrativas cumplidas con motivo de la aprobación de los estatutos y el otorgamiento de la autorización estatal(7)(7).

II.- En el año 1958 se encomendó a los doctores Carlos C. Malagarriga y Enrique A. C. Aztiria la preparación de un anteproyecto de ley general de sociedades, cometido que aquéllos finalizaron en el mes de setiembre de 1959.

Concordante con el Código de Comercio, el artículo 7º de dicho anteproyecto establecía obligatoriamente para la constitución de sociedades anónimas y comanditarias por acciones la formalidad de la escritura pública; pero el propio doctor Malagarriga criticó más tarde aquella disposición aduciendo que, a su juicio, no existen razones de importancia para exigir a las sociedades por acciones y sólo a ellas la constitución por instrumento público(8)(8).

El anteproyecto mencionado fue sometido al análisis de una Comisión Asesora, Consultiva y Revisora que se expidió en el año 1963 manteniendo en lo general los principios fundamentales de aquél, pero modificando, entre otros, el criterio que había adoptado en lo atinente a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la forma de constitución de las sociedades al establecer la opción de constituir cualquier tipo de sociedad mediante instrumento público o privado.

Tal modificación contó en su momento con la aprobación del doctor Malagarriga quien, en una reciente publicación(9)(9), fundamentó su posición expresando: "No hice sin embargo objeción al respecto cuando se me requirió dar mi visto bueno al anteproyecto de 1963; pero sigo creyendo que hubiera sido preferible mantener el sistema tradicional por considerar que la solución propuesta ha de encontrar una resistencia del notariado que puede dilatar la conversión en ley del anteproyecto".

La reciente reforma del artículo 1184 del Código Civil por la ley 17711 ha dejado expedito el camino para cualquier solución que pretenda adoptarse respecto de las formas de constitución de las sociedades comerciales. Pues la norma reformada, al determinar taxativamente cuáles son los actos jurídicos que deben otorgarse por escritura pública, sólo incluye en su inciso 3ºa "los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones".

El criterio adoptado en torno al tema que nos ocupa por el anteproyecto de 1963, ha sido seguido por el de 1967. Como aquél, éste parte de un concepto perfectamente clarificado, a saber: que toda sociedad comercial nace, se constituye y se organiza mediante un contrato. Y a partir de ese concepto su artículo 4º establece, como dijimos, que el contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado.

Esta misma disposición es reproducida por los artículos 165 y 168 relativos, respectivamente, a la constitución de sociedades anónimas por acto único y por suscripción pública.

Pero, comprendiendo todos los casos de constitución de cualquier tipo de sociedades mediante instrumento privado, el artículo 5º, segundo párrafo establece que la inscripción pertinente se hará previa ratificación de los otorgantes ante el juez que la disponga excepto cuando las firmas se encuentren autenticadas por escribano público u otro funcionario competente.

Ahora bien: la exposición de motivos correspondiente al nuevo ordenamiento proyectado, al referirse concretamente a las sociedades anónimas, expresa en primer lugar que se ha otorgado la opción de recurrir al instrumento público o al privado sin imponerse la obligatoriedad del primero, en razón de que los trámites judiciales o administrativos que son menester cumplir con motivo de la formación de aquéllas, tornan innecesaria la escritura pública, desde que tales actuaciones otorgan las máximas garantías de seguridad para los constituyentes y, en todo caso, son también instrumentos públicos según lo estatuye el artículo 979 del Código Civil.

Más adelante amplía esta fundamentación liminar expresando: a) que la intervención de la autoridad de contralor(10)(10) y del juez de registro dispuesta por el art. 167 del anteproyecto, así como la ratificación previa a la inscripción que estatuye el artículo 5º, aseguran ampliamente la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autenticidad del acto fundacional; b) que la adecuación del estatuto a las normas legales se obtiene a través de aquel contralor de legalidad; c) que la ilustración acerca de la gama de soluciones legales posibles deben hallarla los fundadores, en todo caso, en su asesor letrado; y d) que la experiencia argentina en los demás tipos de sociedad, confirma la solución adoptada.

