

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

*LA VALIDEZ DE LOS ACTOS Y CONTRATOS OTORGADOS POR LAS
SOCIEDADES MERCANTILES ANTES DE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO
MERCANTIL(*) (378)*

Coordinador Nacional: OSVALDO S. SOLARI

Autores: JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO FEDERICO JORGE
PANERO JAIME GIRALT FONT SIMÓN DRUCAROFF NORBERTO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RAFAEL BENSEÑOR CLAUDIO A. SOLARI DEL VALLE RAÚL R.
GARCÍA CONI

SUMARIO GENERAL

Introducción. Por José Carlos Carminio Castagno. - II. Parte preliminar. Por Federico Jorge Panero. - III. Contratos celebrados en nombre de una sociedad, en período constituyente. Por Jaime Giralt Font. - IV. La contratación durante el período constituyente. Por Simón Drucaroff. V. Aspectos derivados de la contratación de las sociedades mercantiles durante el iter constitutivo. Por Norberto Rafael Benseñor. - VI. Trascendencia de la falta de inscripción sobre la situación jurídica de la sociedad. Por Claudio A. Solari del Valle. - VII. Aspectos registrales de la sociedad en proceso formativo. Por Raúl R. García Coni.

I. INTRODUCCIÓN

JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO

SUMARIO

1. Derecho y realidad. - 2. Las normas jurídicas. - 3. Lo "fáctico" y lo "jurídico" en el Derecho. - 4. Los conceptos jurídicos. - 4. - 1. "Persona"; 4. - 2. "Capacidad"; 4. - 3. "Legitimación". - 5. Las "personas jurídicas colectivas". - 6. Conclusiones

1. Derecho y realidad

Podrá parecer extraño, quizá (o, casi seguramente, sin quizá), que un tema como el que nos convoca sea introducido a partir de otro con el que, a primera vista, guarda sólo remota relación.

Sin embargo, un examen más atento de ambos pone al descubierto conexiones estrechas.

Ante todo, resulta obvio que un tratamiento sistemático de determinado asunto impone situar al mismo en un contexto general que, por lógica, excede su especificidad. Amén de ello, es forzoso acometer su desarrollo en sentido "general - particular".

De allí, entonces, una razón (metodológica) para este introito.

Pero no la única.

Es necesario, en efecto, arribar al núcleo temático con claras ideas básicas - reflejadas en unívoca terminología - a fin de despejar las confusiones y desinteligencias que tantas veces dificultan (o impiden) el logro del cometido.

La precisión conceptual, pues, constituye otro motivo determinante para esta primera parte.

Máxime si reparamos que la temática propuesta es frecuente campo (so pretexto de una mal entendida "especialidad") de construcciones originales que - con olvido de la teoría general, y aun contradiciéndola - entraña concepciones erróneas.

Entrando en materia, iniciamos el recorrido del camino trazado con una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

referencia general. Y nada lo es más que el Universo mismo, que no otra cosa es que el conjunto de todo lo que hay. Y es mucho, sin duda, lo que conforma su variada complejidad (ya que el Universo es multiforme y no permite enunciar una única fórmula monística); hay múltiples objetos, seres, cosas: las "reales externas" (como las montañas), las "internas" (como los sentimientos), las "fantásticas" (como el fauno), las "ideales" (como el círculo). Hay formas, lluvias, funcionarios, piedras, poesías, amigos, sentidos, reglas, colores, proporciones, sonidos... y nosotros mismos. Muchas veces combinados. Todos y cada uno, conforme a su peculiar naturaleza(1)(379).

¿Qué es el Derecho? ¿En qué zona del Universo se sitúa? ¿A qué especie de objetos pertenece.?

No es ésta la ocasión de desarrollar in extenso la respuesta a tales interrogantes(2)(380). Basta, a nuestro fin, una breve consideración, fiel a los más altos logros de la jusfilosofía.

El Derecho no es naturaleza corpórea (inorgánica o biológica), ni psíquica, ni ideal (ya que no es valor puro).

El Derecho posee naturaleza cultural (es obra humana).

Es proposición normativa ("debe ser")(3)(381).

El Derecho es norma(4)(382).

Queda en claro - de lo precedentemente expuesto - que lo "jurídico" no pertenece a la naturaleza "real externa".

Ello no significa, sin embargo, que el Derecho carezca de un ser. Por poseerlo, precisamente, existe (y es lícito referirse a "realidades jurídicas").

Aún más: debemos señalar una distinción entre el Derecho en esencia (tal como lo venimos considerando) y en existencia (con regular realización fáctica) . Y en este último aspecto, puede hablarse - en un nuevo sentido - de realidad normativa(5)(383).

2. Las normas jurídicas

Centremos ahora el enfoque en la estructura lógica de las normas jurídicas.

Todas ellas(6)(384)adoptan la forma de un "juicio hipotético"(7)(385), o sea el de una previsión (elemento antecedente) y una disposición (consecuencia) enlazadas por una relación de "deber ser"(8)(386).

¿Tal relación, es de causalidad (de "causa" a "efecto")?

Generalmente, cierto es que producido el presupuesto funciona el nexo. (Tal, lo que ocurre en el plano "normativo", cuyos mecanismos - por ser de orden espiritual - no tropiezan con obstáculos del mundo exterior que impidan su funcionamiento).

De allí que se hable de una "causalidad jurídica" (como relación de "causa jurídica" a "efecto jurídico").

Pero cabe señalar que no se trata de una causalidad naturalista (propia de las ciencias experimentales). Porque en el plano de la realidad (a que la norma refiere) los mecanismos fácticos no operan con tal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

automatismo y necesidad, ya que muchas veces interfieren impedimentos originados en el mundo exterior o en la mala voluntad humana.

