

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA ESCRITURA PUBLICA EN LOS ACTOS CONSTITUTIVOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA(*) (654)

MARIO A. RIVAROLA

1. Suele no distinguirse, en general, con la suficiente exactitud y claridad, lo que son los elementos esenciales para la constitución de la sociedad anónima, y lo que significan los actos constitutivos de la misma. No es la intención de estas líneas hacer una exposición de las diversas etapas por las que pasa, en la práctica, el proceso de la constitución de una sociedad anónima, para señalar en cada una de ellas la denominación que jurídicamente ha de corresponderles en aquella clasificación, sino tomar como punto de partida la ubicación que en uno u otro grupo toca a la escritura pública que en cierto momento de ese proceso se otorga, y que es la más fácil de distinguir, toda vez que sin escritura pública pueden existir siempre los elementos para constituir la sociedad anónima, en tanto que sin la escritura, aunque se encuentren reunidos todos los elementos, no podrá considerarse constituida la sociedad, lo cual da específicamente a aquélla el carácter de requisito formal, y no de elemento substancial. Es, pues, un acto constitutivo.

Ello no obstante, es bueno recordar que no ha sido sin larga discusión que se ha llegado a establecer definitivamente que la escritura pública -o sea el "instrumento público" señalado en primer término en la amplia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enumeración de los diez incisos del artículo 979 del Código Civil, y que sólo puede ser otorgado "por los escribanos públicos", o por "otros funcionarios autorizados a ejercer las mismas funciones", según el artículo 997 del mismo Código- es uno de los actos constitutivos de la sociedad anónima, y sometido en consecuencia, al régimen legal establecido en los artículos 998 y siguientes. Y es bueno recordar también que tal discusión surgió a raíz de la sanción del Código de Comercio de 1889, en el que luego de transcribirse en el artículo 289 el texto del antiguo artículo 393 -previa sustitución de "pesos fuertes" por "pesos nacionales"-, se agregó un tercer apartado por el cual "las sociedades anónimas y las en comandita por acciones, deben constituirse por instrumento público", quedando así en lugar de dos, tres gradaciones diversas: a) según el artículo 393 del Código de 1862, todo contrato de sociedad por menos de mil pesos fuertes, no necesitaba ser redactado por escrito (primero apartado); b) siendo por más de aquella suma debía "redactarse por escrito", pero la "escritura de sociedad" podría ser "pública o privada" (segundo apartado); c) según el agregado del actual artículo 289, las sociedades anónimas "deben" constituirse por "instrumento público". La posición cronológica de la sanción del Código Civil, posterior al de Comercio, de 1862, y anterior al de 1889, puede servir de explicación del agregado, si se tiene en cuenta que uno de los capítulos del Código de Comercio que sufrió mayores alteraciones y ampliaciones fue el relativo a las sociedades anónimas (arts. 403 a 424 en el Código de 1862, y arts. 313 a 371 en el de 1889, o sea cincuenta y nueve disposiciones en lugar de las veintidós que hasta entonces existían).

2. Resuelto el problema de la interpretación de la ley en el sentido de que el "instrumento público" a que alude el artículo 289 como requisito formal de la constitución de la sociedad anónima, es una escritura pública, queda por establecer en qué momento se debe otorgar esa escritura, como uno de esos actos constitutivos. Sobre este particular cabe advertir también que la forma establecida para la Capital Federal no es uniforme en nuestro territorio. El Código de Comercio, en virtud del artículo 67 inc. 11, de la Constitución Nacional, es para toda la Nación; pero esa misma disposición constitucional deja a salvo que su aplicación corresponde a las provincias o a la Nación según sean las respectivas jurisdicciones; de modo que cada provincia interpreta o aplica el Código de Comercio, sin que haya tribunal superior que establezca la uniformidad de su interpretación, según resulta del texto expreso de la ley 48, artículo 15. Debido a ello, algunas provincias entienden, como se ha entendido en la Capital Federal, que la publicación a que se refieren los arts. 319 y 323 -también como acto constitutivo-debe ser posterior al otorgamiento de la escritura, en tanto que en otras provincias se hace primero la publicación y luego la escritura; pero en todos los casos, escritura o publicación son posteriores a la autorización dada por el Poder Ejecutivo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. No obstante estas circunstancias, que parecerían agotar el tema sobre el momento en que ha de otorgarse la escritura, es lo cierto que, en el hecho, también se producen casos en que la escritura pública es el primer acto que realizan los fundadores inmediatamente de encontrarse reunidos los elementos esenciales enumerados en el art. 318, esto es, cuando los accionistas son diez o más, y han suscripto totalmente el capital o su primera serie que no baje del 20 %, e integrado el 10 % o más de ese capital o de esa serie, redactando además el respectivo estatuto.