Finaliza la exposición de motivos su fundamentación sobre el particular sosteniendo que la constitución de una sociedad anónima por instrumento privado es aceptada por países que se destacan por su desarrollo económico (Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Alemania, etc.) y tiene las ventajas de disminuir los costos de constitución cuando los fundadores resuelven prescindir del notario, dada la opción otorgada por la ley.

III.- Una visión de conjunto sobre la legislación comparada en relación a la materia que nos ocupa, pone de manifiesto que la mayoría de las leyes extranjeras contemporáneas exige que el acto constitutivo de una sociedad por acciones sea otorgado mediante una escritura pública, esto es, dentro del concepto más generalizado, mediante un acto público de carácter declarativo, autorizado y autenticado por un notario que da fe de la personalidad y capacidad de los otorgantes; de la cuantificación, distribución, suscripción y modos de integración de los títulos - acciones representativos del capital asociado; como así, de la real expresión de la voluntad de los otorgantes en cuanto se refiere a la organización jurídica de la sociedad.

Prescriben con carácter obligatorio este tipo de formalidad las siguientes legislaciones extranjeras: en Austria, el art. 16 de la ley de sociedades de 1937; en Bélgica, el art. 29 del Arreté - Royal de 1935 (ordenamiento legal coordinador de las leyes sobre sociedades comerciales); en Bolivia, el decreto de fecha 8 de marzo de 1860; en Brasil, el art. 17 de la ley de sociedades de 1940, pero únicamente para el caso de que no se celebre una asamblea constitutiva de la sociedad; en Colombia, el art. 465 del Código de Comercio; en Costa Rica, los arts. 6º y 70 de la ley Nº 6 del 24 de noviembre de 1909; en Cuba, el art. 119 del Código de Comercio; en Chile, el art. 426 del Código de Comercio y el art. 350 del mismo ordenamiento, aplicable en virtud de lo dispuesto por el art. 425; en Ecuador, el art. 337 del Código de Comercio; en Egipto, el art. 5º de la ley Nº 26 de 1954, pero sólo en los casos de constitución simultánea mediante suscripción privada de acciones; en El Salvador, el art. 231 del Código de Comercio; en España, los arts. 6º y 10 de la ley de 1951; en Francia, la reciente ley de sociedades de 1966, pero, según interpretamos, sólo a los efectos de que los suscriptores fundadores instrumenten la declaración de haber observado las disposiciones legales referentes a la suscripción y a la liberación del capital asociado; en Filipinas, el art. 6º de la Corporation Law Act Nº 1459 de 1906, modificada por Act 3518 y 3610 de 1929 y Act 437 de 1939; en Grecia, el art. 40 del Código de Comercio; en Haití, el art. 41 del Código de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comercio; en Holanda, el art. 36 del Código de Comercio; en Honduras, el art. 14 del Código de Comercio; en Irán, el art. 37 del Código de Comercio, que también autoriza la constitución de sociedades por acciones mediante instrumento público otorgado por los fundadores ante el encargado del Registro de Sociedades; en Italia, el art. 2328 del Código Civil de 1942; en Japón, el art. 167 del Código de Comercio; en Líbano, el art. 80 del Código de Comercio modificado por leyes de 1944 y 1948, pero su otorgamiento tiene lugar una vez autorizada la sociedad por acciones por decreto del gobierno; en Luxemburgo, el art. 4º de la ley de 1915 modificada por ley de 1933; en México, los arts. 90 y 103 de la ley de 1934; en Mónaco, el art. 2º de la ley de 1895 modificada por ordenanza del 11 de marzo de 1942; en Nicaragua, el art. 121 del Código de Comercio; en Panamá, los arts. 4º y 5º de la ley 32 de sociedades anónimas de fecha 26 de febrero de 1927, ordenamiento que, no obstante, admite otras formas siempre que el instrumento respectivo sea posteriormente protocolizado ante notario en Panamá; en Paraguay, el art. 289 del Código de Comercio; en Perú, el art. 127 del Código de Comercio; en Polonia, el art. 308 del Código de Comercio; en Portugal, el art. 113 del Código de Comercio; en la República Dominicana, el art. 42 del Código de Comercio, pero sólo a los efectos de acreditar la suscripción de las acciones, pues el art. 40 estatuye que la constitución de la sociedad puede hacerse por escritura pública o por instrumento privado; y en Suiza, los arts. 637 y 638 del Código de las Obligaciones.