El hombre es albedrío. Y siéndolo, puede - en su conducta - observar la norma o infringirla.

Por ende, el Derecho (que mienta conducta humana) formula sus normas como juicios hipotéticos (y no "categóricos")(9)(387).

De modo tal que el "presupuesto" no es causa sino ocasión de efectos jurídicos.

3. Lo "fáctico" y lo "jurídico" en el Derecho

Los "presupuestos normativos" a que nos hemos referido, reconocen - invariablemente - un substrato (un "soporte real").

Su examen pone al descubierto una variedad infinita, ya que tanto puede consistir en una materialidad, una mera circunstancia jurídica, un fenómeno de la naturaleza, o psíquico (intenciones, conocimientos, motivos), estados de hecho o de derecho, omisiones, el silencio mismo (puros o combinados, simples o complejos)(10)(388).

Todo ello configura, en síntesis, lo fáctico (que se da en tiempo y espacio y se aprehende por percepción sensorial o por inducción por medios indirectos)(11)(389).

Pero, además, es dable descubrir - en todos los casos - una inherente significación específica, un peculiar "sentido" de lo fáctico para el Derecho.

Es que lo fáctico - tal cual aparece en el plano real - es recortado por el Derecho, que lo reduce a ciertas notas que considera esenciales (a veces, en combinación con otras); la realidad es "elaborada" por el Derecho (que "desintegra" y "recompone", en su esfera, el mundo de aquélla).

De allí que "factums" similares (en lo natural) no lo sean en lo jurídico (y viceversa)(12)(390).

El plano del Derecho se ubica por encima ("superpuesto") al de la materialidad social, en forma no necesariamente coincidente. Existen - en cada uno de ambos - movimientos "autónomos" (en oportunidad y dimensión).

Es que al Derecho no interesa toda la realidad, sino sólo algunas zonas de ella (el resto, queda extramuros de lo jurídico) y - en ocasiones - prescinde deliberadamente de lo real(13)(391).

En síntesis: lo "fáctico" en Derecho no lo es en bruto, sino dotado de ciertos requisitos (previstos por la norma) que constituyen su calificación jurídica.

4. Los conceptos jurídicos

El Derecho es - a un tiempo - ciencia conceptualista y orden coactivo de la vida social.

De allí que asimismo los conceptos jurídicos reconozcan un "substrato"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del mundo de la realidad. También a ellos, en consecuencia, le son aplicables las anteriores reflexiones.

Debe repararse, además, que la ciencia del Derecho es elaboración conceptual de segundo grado (formulada sobre nociones de otras ciencias, no jurídicas). Mas esto - coincidentemente - no debe ser entendido como una servil remisión a aquéllas, ya que el Derecho se apoya en tales ideas, pero las delinea de diversa manera(14)(392).

Los conceptos jurídicos equivalen a tipos abstractos, preestablecidos por las normas. La realidad es jurídica en tanto y cuanto encuadra en ellos (lo que no - por diferencia o excedencia - no lo es).

En esa inteligencia, intentaremos precisar algunas nociones necesarias para la dilucidación del tema examinado.

4.1. "Persona"

Arribar a un preciso concepto de "persona" - jurídicamente entendido - no ha sido tarea fácil para la Ciencia del Derecho y la jusfilosofía, a pesar de constituir uno de sus temas fundamentales.

Variadas causas han contribuido para que numerosos intentos fracasaran, pero quizá ninguna asuma - en ese aspecto - la potencia frustrante del haber computado presuntas características diferenciales que sólo se advierten en los "soportes fácticos" (ajenos, por ende, a nuestra disciplina)(15)(393).

Una noción unitaria de persona (la única valedera) debe buscarse, entonces, en el puro campo de la teoría jurídica (desprovisto, en consecuencia, de componentes extraños).

Y así, el concepto indica la duplicación del "deber jurídico" y del "derecho subjetivo", concebido de modo "substancializado", el "quién" destinatario de las normas, su "término de imputación unitario": el sujeto de Derecho(16)(394).

Natural corolario de tal concepción, la "personalidad" se presenta como un medio técnico - científico (desde el punto de vista normativo) y como un atributo del "quídám".

Frente a ella, por consiguiente, son dables sólo dos posibilidades: o se la posee o no (se es o no "persona").

Va de suyo, pues, que dicha cualidad se asigna - y ostenta - en una medida única (ningún ente es - en el plano jurídico - mas o menos "persona" que otro). La "personalidad" es inmensurable (insusceptible de "quantums")(17)(395).

4.2. "Capacidad"

De lo explicitado en el punto anterior, surge delineada la noción de "persona" (ese alguien en Derecho).

Pero resulta lógico afirmar que se es "alguien" para "algo": se posee "personalidad" para comportarse en forma jurídicamente relevante.

La esfera de actuación que el sistema preceptivo confiere a cada sujeto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(en el que se contienen, por ende, los tipos de actos pasibles de ejecución), constituye - precisamente - el significado del concepto que estamos indagando.

Capacidad es, pues, el ámbito asignado por el ordenamiento normativo a la "persona" para ejercer esa función jurígena atribuida, consistente en participar de relaciones de Derecho. De lo expuesto, se advierte fácilmente la íntima conexión de las dos nociones hasta ahora examinadas: persona es "alguien" con capacidad; y ésta se adscribe siempre a aquélla(18)(396).

Pero debemos cuidar de no extraer conclusiones incorrectas, seducidos por el destello de fórmulas simplistas.

Bien es cierto que las "esferas" asignadas a cada tipo de sujeto para ejercitar su aptitud de "adquirir derechos y contraer obligaciones" reconocen dimensión variable - acorde a regulaciones normativas o a la peculiar naturaleza de los entes(19)(397)- y que, en consecuencia, hay personas más o menos capaces.