En este caso, que según el artículo 319 es el de la constitución llamada simultánea, viene a adoptarse así un procedimiento análogo, en cuanto al otorgamiento de la escritura, al caso que prescribe el art. 320 para la constitución continuada, o sea, cuando por insuficiencia de suscripción del capital entre quienes se proponen constituir la sociedad, llega el caso -autorizado por dicha disposición- de recurrir a la suscripción pública. Pero puede observarse que cuando se trata de la constitución continuada, el mismo art. 320 dispone que "los fundadores deben constituir provisoriamente la sociedad, otorgando la respectiva escritura", la cual debe también ser "inscripta y publicada por diez días en la jurisdicción respectiva".

Es indudable que esta inscripción y publicación, como consecuencia de una escritura precedentemente otorgada, corresponde únicamente a la constitución provisoria y no podría decirse de igual modo para el caso del art. 319 que supone reunidos todos los elementos para "constituir definitivamente la sociedad", pero que no podría inscribirse y publicarse durante quince días, según se lee a continuación en el mismo artículo, desde que tal inscripción y publicación comprende también la "autorización" que el Poder Ejecutivo no habría dado todavía y que es igualmente acto constitutivo según el último apartado del art. 318.

4. No deja ciertamente de ofrecer confusión esta variedad de textos que sin ser contradictorios provocan la incertidumbre acerca de cuál es el verdadero sentido de la ley, que solamente por las prácticas usuales ha venido a aclararse después de los muchos años de vigencia que lleva ya el Código de Comercio.

Lo que desde luego debe admitirse es que si en el caso de la constitución simultánea los fundadores resuelven otorgar de inmediato una escritura pública que no podría ser publicada ni inscripta porque falta todavía "la autorización" del Poder Ejecutivo, no perjudican los actos constitutivos, sino que agregan una solemnidad, como es la escritura pública, aparentemente no requerida por la ley y que en la práctica está siempre sustituida por el acta bajo forma privada que se firma por todos los accionistas suscriptores iniciales, y que es la que se presenta, juntamente con los demás documentos, a la Inspección General de Justicia, para tramitar ante esta repartición del Poder Ejecutivo la autorización que a aquél corresponde dar según el apartado final del art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

318.

Ahora bien; si el otorgamiento de la escritura pública inmediata, en nada perjudica estos actos constitutivos, corresponde, para apreciar si es o no inútil, determinar si algún beneficio resulta del otorgamiento de esa escritura.

Bajo este punto de vista, es preciso también referirse a los hechos. Entre ellos, ninguno se presenta con mayor frecuencia que las observaciones que se formulan por los órganos o reparticiones del Poder Ejecutivo a la redacción de los estatutos o a sus cláusulas, previamente a la autorización, toda vez que ésta, según el art. 318, debe ser dada "siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público", de lo que es consecuencia que, mientras el Código no sea reformado, tiene el Poder Ejecutivo una facultad de revisión que ejerce siempre, a tal punto que es verdaderamente excepcional que no sea alterado o retocado un estatuto, y que, en consecuencia, el texto aprobado en el momento de la autorización no sea el mismo que sancionaron los accionistas cuando declararon constituida la sociedad anónima, a los efectos de solicitar la autorización.

En presencia de este hecho, forzoso es contemplar el problema de la validez que legalmente puedan tener para los accionistas que firmaron el acta, las modificaciones introducidas en el estatuto, ya sea a propuesta del gestor designado para tramitar la autorización del Poder Ejecutivo, o ya por aceptación de las que la Inspección General de Justicia haya indicado.

No he de volver, sobre este punto, a lo ya dicho en otra ocasión, en estas mismas colaboraciones (véase N° 136, Rev. "La Información" de abril de 1941), pero recordaré que como conclusión expresé entonces, que bajo el punto de vista del derecho estricto, el mandato del que se encuentra munido el gestor, cuando es conferido en la cláusula final que comúnmente se agrega a los estatutos en carácter de transitoria, es insuficiente para proponer o aceptar modificaciones del mismo, por carecer de la forma de escritura pública expresamente exigida por el artículo 1881, inciso 13°, del Código Civil; y si bien la invalidez puede subsanarse cuando después de obtenida la autorización se otorga la escritura pública, que implica así una ratificación de los actos realizados por el gestor, ello no salva ni evita el gravísimo problema que puede presentarse, como en efecto ha ocurrido ya más de una vez, si uno o más de los firmantes del acta de constitución se resiste a firmar la escritura por no estar él conforme con las modificaciones introducidas en el estatuto que en tales casos forma parte del contrato.

No es posible medir ni limitar las consecuencias de tal hipótesis, y para apreciar su trascendencia basta considerar que si aquélla se realiza, puede resultar que los accionistas que habrían de firmar la escritura sean nueve en lugar de los diez que exige el artículo 318, inciso 1° y que por consiguiente, el capital suscripto e integrado sea inferior a lo que exigen

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los incisos 2° y 3° de la misma disposición.

