

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 38 DEL DECRETO LEY 19550/72. INSCRIPCIÓN PREVENTIVA(*) (1175)

FLORA MARIÑANSKY DE KATZ AÍDA N. PEIRÓ DE LUCHETTI MARTA
E. GOLDFARB

SUMARIO

I. Introducción. -II Personalidad de la sociedad-III. Inscripción preventiva Anotación preventiva. -IV. Supuestos del artículo 38, 3° apartado. -V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos donde la reforma de la ley de sociedades cobra mayor relevancia, es el vinculado con el capital. Al constituirse la sociedad, el capital debe ser emitido íntegramente, y si la integración se hace en efectivo, no puede ser menor del veinticinco por ciento, y cuando se hace en bienes no dinerarios, debe ser completa y traducible en obligaciones de dar.

El artículo 38 del decreto-ley 19550 se refiere a los aportes, los cuales pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer en dinero efectivo (acciones) o en bienes, ya sean muebles o inmuebles, cuya inscripción en un registro sea obligatoria. A esta última especie se refiere el último apartado del artículo citado.

En consecuencia, el aporte y su determinación constituye un requisito esencial para la validez del contrato social, y de acuerdo a lo mencionado, el socio debe cumplir con los procedimientos y recaudos legales, según sea el distinto carácter de los bienes aportados. Es precisamente con respecto a este último punto, o sea bienes aportados, en que nos has surgido mayores dudas: 1) Cuándo nace una sociedad; 2) Qué es una sociedad en formación; 3) Qué es una inscripción preventiva y qué validez tiene frente a terceros; todo lo cual será desarrollado en el curso del presente trabajo.

II. PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Con relación al primer punto, a nuestro entender la problemática de la inscripción preventiva de aportes de bienes registrables se conecta íntimamente con la personalidad de la sociedad desde el momento de su constitución hasta el de su inscripción en el Registro Público de Comercio.

El artículo 32 del Código Civil establece que todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas, y el artículo 33, reformado por la ley 17711, terminó con la discusión doctrinaria en torno a si las sociedades comerciales no autorizadas por el Estado eran personas jurídicas o simplemente entes de existencia ideal, reconociendo especialmente que las sociedades civiles y comerciales y entidades conforme a la ley, tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar, son personas jurídicas de carácter privado.

El artículo 45 del Código Civil establece que comienza la existencia de las personas jurídicas en su carácter de tales, desde el día que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno con la aprobación de sus estatutos; y el artículo 47 añade que en los casos en que la autorización legal fuere posterior a su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación.

La sociedad se constituye como establece el artículo 4º de la ley 19550, por instrumento público o privado, el que deberá contener una serie de enunciaciones cuyo incumplimiento hace objetable dicho contrato. Pero este acto de constitución, por medio del cual dos o más personas se asocian conforme alguno de los tipos establecidos por la ley, para dedicarse a una actividad rentable, no determina por si mismo el nacimiento de la sociedad como persona jurídica, sino que es el comienzo de una serie de tramitaciones y actos más o menos extensos según el tipo de sociedad que se trate, que culminan finalmente con la inscripción de dicha sociedad en el Registro Público de Comercio.

Un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires considera que las sociedades anónimas mientras no estén inscriptas, se las puede considerar como un fenómeno corporativo atípico, que compromete la responsabilidad personal y solidaria de los socios fundadores. Pero, no obstante ello, son capaces de adquirir derechos, y en este acto "los fundadores operan como mandatarios o gestores del ente en formación", y "su condición jurídica es en cierto modo equiparable a la de los representantes necesarios de las personas por nacer"(1)(1176).Reafirmando lo antedicho nos remitimos al artículo 7º del decreto-ley 19550, el que establece que la constitución se opera cuando la misma está inscripta en el Registro Público de Comercio. De esta norma surge, y en forma inevitable, la discusión doctrinaria: en el Anteproyecto Malagarriga-Aztiria, basándose en antecedentes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extranjeros, se adoptó una solución afirmativa, es decir que la sociedad adquiere personalidad desde que está inscrita. Halperín considera que la adquisición de la personalidad depende del tipo de sociedad. El artículo 7°, al que nos remitimos, expresa que la sociedad tiene personalidad desde el momento de su inscripción en el Registro correspondiente, y de la Exposición de Motivos de este decreto-ley surge que con la inscripción, la sociedad adquiere regularidad y personalidad plena.

En consecuencia, antes de cumplimentar con las normas legales, es decir, antes de su inscripción en el Registro Público de Comercio, la sociedad no tiene personalidad plena, funciona como sociedad de hecho o irregular, no obstante lo cual, en el período de proceso de constitución, la sociedad en formación puede tener inscritos a su nombre y en forma provisoria bienes registrables.

III. INSCRIPCIÓN PREVENTIVA - ANOTACIÓN PREVENTIVA

Un problema que nos surge a esta altura, es dilucidar los conceptos de inscripción preventiva y anotación preventiva, y para ello debemos dirigir nuestra atención hacia la ley 17801 y la doctrina.