Cierto es también que - como se colige del anterior desarrollo - la nula capacidad o total quita de ella implica negación de personalidad(20)(398).

Pero de todo ello no se sigue que "la capacidad es la medida de la personalidad" (exitosa - pero conceptualmente errónea - expresión de Carnelutti)(21)(399).

Para apreciarlo, basta repasar el contenido propio de cada noción, advirtiendo un distinto significado que justifica la vigencia de ambas(22)(400), y de allí que una "personalidad" única (inmensurable) ofrezca el correlato de una "capacidad" pasible de variaciones (y medida)(23)(401).

En conclusión: el accidente de la mayor o menor "capacidad" en nada altera la esencia de la "persona"(24)(402).

4.3. "Legitimación"

Este concepto es, sin duda, uno de los de más reciente incorporación a la ciencia jurídica(25)(403).

Para elucidarlo es preciso señalar, ante todo, que con "capacidad" se indica un ámbito abstracto de actuación asignado a una categoría igualmente abstracta: la "persona".

El carácter general que, por definición, poseen las normas se origina, en efecto, en la imposibilidad de realizar previsiones pormenorizadas que agoten la infinita gama de relaciones que puede establecer un elenco ilimitado de protagonistas (además, en constante mutación).

De allí que jamás se prescriba en atención a un sujeto considerado en su individualidad, sobre determinado objeto, ni respecto de otros entes apreciados en sus peculiaridades propias(26)(404).

Por ende, la enunciación genérica y categorial debe ser complementada necesariamente - en cada caso concreto - con múltiples operaciones de "encuadre" de diversos aspectos conformantes de la especie en la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

disposición normativa(27)(405), Tales ejercicios son los que conducen, precisamente, a las distintas hipótesis comprendidas en la noción sub examen(28)(406).

"Legitimación" es, así, la aptitud de un ente determinado para asumir cierto rol en una situación jurídica concreta (con sujetos y sobre objetos igualmente precisados).

Podrá parecer que el concepto se asemeja al de "capacidad" (o, aún, que coincide con él).

Ante ello, debemos reiterar el diferente carácter ("abstracto" y "concreto") de los respectivos juicios de "aptitud" incluso en ambos. Y, además, señalar - despejando definitivamente las posibles confusiones - que personas igualmente capaces difieren en punto a legitimación(29)(407). Y no por otra razón que la de que las dos nociones expresan distintas ideas(30)(408).

5. Las "personas jurídicas colectivas"

El título del punto obedece a nuestra convicción acerca de que todos los sujetos que funcionan en Derecho son - por eso mismo - "personas jurídicas". Es menester, entonces, completarlo con el aditamento "colectivas" toda vez que hayamos de referirnos - como es aquí nuestro propósito - a aquellas cuyo substrato real es un conjunto de hombres.

Y acometemos la consideración de esta especie habida cuenta del tema central del estudio, no obstante estar seguros de que lo que habremos de exponer puede deducirse como natural corolario de las reflexiones anteriores.

Nos permitimos repetir que el calar en los soportes fácticos malogró los esfuerzos de nuestra disciplina por arribar a un concepto válido (y, por ello, unitario) de "persona".

La división en "especies", en efecto, derivó en la consagración de postulados antitéticos respecto de una y otra. Así, proclamóse la realidad de la "individual", en contraposición a la existencia ficta de la colectiva. Con relación a ésta, además, se formularon innumerables teorías, cuya exposición crítica resultaría aquí ociosa(31)(409).

Bastarán - a nuestro objeto - breves (¿y reiterativas?) consideraciones.

En el plano jurídico, las "personas" (todas ellas) son una creación del Derecho y un recurso técnico. La "personalidad" es, a un tiempo, real (en el mundo "ideal - jurídico", no "corporal - sensible") y artificial (en tanto es generada exclusivamente por el orden normativo) en todos los casos(32)(410).

El concepto es homogéneo, y mantiene validez total.

De allí que las diversas especies de "personas" no difieran en su esencia jurídica. Todas y cada una son lo mismo; todas y cada una son iguales. En absoluta identidad conceptual(33)(411).

Así - casi como comenzamos - concluimos nuestra parte.

6. Conclusiones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- 1°) El Derecho posee naturaleza "cultural" (es obra humana) y se halla conformado por proposiciones "normativas" (el Derecho es norma) .
- 2°) En consecuencia - y a pesar de no pertenecer a la naturaleza "real externa" - el Derecho es (en "esencia" y "existencia"), originando "realidades jurídicas".
- 3°) Las normas de Derecho se formulan con la estructura lógica de un "juicio hipotético" (previsión y disposición enlazadas por una relación de "deber ser"), generando una causalidad jurídica (no "naturalista").
- 4°) Los "presupuestos normativos" reconocen, siempre, un "soporte real" (que constituye lo fáctico) pero dotado una específica significación para el Derecho (que, en su esfera, desintegra y recompone - calificándola - el mundo de la realidad).
- 5°) Los conceptos jurídicos equivalen a tipos abstractos preestablecidos por las normas.
- 6°) "Persona" es un concepto equivalente a "sujeto de derecho" ("término de imputación normativo"), noción "unitaria" que mantiene total validez con respecto a todas las especies ("individual" o "colectiva") que componen el género.
- 7°) La "personalidad" reconoce una única medida, insusceptible de "quantums" (se es o no "persona", y todas iguales).
- 8°) "Capacidad" es el ámbito abstracto y variable asignado a la persona para ejercer la función jurídica atribuida (consistente en participar de relaciones de Derecho).
- 9°) Si bien la quita total de capacidad implica pérdida de personalidad (no hay "persona" sin una espera, siquiera mínima, de capacidad) la variada dimensión del "ámbito" en nada altera la esencia "inmensurable" de la calidad de sujeto de Derecho.
- 10°) "Legitimación" es la aptitud de un ente determinado para asumir cierto rol en una situación jurídica concreta (con sujetos y sobre objetos igualmente precisados).
- 11°) Las "personas jurídicas colectivas" poseen idéntica naturaleza jurídica que las demás especies de sujetos de Derecho.

