

AUTORÍA DE LA FIRMA Y EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA SAS POR MEDIO DIGITAL

María Julieta Araya y Agustín Barbarach

I. Introducción

La Ley 27.349 crea un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) que convive con los demás tipos sociales contenidos en la Ley General de Sociedades.

La SAS tiene como finalidad especial fomentar y apoyar al capital emprendedor mediante un sistema de constitución ágil, reducción de costos y flexibilización de los requisitos de forma.

La doctrina la ha definido como un tipo social de carácter híbrido que combina elementos de las sociedades por cuotas sociales y de las sociedades por acciones, conformando un tipo más de las denominadas sociedades de capital, caracterizadas por el hecho de que, bajo dichos tipos, él o los socios que forman parte de la sociedad -en este caso de la SAS como accionistas- responden -en principio- en forma limitada solo por la integración del capital suscripto.¹

En el derecho comparado encontramos como antecedentes cercanos de la SAS a la Ley española 14/2014, a la Ley de “Empresa en un día” Ley N° 20.689 y también a la ley N° 20.190 de Sociedades por Acciones de la República de Chile, la Ley 1014 del año 2006 de Colombia, y las S.A.S. Francesas creadas por la Ley N° 94-1.²

En la ley 27.349 existe un predominio de la autonomía de la voluntad que se aparta de la tipología de corte imperativo de la ley general de sociedades, donde tiene menor margen. Se podría decir que existe un cambio de paradigma hacia

¹ VITOLO, Daniel R. Análisis del Sistema de Apoyo al Capital Emprendedor. En Capital Emprendedor y Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) 37. Buenos Aires: La Ley 2018.

² VITOLO, Daniel R. Aspectos de la reglamentación de la SAS por las autoridades de contralor AR/DOC/2189/2017

un nuevo derecho societario donde el Estado tenga un menor control. Es por ello que la normativa de la SAS no exige la conformidad administrativa ni el control de legalidad sobre el instrumento constitutivo, así como tampoco actividad de contralor durante su funcionamiento, disolución y liquidación, limitándose su actividad al control sobre la inscripción y publicidad.³ En este mismo sentido se pronuncia el Proyecto de reforma de ley de sociedades, en su art 167, proyecto que a su vez deroga el artículo 300 LGS; entendiéndose así la eliminación del control del contrato constitutivo por parte de la autoridad de contralor, para aquellas sociedades anónimas que no estén incluidas en el artículo 299 del proyecto, y de la actual ley de sociedades.

Lo antedicho vuelve a introducir el debate acerca de la conveniencia o no de la apertura de la normativa societaria para llegar a un derecho donde prime la autonomía de la voluntad sobre el orden público.

En el presente trabajo nos abocaremos a analizar los métodos de constitución de las sociedades por acciones simplificadas, en especial lo que concierne a la novedosa introducción de medios digitales; método que en un futuro podría extenderse a otros tipos sociales.

II. Procedimiento para la constitución de las SAS

El artículo 35 de ley 27.349 establece lo siguiente:

Requisitos para su constitución. La SAS podrá ser constituida por instrumento público o privado. En este último caso, la firma de los socios deberá ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por autoridad competente del registro público respectivo.

La SAS podrá constituirse por medios digitales con firma digital, y de acuerdo a la reglamentación que a tal efecto se dicte. En estos supuestos, el instrumento deberá ser remitido a los fines de su inscripción al Registro Público correspondiente en el formato de archivo digital que oportunamente se establezca.

Entonces, la forma de constitución de la SAS, serán las siguientes:

a) *Escritura pública*: es decir, el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público autorizado para ejercer las funciones, que contiene un acto jurídico.

El escribano firma con el otorgante u otorgantes, dando fe sobre el contenido y la fecha en que se realizó. El artículo 301 del Código Civil y Comercial de la

³ Al respecto Resolución 6, de fecha 26/07/2017, de la Inspección General de Justicia (BO 27/07/2017).

Nación impone al escribano el deber jurídico de calificar los presupuestos y elementos del acto. Esta calificación alcanza a las personas humanas intervinientes, su capacidad, legitimación e identidad. El escribano realiza la valoración respecto al discernimiento de las personas que comparecen ante él, lo cual se encuentra dentro de las ventajas de su actuación, además de la matricidad y la actuación de un profesional del derecho.⁴

Tanto en la Capital Federal, como en la provincia de Buenos Aires, cuando se constituye SAS por escritura pública, el escribano autorizante deberá necesariamente tener firma digital para poder registrarla, conforme lo establecen los instructivos dictados por la autoridad de contralor para aquellas jurisdicciones.⁵

b) Instrumento privado: documento escrito destinado a formalizar o probar un acto jurídico, otorgado por las partes sin intervención de un oficial público, cuyo requisito esencial es la firma de las mismas.⁶

Cuando se opta por constituir la SAS por instrumento privado, es requisito para su inscripción que la firma de los socios se encuentre certificadas. Esta certificación puede llevarse a cabo ante la autoridad de contralor, ante un organismo bancario, en forma judicial, o bien ante escribano público. Asimismo, puede realizarse por medio digital con firma digital.