En cambio, entre las legislaciones que autorizan la constitución de una sociedad por acciones mediante simple instrumento privado, pueden mencionarse las de Canadá (ley federal de 1934), Estados Unidos(11)(11), Gran Bretaña(12)(12), Alemania (nuevo ordenamiento de sociedades de 1965), Uruguay (Resolución ministerial de 1946); Venezuela (art. 252 del Código de Comercio) e Israel (arts. 4º y 5º de la Ordinance de 1929).

Otras legislaciones, ubicadas en una posición intermedia, no exigen la escritura pública para instrumentar los actos constitutivos, pero en cambio requieren que éstos tengan lugar mediante la realización de una asamblea general con publicidad especial. Así, por ejemplo, ocurren en Noruega (arts. 4º y 11 de la ley de 1910); Suecia (arts. 21, 22 y 23 de la ley de 1944) y Dinamarca (arts. 4º, 5º y 9º de la ley de 1930).

IV.- La cuestión de si el contrato constitutivo de una sociedad comercial ha de otorgarse por instrumento público o privado es, en los países de derecho legislado - al igual que cualquier otro problema a que debe atender la función reguladora de las leyes -, una cuestión de política jurídica cuya solución, en tanto sea compatible con los principios constitucionales, queda por completo librada al criterio legislativo.

Nada impide al legislador - o al órgano que desempeña la función legislativa - adoptar una u otra forma de instrumentación.

Por cierto que la extraordinaria proliferación de la actividad empresaria

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que exhibe nuestra época actual y el creciente perfeccionamiento de los métodos técnicos aplicables al control de esa actividad, aconsejan simplificar y agilizar los procedimientos legales tendientes a lograr una más amplia y pronta habilitación de las empresas comerciales, industriales y agropecuarias en base a las cuales se dinamiza el desarrollo económico.

Pero, tanto en esta cuestión como en toda otra donde la solución político - jurídica pretenda alcanzar finalidades más valiosas en vista de los resultados obtenidos por la experiencia histórica de otros países, la legislación ha menester fundamentarse, para no perder eficacia, en el sustrato básico de las costumbres y tradiciones locales. Ninguna solución está más lejos del éxito que aquella que aplica criterios regulativos no admitidos en el fondo común consuetudinario. Este es, precisamente, el secreto de la perdurabilidad del sistema del common law a pesar del extraordinario progreso operado en el contenido concreto de sus instituciones jurídicas.

De un modo general, la gran mayoría de las legislaciones que - como las que cita a título de ejemplo la exposición de motivos del anteproyecto(13)(13) - confieren plena o semiplena validez a las enunciaciones contenidas en un simple instrumento privado, se fundamentan en la arraigada costumbre de imponer la carga de la prueba a quien impugne esa validez, cosa que por cierto no ocurre en las legislaciones prevalentemente inspiradas en concepciones romanistas que, como la nuestra, han aplicado desde sus orígenes y continúan aplicando aún, el criterio tradicionalmente formalista del derecho romano, criterio tanto más difícil de modificar cuanto que constituye el núcleo de la cultura jurídica de sus pueblos.

Es por ello que la función notarial, predominantemente inespecífica en los países escandinavos y anglosajones, adquiere la importancia de una función liminarmente convalidante de los actos jurídicos privados en todos los países de origen latino e incluso en otros que han asimilado la estructura general de la cultura jurídica romana.

No puede, por tanto, considerarse como una mera expresión de coincidencia de intereses profesionales - aunque también en vista de ellos los notarios hayan organizado numerosas reuniones y conferencias de carácter internacional - las declaraciones y ponencias que en apoyo de la intervención notarial en los actos constitutivos y modificatorios de las sociedades comerciales se han formulado en los congresos internacionales del notariado latino, especialmente en el IV, celebrado en Río de Janeiro en 1956 y en el VI, realizado en Montreal en 1961.