II. PARTE PRELIMINAR: REGULACIÓN LEGAL DE LAS SOCIEDADES EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

FEDERICO JORGE PANERO

SUMARIO

a) Sociedades civiles. Concepto. Su régimen legal. Innecesidad de la inscripción. Diferencias conceptuales entre las sociedades civiles y las comerciales. - b) Sociedades comerciales. Concepto. Características básicas en el régimen legal argentino. - c) Sociedades no regularmente constituidas. Su régimen legal. - d) La inscripción de las sociedades comerciales. Sus efectos. La legitimación de las sociedades como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

atributo independiente de la inscripción.

1. Sociedades civiles

a) Concepto. Su régimen legal. El Código Civil argentino define a la sociedad civil en el artículo 1648 diciendo: "Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí del empleo que hicieren de lo que cada una hubiere aportado". La norma fija como requisitos básicos para la existencia de la sociedad, la pluralidad de partes, dado que no concibe la sociedad de un solo socio por cuanto ello importaría desconocer su índole contractual; la exigencia de aportes, reglamentada en el artículo 1648, los que pueden consistir en obligaciones de dar o en obligaciones de hacer, considerando como capital social a la totalidad de las prestaciones que consistiesen en obligaciones de dar, el propósito de obtener utilidades apreciables en dinero proveniente del empleo efectivo que se hagan de los aportes sociales, dado que no existe sociedad si no se persigue un lucro a dividir entre las partes(1)(412); el *affectio societatis*, o sea la intención de buscar en común mediante los aportes conjuntos la obtención de un beneficio corriendo con los riesgos consiguientes, como elemento esencial del contrato de sociedad(2)(413); la participación de los socios en las utilidades y las pérdidas de la sociedad (art. 1652), condición que es de carácter esencial para la existencia y validez de la sociedad; y el cumplimiento del requisito formal de la escritura pública (art. 1184, inc. 3º), cuya omisión determina la falta de constitución legal, dando derecho a los socios a desligarse de su compromiso indemnizando a los demás socios los daños y perjuicios emergentes de su actitud(3)(414), aunque también se ha interpretado que en tal caso existe la obligación de constituir la sociedad(4)(415).

La sociedad civil es pues el resultado de un contrato basado en el concurso de la voluntad de los socios (art. 1137). Como tal presenta los caracteres de ser bilateral, dado que los socios se obligan mutuamente; oneroso, por la obligación de realizar aportes; consensual, porque los requisitos de forma no se exigen bajo pena de nulidad; y además, conmutativo, porque cada socio entiende recibir igual contraprestación de sus consocios. En la formación del contrato las partes tienen en principio el derecho de pactar las cláusulas y condiciones que consideren más conveniente a sus intereses, de acuerdo al principio general de la libertad de las convenciones (art. 1197), siempre que tales convenciones no fueren contrarias a la esencia misma de la sociedad. Como bien expresa el distinguido jurista Carlos Malagarriga, el Código Civil argentino no reglamenta más que un tipo de sociedad, o sea la sociedad simple de tipo único; una sociedad en la que en principio, la responsabilidad de los socios, aunque subsidiariamente, se extiende más allá de los aportes realizados o prometidos y en la que el capital social no se representa por títulos negociables(5)(416).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código prohíbe la sociedad universal de bienes, aunque admite la sociedad de todos los bienes presentes que se tengan, siempre que se los designe, y también de las ganancias, cuando éstas provengan de ciertos y determinados negocios (art. 1651). En el concepto de la ley la sociedad debe tener un objeto lícito, norma ésta que es de orden público, siendo por lo tanto nula de nulidad absoluta su constitución en violación de este principio, siendo además sus miembros solidariamente responsables de todo daño resultante de los actos practicados en común para el fin de la sociedad.

La calidad de socio la tienen las personas que como tales fueron parte en el primitivo contrato social y las que con posterioridad ingresaren por convenio ya existente o a celebrar con todos los socios (art. 1667). En virtud de la plena capacidad jurídica que la ley reconoce a la mujer casada, ésta puede en consecuencia constituir sociedad con su cónyuge para el desarrollo de cualquier actividad civil. En la legislación comercial esta facultad está limitada a la integración de sociedad de responsabilidad limitada o por acciones (art. 27 ley 19550).

En la sociedad civil la mayoría de los socios no puede alterar el contrato social respecto al objeto o al modo de su existencia, o realizar actos contrarios al fin de la misma, requiriéndose para ello deliberación unánime de los socios (art. 1672). La prohibición que los socios tienen de ceder sus derechos sociales es la regla en estas sociedades, a no ser que tal facultad hubiera sido previamente pactada, pero su violación no le hace perder al socio su calidad de tal, dado que la cesión no es obligatoria para la sociedad, pero en cambio, producirá sus efectos entre el cesionario y el cedente, constituyéndose este último en mandatario del primero (arts. 1673- 1674). Esta situación cesa cuando la cesión ha sido aceptada por los demás socios.