La anotación preventiva es definida por Sánchez Román "como inscripciones provisionales de efectos más o menos transitorios, cuyo objeto consiste ya sea en asegurar las resultas de un juicio, ya en garantizar la efectividad de un derecho perfecto, pero no consumado, ya en preparar una inscripción más definitiva y permanente".

Roca Sastre, siguiendo la misma línea de pensamiento, sostiene que la anotación preventiva es "un asiento principal provisional y en general positivo que se practica en los libros de inscripciones y que tiene por objeto asegurar las resultas de un juicio, garantizar un derecho perfecto, o preparar un asiento definitivo", Enneccerus distingue entre "asiento de contradicción" y "anotación preventiva" aunque ambas son inscripciones provisionales. Mediante la primera se trata de asegurar un asiento real que existe, "o sea más o menos concretamente, para asegurar un derecho sobre la finca o un derecho inmobiliario", mientras que el segundo tiende a asegurar un derecho de crédito. Esta distinción, si bien tiene aplicación en el derecho alemán, no la tiene entre nosotros, ya que las anotaciones preventivas en nuestra legislación tienen por objeto dejar en el Registro constancia de una situación jurídica existente para que los terceros no aleguen desconocimiento frente a ella. La anotación preventiva, es una forma de asegurar algo, es una forma adoptada en el proceso cautelar y respecto de la cual podemos decir siguiendo a Plaza, que "es una forma singular, con caracteres bien definidos, de la tutela jurídica, que en relación, unas veces con el proceso de cognición, y otras con el de ejecución... tiende a asegurar sus consecuencias... mediante un estado de hecho o de derecho". En el Código de Procedimientos Civil y Comercial se regula todo lo referente a anotaciones preventivas,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estableciéndose que se hará lugar a ellas a aquellos que demanden la propiedad de un inmueble o la constancia de declaración, modificación en juicio de cualquier derecho real, los que en juicio obtengan providencia que ordene embargo preventivo; siendo necesario en todos estos casos mandato judicial.

El artículo 252 establece que la anotación preventiva se convierte en definitiva cuando se haga lugar a la misma, a partir de la fecha de anotación.

Sostenemos que la inscripción preventiva presupone una transferencia, constitución, modificación o extinción de un derecho real con carácter definitivo; tal es el caso del artículo 9º de la ley 17801, para el caso de inscripciones preventivas de documentos con defectos subsanables. Mientras que la anotación preventiva es una simple nota que se coloca al margen del dominio o en la parte de gravámenes en los inscriptos en Folio Real y que se caracteriza por ser temporalmente definida.

Otro problema que se nos plantea es el de saber qué carácter tienen estas inscripciones o anotaciones provisorias. Sabemos que en el caso particular que estamos tratando, artículo 38 de la ley 19550, el objeto de la misma es sustraer a la acción de los acreedores del aportante, durante el proceso de constitución de la sociedad, los bienes registrables, que los socios habían prometido aportar.

IV. SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 38, 3º APARTADO

Una cuestión distinta y que queremos aclarar, es la de saber quién es el titular del derecho real de dominio, durante el período de constitución de la sociedad, quien goza de la protección del ordenamiento, haciendo que todos lo reconozcan y que no perturben su ejercicio.

La transferencia del bien a nombre de la sociedad en formación se efectúa previa tasación del bien a aportarse de acuerdo a lo previsto por el artículo 53, ya sea en la misma escritura de constitución de la sociedad o bien en escritura separada, compareciendo en este último caso, por una parte, el socio aportante, y por la sociedad en formación, todos los socios suscriptores del contrato original que intervienen como tales, es decir como únicos integrantes de la sociedad en formación, que opera en plaza bajo la denominación respectiva(2)(1177)de acuerdo con el contrato de constitución, inscribiéndose el dominio en el Registro correspondiente en forma preventiva a nombre de la sociedad en formación, justificando la personería de sus representantes. Dicha inscripción es preventiva y hasta tanto la sociedad se halle inscripta. Cumplido dicho requisito, los interesados deberán presentarse ante las autoridades correspondientes del Registro de la Propiedad a fin de obtener la inscripción definitiva del bien a nombre de la sociedad. Distinto es el caso del socio que se compromete a realizar el aporte de un bien registrable, en cuyo caso comparece ante el notario manifestando que, de acuerdo al contrato de constitución de la sociedad, se comprometió a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aportar un bien, el que se inscribirá en forma preventiva a nombre de la sociedad. A nuestro juicio, en este caso, una vez obtenida la inscripción de la sociedad se deberá realizar una escritura de transferencia, compareciendo por una parte el socio aportante, y el representante de la sociedad por la otra, a efectos de aceptar dicho aporte.