V.- Con particular referencia a las sociedades anónimas - a cuyo régimen quedan sujetas de un modo general, también las comanditarias por acciones, según así lo establecen los arts. 314 y 323 del anteproyecto - el problema de la forma en que han de instrumentarse los contratos constitutivos o modificatorios de las mismas no se encuentra circunscripto, como comúnmente se ha sostenido, a la mera eficacia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídica del instrumento respectivo, sino que abarca y comprende otras cuestiones conexas no menos importantes que también deben ser atendidas si se pretende dar al problema una solución integral y adecuada.

Antes de exponer nuestra opinión sobre el particular, examinaremos someramente las razones invocadas en la exposición de motivos del nuevo ordenamiento proyectado, en lo que al tema concierne.

Nadie puede dudar de que los trámites administrativos y judiciales que son menester cumplir con motivo de la formación de una sociedad anónima cuyo contrato constitutivo o modificadorio ha sido celebrado bajo la formalidad de instrumento privado, otorgan las máximas garantías de seguridad para los constituyentes y también para los terceros que han de contratar con ella. La intervención de los organismos administrativos de control que han de prestar su conformidad y la del juez que ha de decretar el registro de la sociedad, suponen de suyo un exhaustivo examen, tanto acerca de los recaudos cumplidos en el acto constitutivo o modificadorio, como en lo que respecta al objeto de la sociedad; a los derechos y obligaciones de los accionistas; a la suscripción del capital, su monto y forma de integración; a la naturaleza, clases y modalidades de emisión; a la distribución de las funciones y a las responsabilidades de ellas derivadas; a la realización de las asambleas; a los modos de elección de los órganos de administración, representación y fiscalización y, en general, acerca de cuanto hace a la organización jurídica de la sociedad. En este aspecto, nada hay que observar a lo que afirma la exposición de motivos en el sentido de que la adecuación del contrato y del estatuto social a las normas legales puede lograrse ampliamente a través de aquel doble control de legalidad.

Tampoco puede discutirse que el requisito de ratificación impuesto por el artículo 5º, segundo párrafo, del anteproyecto, en los casos de constitución o modificación de la sociedad por instrumento privado, al par de acreditar la identidad de los otorgantes, asegura y convalida la autenticidad de la manifestación de voluntad de éstos.

Ni mucho menos puede dudarse de que, como lo señala la exposición de motivos, la ilustración sobre las soluciones legales posibles de los problemas que ordinariamente se presentan en la formación de una sociedad anónima pueden hallarla los fundadores consultando a su asesor letrado. Esto, por otra parte, es tan elemental que carece incluso del valor de un fundamento.

Sí, en cambio, resulta de dudosa validez el argumento de que la instrumentación privada del acto constitutivo de una sociedad anónima ofrezca la ventaja de reducir los costos de constitución. Pues considerando que ésta no consiste en un acto único cuyo contenido pueda ser discrecionalmente establecido por los otorgantes, sino en un proceso complejo que se integra - además del acto constitutivo - con operaciones previas y tramitaciones ulteriores, la eliminación dentro de ese proceso de la función centralizadora que en estos casos cumple el notario, o bien dejaría dispersos e inconexos - y por tanto librados a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personal actividad de los constituyentes - una serie de actos fundamentales como son la redacción del contrato (con el cumplimiento de los requisitos intrínsecos y extrínsecos impuestos por las leyes), la de los estatutos y la posterior tramitación de la aprobación administrativa, o bien la realización de ellos tendría que estar a cargo de los contadores que deben realizar las operaciones contables previas y ulteriores, o a cargo de los abogados que necesariamente deben actuar en los trámites judiciales conducentes a la inscripción de la sociedad. En cualquiera de estos dos últimos supuestos, si se aplica el criterio de una justa retribución de los servicios prestados, los costos de constitución serían aproximadamente iguales a los originados por la intervención sistemática y coordinada de las tres especialidades profesionales que deben actuar necesariamente en el proyecto constitutivo de toda sociedad por acciones.