El poder de administrar la sociedad, a falta de una estipulación en contrario, compete a todos los socios como presunción "juris tantum", de tal forma que cualquier acto que los socios hicieron obliga a la sociedad como hecho por su propio mandatario (arts. 1676/7). La vigencia de la sociedad queda supeditada al vencimiento del plazo de duración pactado por los socios o bien al cumplimiento de la condición resolutoria convenida, procediendo su disolución además, a mérito de las siguientes circunstancias: a la voluntad de cualquiera de los socios en el caso de plazo incierto; por exclusión o renuncia de socios; por la pérdida de Su capital social; por falta de cumplimiento de los aportes convenidos o por la imposibilidad de continuar los negocios. Agregamos a toda ello la posibilidad de disolución en cualquier momento por voluntad de todos los socios(6)(417).

b) Innecesidad de la inscripción. Para la sociedad civil la ley no impone otra exigencia de publicidad que la propia escritura pública que le da formalmente origen, no siendo necesario la inscripción de este instrumento constitutivo en registro alguno. Las modificaciones o agregados a las cláusulas sociales pactadas, que se introduzcan con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posterioridad a la fecha de formalización del contrato, tampoco requieren inscripción en registro especial para su plena vigencia, bastando solamente que tales agregados o modificaciones se hubieren adoptado de conformidad a las previsiones del contrato social y resulten de instrumentos que reúnan las mismas características formales que el contrato original. La constitución de la sociedad como los posteriores agregados o modificaciones al contrato respectivo se consideran firmes y producen todos sus efectos desde el mismo momento del acuerdo de voluntad de los socios adoptado en el instrumento público señalado por la ley. En las sociedades comerciales en cambio, y con la sola excepción de las sociedades accidentales o en participación, rige la exigencia de la inscripción del contrato en el Registro Mercantil de todos los tipos societarios previstos por la ley 19550. Esta exigencia de la inscripción de las sociedades comerciales es el resultado del sistema seguido por la ley citada, adoptando el régimen de la inscripción como requisito constitutivo de la sociedad, el que no es susceptible de ser sustituido en razón de que su finalidad no es la de notificar a terceros determinados la realización de un acto concreto, sino que tiene por destinatario a terceros indeterminados con el propósito de hacer público el acto constitutivo de la sociedad. Como bien expresa el distinguido comercialista Juan B. Siburu(7)(418), la publicidad registral constituye una declaración pública hecha por los socios a todas las personas que hayan de contratar con la sociedad, respecto de la extensión y condiciones en que se responsabilizan por las deudas sociales, constituyendo una presunción "jure et de jure" de que la sociedad se ha constituido conforme a ella, careciendo de eficacia toda cláusula reservada o no inscripta. Ello en virtud de que en el orden mercantil la publicidad tiene especial importancia, ya que el ejercicio del comercio afecta el interés general, siendo imprescindible el debido conocimiento de todas las circunstancias que revelen las condiciones en que desarrollan sus labores quienes ejercen el comercio.

A diferencia de lo preceptuado en el art. 47 del Cód. Civil para las asociaciones o fundaciones que necesitan para su funcionamiento la previa autorización de la autoridad competente, la que una vez concedida legítima la existencia de la sociedad con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación, las sociedades comerciales sólo se consideran regularmente constituidas con su inscripción en el Registro Mercantil (art. 7º ley 19550), no retrotrayendo sus efectos a la fecha del contrato social, sino que éstos se producen desde el momento de la toma de razón. Al respecto y con anterioridad a la sanción de la ley 19550 se sostuvo en doctrina que conforme a las normas de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio, la inscripción en término del contrato social tiene la virtud de retrotraer todos sus efectos a la fecha de su otorgamiento(8)(419).

c) Diferencias conceptuales entre las sociedades civiles y las comerciales. Con la sanción de la ley 19550 de Sociedades Comerciales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desapareció la dificultad que anteriormente existía para precisar las diferencias conceptuales entre las sociedades civiles y comerciales, dando lugar a cuestiones teóricas y de orden práctico. Los arts. 1º, 13 y 21 de la ley encuadran concretamente dentro del régimen de las sociedades comerciales, las siguientes categorías: 1º) la de los tipos previstos en el texto de la ley; 2º) las asociaciones sin distinción de objeto que adopten la forma de sociedad bajo algunos de dichos tipos; y 3º) las sociedades de hecho, siempre que su objeto sea comercial. Las entidades no encuadradas en algunas de las tres categorías citadas, deben ser consideradas en consecuencia como sociedades civiles si se ajustan a los requisitos de forma y de fondo contemplados en las normas pertinentes del Código Civil. Para el caso de no responder a estas exigencias, corresponde considerarlas como sociedades atípicas, recayendo sobre estas entidades la sanción de nulidad prevista en el art. 17 de la ley.

Fundamentalmente y antes de la vigencia de la ley 19550, fueron dos los criterios sustentados para precisar la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales. La primera distinción se refería exclusivamente al objeto de la sociedad, calificándosela de civil o comercial según que su objeto fuera la celebración de actos civiles o comerciales. El art. 282 del Código de Comercio expresaba: "La compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio con ánimo de partir el lucro que pueda resultar. Son también mercantiles las sociedades anónimas aunque no tengan por objeto actos de comercio". A pesar de ello no siempre resultaba posible seguir esta regla de un modo firme cuando la enunciación del objeto social no era del todo preciso o terminante o que por su ambigüedad posibilitara llevar a cabo actos de otra naturaleza. De allí que resultara necesario el análisis de la actividad social desarrollada en forma regular y habitual, para determinar el real objeto de la sociedad.

Pero el problema se tornaba dificultoso cuando las actividades sociales comprendían indistintamente actos de naturaleza civil o comercial.