Se nos plantean al respecto diversas reflexiones:

a) Con la inscripción preventiva, el fin que se persigue es sustraer del patrimonio del socio aportante el bien de que se trate, de manera tal que los acreedores particulares del mismo no pueden perseguirlo.

b) En cuanto al plazo de duración de la inscripción preventiva, la ley no lo ha previsto, razón por la cual debemos hacer una distinción: 1) Si el socio aportante transfirió el bien a nombre de la sociedad, ya sea en la misma escritura de constitución de la sociedad o por escritura separada, creemos con el doctor Halperín que por analogía para los bienes inmuebles es de aplicación el artículo 9º inc. b) y artículos concordantes de la ley 17801, previendo una inscripción preventiva de 180 días, al cabo de los cuales deberá presentarse el documento para su inscripción definitiva, pudiendo solicitar el juez competente una prórroga de dicho plazo, cuando circunstancias ajenas a las partes así lo requieran. [Por ej., falta de publicación, inscripción de la sociedad.] 2) Diferente es el caso en que el socio aportante se comprometió a aportar el bien, inscribiéndose dicha promesa de venta en forma preventiva a nombre de la sociedad. En este caso, la inscripción funcionaría como una anotación preventiva y el plazo de duración de la misma, de acuerdo al artículo 37 inc. b) de la ley 17801, caducaría de pleno derecho a los 5 años(3)(1178).

3) ¿Qué ocurre si posteriormente y por causas ajenas a los socios o por decisión de los mismos resolvieran no constituir la sociedad? Si el bien se hubiere transferido a nombre de la sociedad, y éste se hubiere inscripto preventivamente, habría que hacer de acuerdo a nuestro criterio, una reversión del dominio a favor del socio aportante, la que tendría que hacerse por escritura pública.

Diferentes son las situaciones que se pueden presentar en la práctica con los terceros que hubieren contratado con la sociedad, o los acreedores particulares del aportante. Aquí también es menester hacer una distinción:

a) Si hubo transferencia del bien, éste responde por las deudas contraídas por la sociedad en formación, es decir que puede ser embargado por los acreedores de la misma.

b) Si sólo hubo promesas de aporte (anotación preventiva) ya que el bien no salió del patrimonio del aportante, el mismo no responde, y por aplicación de los artículos 59 y 60 del decreto ley 19550, mientras la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad no esté inscripta, los socios fundadores son solidaria e ilimitadamente responsables por todos los actos y obligaciones contraídas a nombre de la sociedad en formación. En el supuesto caso que el socio aportante se negare a transferir a nombre de la sociedad ya inscripta el bien prometido o hubiere obrado de mala fe, por aplicación de los artículos mencionados precedentemente los fundadores responderían solidaria e ilimitadamente con todo su patrimonio, teniendo una acción de daños y perjuicios contra el socio aportante.

Para el caso que se hubiere operado la transferencia, el bien se inscribe preventivamente a nombre de la "sociedad en formación", las constancias de dominio e inhibiciones se solicitan a nombre de la "sociedad en formación" y no por los fundadores. En el supuesto de "promesa de aporte", el bien queda en cabeza del socio aportante, pudiendo ser embargado por sus acreedores particulares.

Diferente es la situación del gestor que adquiere para la sociedad con dinero de la misma, la que en su oportunidad aceptará el dominio. El bien se inscribe a nombre del adquirente, con la constancia de la gestión. Puede ese gestor transferir el bien, hasta la aceptación.

La aceptación no requiere ningún trámite previo, simplemente es una manifestación que hace el representante de la sociedad que acepta la compra realizada, debiendo ser ese documento de la misma clase que el que requiere el negocio gestionado.

V. CONCLUSIONES

La redacción del artículo 38 del decreto-ley 19550, no obstante crear una situación favorable a los intereses de la sociedad en formación, ya que su finalidad es la de sustraer el bien aportado del patrimonio del socio aportante, no ha sido muy feliz, pues no se han perfilado con claridad las características esenciales de una situación jurídica, que a nuestro entender y al cabo de nuestro estudio, podemos vislumbrar como nueva y atípica.

Es por tal motivo que pensamos que hasta tanto se legisle una ley de fondo sobre el tema, corresponderá a los Registros de la Propiedad dictar las normas y disposiciones técnico-registrales transitorias a fin de aclarar conceptos, relacionados con la interpretación del artículo estudiado, en cuanto sean compatibles con sus funciones.

BIBLIOGRAFÍA

Enciclopedia Jurídica Omeba.

Etchegaray, Natalio P. y otros: "Sociedades comerciales". Suplemento Nº 2 de Revista del Notariado, año 1971.

Falbo, Miguel N.: "La inscripción registral". Revista Not. Nº 799, pág. 1513.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Gutiérrez Zaldívar, Álvaro: "Algunos problemas de la ley de sociedades".
La Ley, t. 152, pág. 678.

Halperín, Isaac: Rev. de Der. Com. y de las Obligaciones, año V - 1972,
pág. 627.

Peña Guzmán: Derecho civil - Derechos reales.

Ruiz de Erenchun, Alberto: El art. 38 de la ley de soc. y la necesidad de
compatibilizar el Der. Civ. y Com.". La Ley, año XXXIV, N° 103.