Tampoco es posible confiar a la decisión de la Justicia la solución de la dificultad que así se presentaría, para que la sentencia diga si la sociedad constituida con cláusulas diversas de las consentidas según el acta, es nula o válida por insuficiencia del mandato del gestor que aceptó o propuso las modificaciones al estatuto, o para que diga si no obstante la diversidad de textos, ello no ha alterado el consentimiento que originariamente prestó el accionista que luego impugna la gestión y se resiste a otorgar la escritura. Todo esto es inconciliable con la estabilidad que exige la larga serie de actos constitutivos de la sociedad anónima, en primer lugar porque ésta, en el ánimo de los que concurren a formularla, se constituye para dedicarse de inmediato a la empresa que se propone y no para comenzar por un pleito cuya duración nadie podría prever; y en segundo término, porque aun en el supuesto realmente imposible de que el pleito quedase fallado en quince o veinte días, el criterio de la obligatoriedad o el distingo sobre lo que está o no fuera de los límites del mandato ejercido por el representante común designado para gestionar la autorización, puede variar no sólo en razón de la multitud y diversidad de tribunales que en el territorio de la Nación pueden fallar en última instancia, sino en razón de las personas que desempeñen la función judicial.

5. Es suficiente con lo dicho hasta aquí para apreciar el peligro que diariamente corren las iniciativas de constitución de sociedades anónimas, y que está dependiendo del capricho, la malicia o el arrepentimiento tardío o interesado de uno solo de los diez individuos que se proponen crear la entidad.

No es mejor consuelo pensar que no ha llegado a la justicia, a través de medio siglo de vigencia del Código de Comercio, el caso litigioso, en primer lugar porque ello no significa que no se haya producido -como en efecto ha ocurrido ya- y se haya encontrado el modo de solucionarlo sin el pleito, y en segundo lugar, porque tampoco significa que no pueda producirse. Sobre todo ante las bruscas y fulminantes transiciones de orden financiero y económico y ante la experiencia de los acontecimientos que en otras épocas el ánimo más suspicaz se habría resistido a admitir como posibles, nada aconseja confiar en que no ocurrirán cosas nuevas y distintas de los tiempos apacibles ya pretéritos; ni es posible confiar en los "precedentes" ni en las "prácticas" conocidas, mientras subsista el principio del artículo 17 del Código Civil -según el cual las leyes no pueden ser derogadas sino por otras leyes, y los usos y costumbres "no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieren a ellos"-, y mientras exista un individuo que quiera hacer valer la ley al margen de la cual las "prácticas" han llegado a generalizarse.

Ante la deficiencia de las disposiciones legales, y los peligros a que está expuesta en su origen la futura sociedad anónima, forzoso es que los interesados procuren salvar las imprevisiones de la misma o evitar que surja la duda sobre su aplicación; y no parece tan "inútil" que en el caso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la constitución inmediata, contemplado y previsto por el artículo 319, "los que pretendiesen fundar una sociedad anónima" y además tengan "suscripto íntegramente el capital requerido", procedan de inmediato, y como primera medida, a otorgar la escritura pública, que la ley no exige como acto constitutivo, sino para después de obtenida la "autorización" del Poder Ejecutivo, también mencionada en el mismo artículo, e inserten en ella, por separado, el texto del estatuto, o como cláusula final y transitoria, el mandato expreso para proponer o aceptar las modificaciones que se exijan previamente al otorgamiento de la autorización, con lo que se eliminará toda cuestión sobre insuficiencia de mandato del gestor, por carencia de la forma de escritura pública exigida en el artículo 1881, inciso 13, del Código Civil.

Resultará así un proceso de constitución bastante análogo al previsto por el artículo 320 para la constitución sucesiva o continuada, y aun podrá decirse que significará un gasto más, agregado a los que es ya necesario hacer; pero no podrá decirse que es malo imitar voluntariamente una forma indicada por la ley, ni podrá sostenerse que es superfluo un desembolso mediante el cual se elimina la incertidumbre en que puede quedar la estabilidad indispensable de los actos constitutivos.

6. Agregaré, para terminar, y para que no se sospeche una discordancia con mis propias opiniones anteriormente vertidas y publicadas, que lo dicho en la presente colaboración es en presencia del régimen legal vigente y del muy criticable sistema de la intervención del Poder Ejecutivo para apreciar y decidir si "la fundación, organización y estatutos de la sociedad" son o no "conformes a las disposiciones de este Código", función ésta que es esencialmente judicial.

En el Anteproyecto, del que soy autor, para una reforma del Código de Comercio en lo relativo a sociedades anónimas, publicado con su respectivo informe, en un pequeño volumen bajo el título "Régimen legal de la sociedad anónima", se elimina esa función judicial que actualmente tiene el Poder Ejecutivo, sin prescindir de la intervención del ministerio fiscal y del representante del Poder Ejecutivo, pero confiando a los tribunales resolver sobre las observaciones que uno u otro formulen al estatuto, lo cual hace posible eliminar también la escritura pública, y disponer por el juez directamente la inscripción en el Registro Público de Comercio, luego de decididas las cuestiones relativas a las cláusulas estatutarias; pero siempre, si tales cuestiones se producen, con la ratificación de los interesados o sus representantes respecto de las modificaciones introducidas en su texto.