El segundo criterio consistió en atenerse a la forma social adoptada. Así surgía por otra parte de los arts. 8º inc. 6 y 282, 2ª parte del Código de Comercio, y del art. 3º de la ley 11645, de cuyas normas resultaba que las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada siempre se las reputaba comerciales, cualquiera fuera el objeto o fin perseguido. Cabe recordar que con anterioridad a la reforma del Código Civil efectuada con la ley 17711 del año 1968, las sociedades civiles no eran consideradas como entidades con personalidad jurídica, y sus diferencias con respecto a las comerciales eran sustanciales en cuanto a las formalidades a cumplir para su constitución, al régimen de responsabilidades de los socios, a la ausencia de las obligaciones impuestas al comerciante por el Código de Comercio, la inaplicabilidad del régimen de quiebras, etc. Con la reforma operada y la posterior sanción de la Ley de Sociedades Comerciales, resultó fácil advertir la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

analogía con los requisitos que configuran la esencia de las sociedades civiles y comerciales, con excepción de las condiciones de tipificación y las exigencias de organización no establecidas para las sociedades civiles pero de cumplimiento ineludible para las comerciales. Corresponde también puntualizar otras importantes diferencias conceptuales y de forma, tales como: a) la obligación para la sociedad civil de formalizar su constitución por escritura pública como requisito forzoso para su existencia legal (art. 1184, inc. 6° del Cód. Civil), mientras que para la sociedad comercial basta su instrumentación por escrito, con la sola excepción de las sociedades accidentales o en participación para las que no se exige la adopción de forma determinada. Para las sociedades por acciones que se constituyan por acto único la ley prevé especialmente la necesidad del instrumento público para su instrumentación (art. 165); b) en las sociedades civiles no se requiere el cumplimiento de ningún requisito especial de publicidad ni su registración en organismos determinados, mientras que en las sociedades comerciales la inscripción del pertinente contrato social en el Registro Mercantil resulta fundamental para su regularidad, además de la previa publicación en diarios o periódicos exigido para determinados tipos de sociedad; e) la solidaridad no es presumida entre los socios de una sociedad civil, requiriéndose para ello el pacto previo que así lo disponga, a diferencia de las sociedades comerciales donde la solidaridad se presume en las sociedades de interés; d) las sociedades civiles no están sujetas a ningún sistema especial de registración de sus operaciones ni a llevar contabilidad determinada, estando en cambio impuesta esta obligación en las sociedades comerciales en forma expresa (art. 61, Ley de Sociedades, y art. 43, Cód. de Comercio); e) la tipicidad, o sea el ajuste de la estructura societaria a formas previamente determinadas en la ley no es exigida en las sociedades civiles, en tanto que en las comerciales esta exigencia aparece expresa y claramente formulada en la misma definición de la sociedad mercantil efectuada en el art. 1° de la ley 19550.

La calificación de una sociedad como civil o comercial afecta solamente el funcionamiento interno de la misma y no a los actos con terceros que la sociedad concierte, para los que corresponderá aplicar la legislación comercial o civil según la naturaleza de dichos actos.

2. Sociedades Comerciales. Concepto. Características básicas en el régimen legal argentino

La ley 19550 define a la sociedad comercial especificando que "habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas". Como resulta claro de la simple lectura de esta norma, ella contiene en su definición de la sociedad comercial los principios que pueden

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

considerarse esenciales para su configuración, a saber: a) la pluralidad de personas; b) las aportaciones; c) forma organizada de operar; d) participación en los beneficios y soportación de las pérdidas; e) tipicidad. A estos principios básicos debe agregarse el elemento "affectio societatis" que, si bien no está enunciado en la ley, surge no obstante del articulado de la misma(9)(420).

Los elementos señalados que caracterizan en la legislación argentina a las sociedades comerciales, tienen su sentido y explicación en las siguientes consideraciones:

1) Pluralidad de personas: es un elemento esencial y específico de la sociedad, la que por su naturaleza presupone la concurrencia de dos o más partes que asumen todas ellas derechos y obligaciones. Los socios deben ser por lo tanto dos o más personas, excluyéndose en consecuencia la legitimidad de la sociedad formada con prestanombres. El art. 94, inc. 8, de la ley prevé la desaparición del ente social cuando éste quede reducido a una sola personas. Ello en virtud de que la forma jurídica de la sociedad no es puesta a disposición de una persona para que aproveche para sí las ventajas que la ley confiere a las entidades constituidas regularmente. Basta tener en cuenta que la limitación de la responsabilidad no es factible sino mediante la creación de una verdadera sociedad, persona jurídica que supone por lo menos la presencia de dos socios. En los casos en que la jurisprudencia argentina debió pronunciarse al respecto, fue siempre consecuente con la exigencia de la pluralidad de socios para que la sociedad quede configurada(10)(421).

2) Las aportaciones de los socios constituyen el elemento específico para la formación del fondo común u, por lo tanto, para la misma existencia de la sociedad. Pero además de representar esta finalidad, tales aportaciones importan para los socios una verdadera obligación, cuya exigibilidad prevé el artículo 37 al disponer: "El socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas, incurre en mora por el mero vencimiento del plazo y debe resarcir los daños e intereses". El aporte en el sentido de la ley es de significado amplio, comprendiendo todo bien que tenga un valor de uso o de cambio y cualquier derecho, bien sea de propiedad, de usufructo, etc., dado que no se impone como tal un determinado tipo de prestación, a excepción de lo dispuesto para ciertas clases de sociedades (anónimas, en comandita y de responsabilidad limitada). El aporte que realiza cada socio se verifica a favor de la sociedad y no de los socios individualmente, resultando de ello que sea la sociedad la acreedora de las prestaciones del obligado y tenga por lo tanto la responsabilidad de excluir al moroso. El valor conjunto de las prestaciones de los socios constituye el capital social y la ejecución del aporte debe realizarse conforme a los requisitos fijados por las leyes según la distinta naturaleza de los bienes (art. 38, 2ª parte). La ley prevé expresamente en el art. 11 la necesidad de precisar el aporte que corresponde a cada socio, dado que su determinación permitirá fijar el capital social;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establece la proporción en que deben distribuirse las utilidades y soportarse las pérdidas para el caso en que el contrato social guarde silencio al respecto, determinando además la parte de cada socio en la liquidación de la sociedad. La no especificación de los aportes en el contrato societario lo hace a éste anulable, pero esta deficiencia podrá ser subsanada hasta su impugnación judicial (art. 17).