No menos problemática resulta la afirmación contenida en la mencionada exposición, en el sentido de que la experiencia recogida en nuestro país sobre la constitución por instrumento privado de otros tipos de sociedad autoriza a extender la aplicación del mismo criterio a la formación de sociedades anónimas. Pues la compleja organización de éstas y el estricto ajuste de su mecanismo funcional a exigencias legales más rigurosas que las establecidas para otras especies de sociedades, deben ser conciliados, en todos los casos, con la real voluntad de los otorgantes. Y esta conciliación, no exenta de dificultades e inconvenientes prácticos, sólo puede lograrse de un modo más preciso y menos dilatorio a través de la actuación de un profesional del derecho cuya función sea tan adecuada para conferir al acuerdo de aquellas voluntades el sentido objetivo que la ley impone, como de instrumentarlo bajo condiciones de plena validez.

VI.- Nosotros sostenemos que la instrumentación obligatoria por escritura pública de los contratos constitutivos o modificatorios de sociedades anónimas se impone como la solución más adecuada del problema aquí considerado. Esta opinión se apoya en los siguientes fundamentos:

1º) En primer lugar, la naturaleza propia y esencial de una sociedad anónima, cuya organización exhibe un carácter predominantemente impersonal, ya que no se estructura en base a la actividad individual más o menos especializada de los accionistas sino en base a la integración y la afectación de un patrimonio a los fines de una empresa comercial, exige que todo el sistema de relaciones jurídicas que a partir del otorgamiento del contrato respectivo se establece entre personas fundamentalmente vinculadas por razón de su aporte patrimonial, deba quedar instrumentado mediante un acto auténtico cuya eficacia sea capaz de representar en cualquier momento, y a través de cualquiera de los actos que integren el proceso constitutivo, la existencia y validez de esas relaciones jurídicas.

Piénsese, por ejemplo, en los problemas que podrían suscitarse si,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

celebrado el contrato de constitución de una sociedad anónima mediante instrumento privado, uno de los otorgantes falleciese antes de haber ratificado ante el juez del registro el contenido de aquél. O si, en la misma hipótesis, uno de los constituyentes se negase simplemente a ratificar aquel contrato o a cumplir las obligaciones asumidas en él. O bien, si en el caso de que un fundador hubiese aportado en dominio a la sociedad un bien mueble de su propiedad sujeto a régimen registral, y la cónyuge de aquél, en ejercicio del derecho que le acuerda el art. 1277 del Código Civil, se opusiera a ese aporte en razón de no haber otorgado su conformidad en el momento de la celebración del contrato respectivo. No es menester abundar en ejemplificaciones para demostrar que el incumplimiento de lo convenido en un contrato otorgado por instrumento privado o la no ratificación de su contenido puede, en el caso de constitución de una sociedad anónima, no sólo dejar inmovilizado durante largo tiempo un capital de considerable significación, sino afectar incluso a la existencia misma de la sociedad.

Por cierto que estos problemas no se plantearían, al menos con igual frecuencia y magnitud, si se estatuyese como forma obligatoria del contrato constitutivo o modificadorio la de la escritura pública. Pues, como bien ha sostenido Aquiles Yorio en el VI Congreso Internacional del Notariado Latino, el otorgamiento del acto fundacional a través de aquella formalidad, incorpora de un modo irrevocable a la sociedad en constitución el patrimonio aportado por los fundadores.

2º) La necesidad del otorgamiento por escritura pública se manifiesta con particular claridad en los casos de sociedades comerciales que se transforman en anónimas, o bien, en los menos frecuentes de fusión de sociedades de este tipo; casos éstos en los cuales es menester establecer de un modo indubitable, tanto para resguardar los derechos eventuales de terceros interesados como para deslindar las responsabilidades emergentes del posible incumplimiento de las leyes fiscales o laborales, cuál es el momento preciso en que los patrimonios que han de integrarse se han transmitido realmente, y cuál es la fecha cierta en que una actividad ha cesado para comenzar otra.