Conforme lo establecen los instructivos para la constitución de SAS de las autoridades de contralor de Provincia de Buenos Aires y Capital Federal⁷, si todos los socios son personas humanas, es posible firmar el instrumento constitutivo a través de la firma digital.

Las citadas reglamentaciones no requieren que todos los firmantes posean firma digital, bastando con que, al menos uno de los socios, la posea; ya que el resto de los firmantes podrá suscribirlo a través del sistema TAD (sistema de Trámites a Distancia); sistema que habilita al usuario a realizar trámites ante la administración pública desde una computadora mediante la utilización de CUIT/CUIL/CDI y clave fiscal y adhiriéndose al mismo. Quien utilice dicho aplicativo recibirá en su buzón de trámites a distancia una tarea de firma, con la cual se encuentra habilitado a firmar. Si se opta por suscribir el documento de esta manera, debe el titular (único) de la firma digital suscribirlo en último lugar, luego de las firmas realizadas a través del sistema TAD.

⁴ Clusellas, Gabriel, (coordinador), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Buenos Aires, Astrea Fen. 2015, tomo IV pág. 701

⁵ http://www.mjus.gba.gov.ar/descargas/ppjj_sas/manual.pdf

⁶ Etchegaray, Natalio Pedro (coordinador) Derecho notarial aplicado, Editorial Astrea, año 2011, pag 163

⁷ http://www.mjus.gba.gov.ar/descargas/ppjj_sas/manual.pdf

III. Constitución de la SAS a través de un documento digital

Nos centraremos en analizar la constitución de la SAS por documento digital ya que, a nuestro entender, es la que presenta algunos interrogantes en cuanto a la prueba de la autoría de la firma y la manifestación de la voluntad de los socios suscribientes, cuando se utiliza el sistema propuesto por los organismos de contralor mencionados.

a) Firma electrónica y firma digital

El problema radica en cuándo debemos considerar firmado un instrumento, y cómo inciden las nuevas tecnologías en la forma de suscribirlos.

En este sentido, el artículo 288 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone:

Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.

Se desprende del texto citado que existen dos formas de firmar válidamente, a fin de probar la autoría de la voluntad expresada en el texto:

De manera ológrafa: mediante la rúbrica del nombre del firmante o un signo, de manera manuscrita y para documentos en soporte papel.

Mediante la firma digital: para aquellos instrumentos generados por medios electrónicos.

El artículo 288 del Código Civil y Comercial de la Nación, arriba transcrito, difiere de la redacción original de su anteproyecto en el cual se establecía que:

... En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.

La norma actual sustituyó la expresión “un método” por “una firma digital”. Ello modifica el panorama jurídico, en tanto la firma electrónica, si bien podría asegurar la autoría e integridad del instrumento, no encuadra en el concepto de firma digital, provista por la ley que regula la misma (Ley 25.506)⁸

El artículo 2º de la ley 25.506, establece:

⁸ Abdelnabe Vila, Naturaleza jurídica de la firma digitalizada, en #legalt4ech el derecho ante la tecnología. La ley 2018, Bueno Aires, pag. 3.

Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

La existencia de firma digital requiere de un certificado digital, emitido por un certificador licenciado; certificado que debe estar vigente al momento de suscribir el documento.

Este certificado digital es el documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular (art. 13° ley 25.506).

Certificadores licenciados son las entidades públicas o privadas habilitadas para emitir certificados digitales.

Por su parte, el artículo 5° de la ley de firma digital, conceptúa la firma electrónica en los siguientes términos:

Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

Firma electrónica y firma digital no difieren en su aplicación tecnológica y práctica; pero en la primera no interviene una autoridad de aplicación certificante habilitada que expida el certificado a fin de validar la firma (digital) con la que se suscribe el documento.

El Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 288 transcripto), equipara la firma digital a la firma ológrafa o manuscrita otorgándole la misma validez jurídica. Es consecuencia de ello, que el documento suscripto con firma digital cuenta con la presunción de autoría de quienes lo firmaron; ya que, salvo prueba en contrario, se presume que la firma pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de la misma. Por otra parte, la firma importa la manifestación de conformidad con el contenido del instrumento. Por último; otorga la presunción de integridad al documento; es decir, que el mismo se presume no ha podido ser modificado luego de la firma.

La firma electrónica no cuenta con estas presunciones; por lo cual no puede ser equiparada a la firma digital.

Habiendo diferenciado ambos mecanismos; nos preguntamos ahora si la suscripción mediante el sistema TAD, propuesto por los instructivos para la constitución de la SAS dictados por las autoridades de contralor de Provincia de Buenos Aires y de la Capital Federal, es suficiente para considerar probada la autoría de la firma de los socios y la consecuente manifestación de la voluntad en el instrumento constitutivo. Es dable destacar que, bastaría contar con el CUIT/CUIL/CDI y la clave fiscal de una persona para con ello suscribir un contrato social de SAS; con el peligro de que se sustituya su voluntad o inclusive su persona.

b) Instrumentos privados y particulares no firmados

Nos preguntaremos ahora cuáles son las consecuencias de suscribir un instrumento con firma electrónica; concretamente bajo el sistema TAD en análisis.

La ley 27.349 que regula la SAS, dispone que es necesario constituir las mediante instrumento público o privado.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 287 dispone:

Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

Si como entendemos la firma electrónica no puede ser equiparada a la firma digital, cuando un documento se encuentra suscripto con firma electrónica, estamos en presencia de un documento particular no firmado y no ante un instrumento privado que, como fue expuesto, es lo que exige la normativa que regula la SAS.

Si bien en los instructivos bajo análisis se exige que al menos uno de los que suscribe el instrumento constitutivo cuente con firma digital, este requisito no sana la falta de manifestación válida de la voluntad a través de la firma (sea ológrafa o digital), de los firmantes a través del sistema implementado por TAD.

La existencia de una sola firma digital no puede validar las firmas estampadas mediante otros mecanismos, más teniendo presente que el Código Civil y Comercial de la Nación solo equipara la firma ológrafa con la firma digital.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece como regla general el principio de libertad de formas. Dicha regla es aplicable siempre y cuando la ley no establezca una formalidad determinada según lo establece el artículo 284 del citado cuerpo normativo.

Entonces, el contrato constitutivo de SAS realizado con firma electrónica combinada con firma digital no podrá equipararse a un instrumento privado con firmas certificadas o documento digital con firmas digitales no teniendo, por tanto, el mismo efecto legal.

En caso de controversia, el contrato constitutivo servirá como principio de prueba por escrito.

Si el supuesto autor de la firma electrónica desconociese la firma, corresponderá a la otra parte probar la autoría.

IV. Conclusión

El procedimiento de firma a través del sistema TAD resulta, a nuestro entender, insuficiente para considerar válidamente manifestada la voluntad de los socios en un instrumento constitutivo de SAS.

No cambia la situación el hecho de que la reglamentación propuesta por los instructivos que fueron analizados, prevea la necesidad de que uno de los socios firmantes cuente con firma digital y suscriba el acto como requisito necesario para su inscripción.

Esto es así, ya que, como vimos, sólo la firma digital (no la electrónica) es equiparable a la ológrafa, y tiene sus mismas consecuencias (prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde); y no podría una sola firma manifestar válidamente la voluntad de todas las partes.

Si consideramos, como fundamentamos en el presente trabajo, que la firma que surge del sistema TAD es una firma electrónica, no podemos más que concluir que la misma no resulta suficiente para manifestar válidamente la voluntad a través de la firma conforme lo exige la misma normativa especial (ley 27.349) y nuestro Código Civil y Comercial (art. 288)

Creemos que los avances tecnológicos son necesarios y como profesionales del derecho debemos no solo adaptarnos sino incentivarlos; pero la celeridad no es sinónimo de seguridad jurídica, por lo que consideramos conveniente la intervención de profesionales del derecho en la confección de los contratos constitutivos de sociedades a fin de asesorar y encausar la voluntad de las partes.

El juicio de juridicidad, el deber de asesoramiento y consejo, la interpretación y traducción jurídica de la voluntad de las partes, la asistencia para alcanzar

y determinar un acuerdo entre la voluntad de los otorgantes, la adecuación al ordenamiento jurídico, la configuración del negocio jurídico, y la formalización y autorización del documento son actividades propias de los profesionales del derecho que impedirán, en el futuro, la existencia de conflictos entre las partes actuando de manera preventiva.