3) La participación en los beneficios y soportación de las pérdidas es también un requisito específico para la existencia de la sociedad y, si bien el art. 1º de la ley 19550 establece que la sociedad debe tener por finalidad el lucro o una utilidad apreciable en dinero como rezaba el derogado art. 282 del Código de Comercio y lo requiere el art. 1648 del Código Civil para las sociedades civiles al asimilar el concepto de utilidad al de beneficio, concepto este último más amplio que el de lucro utilizado por el derogado art. 282 del Código de Comercio, permite comprender toda ventaja patrimonial que, originada en el giro comercial de la sociedad, aumente la fortuna particular de los socios o disminuya sus cargas conforme a las reglas estipuladas en el contrato. Para el caso eventual de no preverse en este instrumento la forma de distribución, bien sea de utilidades como de pérdidas, ella deberá hacerse en proporción a los aportes (art. 11 inc. 7º). Esta norma general admite, no obstante, tres excepciones: a) en las sociedades de capital e industria, por cuanto los beneficios del socio industrial deben precisarse en el contrato o fijarse judicialmente en ausencia de una norma expresa (art. 144); b) en las sociedades accidentales o en participación, las pérdidas que afecten al socio no gestor mientras no superen el valor de su aporte (art. 365); y c) en las sociedades cooperativas, porque la distribución del excedente se efectúa en base a la operatoria de cada socio con la sociedad y no conforme a su capital accionario. El art. 13 de la ley 19550 sanciona de nulidad las estipulaciones que tornen irrisoria para uno o algunos de los socios su participación en las utilidades o contribución a las pérdidas, de tal manera que signifiquen un verdadero fraude a la ley o que posibiliten la adquisición de la parte de un socio por un precio notoriamente irreal al tiempo de hacerlo efectivo.

4) Tener una forma organizada para operar es impuesta por el art. 1º de la ley, por lo que el contrato social debe contener las bases indispensables de organización de la entidad que se crea, en razón del principio económico de empresa que constituye la actividad normal de las sociedades mercantiles. La organización resulta por lo tanto otro elemento esencial del contrato de sociedad y así lo establece el art. 11, inciso 6º de la ley, por lo que su omisión hace aplicable las disposiciones que la normativa legal contempla para las sociedades no constituidas regularmente (arts. 21 - 26).

5) La tipicidad, entendiendo como tal el ajuste de la estructura societaria a cualquiera de las especies reglamentada por la ley, ya sea en los Códigos de fondo o por leyes posteriores. Se infiere así que las sociedades atípicas son los que no tienen una consagración legal en el derecho positivo vigente, pudiendo resultar de la combinación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elementos de las sociedades reconocidas o tener características no previstas en la normativa que rige la existencia de las sociedades. Ello comporta la obligación de cumplir con un conjunto de normas jurídicas que las sociedades deben adoptar para que los asociados o los terceros que con ellas contraten tengan pleno conocimiento de su estructura, organización y responsabilidad social para el fin último de la seguridad jurídica. El art. 17 de la ley sanciona de nulidad absoluta la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados en la misma, terminando así con la discusión de la legitimidad de las sociedades atípicas, ampliamente tratada en la doctrina argentina pero con clara evidencia a negarles validez(11)(422). El legislador nacional al proceder en consonancia con esta doctrina, ha tenido en cuenta los trastornos y complicaciones que suscitaría la adopción de formas societarias no reguladas legalmente. Una sola excepción es admisible al principio de tipicidad, siendo ella el de las sociedades constituidas en el extranjero bajo un tipo societario distinto al ordenado en nuestra legislación, que funcionen en la República con arreglo a lo estatuido en los arts. 118 y 119, pero en tal caso será de competencia del juez de inscripción determinar las formalidades o requisitos que deberán cumplimentarse para la regular actuación de la sociedad en el país.

6) El "affectio societatis" es reconocido por la doctrina como un factor esencial en el contrato de sociedad, siendo en realidad la característica más típica que distingue a la sociedad de otras relaciones jurídicas con las que pudiera confundirse. Sintetizada como la voluntad de colaborar en forma activa en la empresa común(12)(423), comporta el deber de lealtad que se deben los socios, desarrollado dentro del marco de la igualdad jurídica(13)(424). Tal colaboración presupone no sólo los aportes que deben efectuar los socios para la formación del capital social, sino y en muchos casos, la labor personal en la administración y gobierno de los intereses sociales, así como el correlativo derecho de controlar el movimiento de la sociedad, bien sea por sí mismo o por medio de apoderados o representantes. La jurisprudencia argentina y la doctrina nacional lo consideran un elemento específico de la sociedad, llegándose a admitir que su falta es causal de disolución o de exclusión del socio que no revela interés por la suerte común(14)(425).