Sin duda que las operaciones contables que con tal motivo se realicen han de servir de base para cualquier cómputo de esta naturaleza. Pero las obligaciones y responsabilidades jurídicas no nacen ni se extinguen sino bajo las condiciones de hecho establecidas por las leyes. Y en este caso, la celebración del contrato mediante el cual una sociedad se transforma en otra o dos sociedades se integran en una sola, constituye la condición fundamental a la que la ley reviste de eficacia para generar consecuencias que han de retrotraerse, en la mayoría de los casos, a la fecha de su otorgamiento.

3º) Pero la razón fundamental en virtud de la cual se impone la escritura pública como la solución más adecuada del problema analizado, radica en la necesidad de centralizar en una función pública la coordinación y el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cumplimiento de todos los actos que es necesario realizar en el proceso constitutivo o modificadorio de una sociedad anónima.

Aun aquellos que niegan al notario el carácter de funcionario público deben aceptar que la función notarial es una función pública a cargo de un profesional responsable.

Resulta evidente entonces que en el propio ejercicio de esa función encuéntrase implícita - sin necesidad de que los otorgantes deban intervenir personalmente en los procedimientos respectivos ni otorgar mandatos a tal efecto - la obligación del notario de realizar efectivamente, en las condiciones y plazos prescriptos por las leyes, todos los trámites que es menester cumplir para concretar íntegramente aquel proceso.

Es decir: no es la sola autenticidad de los actos que se otorgan, ni la fe pública que esa autenticidad presupone, lo único que interesa a la problemática de la forma de constitución o modificación de una sociedad anónima, sino además y muy especialmente, el carácter centralizador de la función notarial en cuanto implica para el notario la obligación de actuar como nexo coordinador de todos los actos que integran la dinámica constitutiva o modificatoria.

Si en el caso de un contrato de compraventa de inmueble la ley impone al notario, además de la obligación de dar fe del acuerdo de voluntades de las partes y del objeto del acto, la de realizar todos los trámites previos y posteriores al contrato propiamente dicho (pago de impuestos y tasas fiscales, verificación de las condiciones de dominio del transmitente, visación del título que expide e inscripción del mismo en el registro inmobiliario), con igual fundamento, en el caso de la constitución de una sociedad anónima - cuya organización tiene un marcado carácter extraindividual y para cuya formación se aportan capitales que en la mayoría de los casos revisten extraordinaria significación económica -, la ley debe centralizar en la función pública que aquél ejerce la responsabilidad de la custodia de dichos capitales y la obligatoriedad de llevar a término el fin que se han propuesto los constituyentes al otorgar el acto.

Así, pues, el notario, por el propio carácter de su función, está obligado a recabar de los profesionales contadores que designen los otorgantes la realización de los inventarios y operaciones contables que han de servir de base a la constitución de la sociedad; a requerir las certificaciones administrativas y las conformidades conyugales que en cada caso fueren menester, a dar fe de la celebración del contrato respectivo, del otorgamiento del estatuto y su reglamentación cuya adecuación a las leyes deberá verificar, de la suscripción del capital y formas de su integración, de la emisión de las acciones y de la designación de los órganos de administración, representación y fiscalización ; a expedir los testimonios necesarios; a efectuar los depósitos exigidos por la ley; a pagar los impuestos y tasas que correspondan; a tramitar la autorización administrativa de la sociedad, y una vez obtenida ésta, a solicitar al juez del registro, con el debido patrocinio letrado, la inscripción de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad.

Centralizado de este modo en la función notarial todo el proceso constitutivo o modificadorio de una sociedad anónima, la seguridad y simplificación perseguidas por el anteproyecto tendrán una amplia eficacia.

Si se aceptan estas razones, resulta entonces necesaria la modificación de los artículos 4º, 165 y 168 del anteproyecto relativos a la forma de instrumentación de los contratos constitutivos o modificadorios de las sociedades anónimas; y necesaria igualmente la sustitución del artículo 166 que autoriza a los representantes estatutarios para realizar los trámites conducentes a la constitución de la sociedad si no hubiere mandatarios especiales designados, por un nuevo texto que imponga al escribano interviniente la obligación de realizarlos.

A este régimen deben quedar también, por supuesto, sujetas las formas de constitución o modificación de las sociedades en comandita por acciones.