3. Sociedades no constituidas regularmente. Su régimen legal

El art. 7° de la ley expresa que la sociedad comercial sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, exigible para todos los tipos de sociedades, con excepción de la sociedad accidental o en participación, expresamente excluida de esta obligación, sin perjuicio del previo control judicial ordenado en el art. 6°. Tratándose de que en el sistema de la ley todas las formas de constitución establecidas deben ser respetadas para la validez de la sociedad, su ausencia o vicio en las mismas afecta la formación de la sociedad impidiéndole su concreción legal. La subsanación del vicio de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forma no significará la regularización de la sociedad en razón de no admitirse la transformación de una sociedad irregular, pues para que ello ocurra sería necesario que una sociedad regularmente constituida conforme a uno de los tipos de la ley, adopte otro de los tipos previstos. La sociedad irregular es por lo tanto una situación especial tolerada por la ley como resultado de la frustración de una sociedad legal por uno o más vicios de forma. De allí que el art. 21 defina a las sociedades irregulares como aquellas de tipos autorizados que no se constituyan regularmente. Surge de ello que los vicios de forma requeridos son los que se refieren al acto constitutivo y no los relacionados con las modificaciones de un contrato social regularmente inscripto en el Registro Mercantil.

La doctrina y jurisprudencia argentina reconocen la personalidad de la sociedad irregular y la de hecho(15)(426), aunque con carácter precario, por cuanto tales sociedades pueden ser disueltas por cualquiera de los socios que así lo requieran y, además, restringidas, en virtud de que la personalidad reconocida no producirá en esos casos la plenitud de los efectos normales. A este respecto cabe señalar que la representación de la sociedad puede ser ejercida por cualquiera de los socios (art. 24), y quienes contraten en nombre de la misma quedan ilimitada y solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin derecho a invocar el beneficio de excusión ni las limitaciones que se funden en el contrato social, pudiendo oponérsele compensación con un crédito contra la sociedad. Corresponde mencionar igualmente como importante limitación la disposición del art. 26 de la ley impidiendo a estas sociedades recibir bienes cuya adquisición de dominio requiera registración.

El reconocimiento de la personalidad faculta a la sociedad para estar en juicio, representada por cualquiera de los socios, obrando éstos en ese carácter, no pudiéndose embargar bienes sociales por deudas del socio y teniendo derecho los acreedores sociales a cobrar con anticipación sobre el haber social. En todos los casos se entiende que el socio obliga a la sociedad en la medida en que actúa en su nombre (art. 24).

La ley considera a las sociedades irregularmente constituidas como rescindibles, o sea, susceptibles de disolverse cuando cualquiera de los socios así lo notifique al resto de sus miembros, no requiriendo esta exteriorización de voluntad la previa aceptación de los interesados para producir sus efectos (art. 22). En tal caso la liquidación se rige con arreglo a las normas previstas en el contrato y en la misma ley. Como puede apreciarse, se desalienta la existencia de estas clases de sociedades y se facilita su desaparición, pero como resulta lógico y razonable suponer, un principio elemental de justicia impide sancionarlas de manera tal que los terceros puedan lograr ventajas inmerecidas y hasta abusivas, por vía de los contratos que concierten con tales entidades.

La acreditación de la existencia de la sociedad irregular puede ser efectuada por cualquier medio de prueba, pero conforme al art. 209 del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Código de Comercio, será necesario la aplicación del principio de prueba por escrito, solución que es rigurosamente jurídica, a no ser que medie alguna imposibilidad moral que lo impida (concubinato, parentesco próximo, etc.). La disolución de estas sociedades deberá inscribirse en el Registro Mercantil para surtir sus efectos con respecto a los terceros, por aplicación de lo establecido en el art. 98 de la ley que determina la necesidad de su inscripción previa publicación en caso de corresponder.

4. La inscripción de las sociedades comerciales. Sus efectos

La inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades comerciales comporta la culminación del régimen de publicidad que prevé el art. 5° de la ley. Este requisito de la inscripción reviste un carácter "ad -solemnitatem" en el sentido de que su inobservancia impide el nacimiento legal de la sociedad, dando sólo origen a una sociedad irregular que la ley especialmente contempla en sus arts. 21 a 26. El art. 5° dispone que la inscripción del contrato constitutivo o modificatorio se efectúe en el Registro Público de Comercio del domicilio social en el término y condiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio, resultando de esta norma que no sólo debe inscribirse el instrumento que da nacimiento a la sociedad sino también los demás instrumentos que modifiquen o complementen el contrato social. Su incumplimiento aparece como consecuencia la irregularidad de la sociedad con las consiguientes derivaciones previstas por el legislador. Pero corresponde advertir además que si las modificaciones no fueren inscriptas, a pesar de que ellas obligan a los socios otorgantes y pueden ser alegadas por los terceros contra la sociedad y los socios, tales modificaciones no podrán en cambio ser opuestas a terceros, admitiendo la ley como única excepción a esta regla, los casos de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada de 20 o más socios (art. 12).

La inscripción del contrato social debe tramitarse en la jurisdicción correspondiente al domicilio de la sociedad y en los términos y condiciones fijados en los arts. 36 y 39 del Código de Comercio, siendo procedente la inscripción en el Registro Mercantil de todos los tipos societarios normados por la ley, con la única excepción de las sociedades accidentales o en participación, en razón de que estas sociedades no están sujetas al cumplimiento de requisitos formales, dado que la prueba de su existencia se rige por el principio general de prueba de los contratos, ni obligadas a inscripción alguna (art. 361).

Se ha sostenido que la inscripción del contrato en el término previsto en el Código de Comercio retrotrae sus efectos a la fecha del mismo, pero que en caso de ser tardía, tales efectos se producirán sólo desde el momento de su inscripción⁽¹⁶⁾(427) Pero si se tiene en cuenta la doctrina receptada en el art. 7° de la ley, adoptando el sistema de la inscripción como condición para que la sociedad exista legalmente, tal efecto retroactivo estaría en pugna con el precepto citado. Como bien expresa Siburu, la publicación por medio del Registro constituye una presunción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"iuris et de iure" de que la sociedad está constituida y toda cláusula reservada o no inscrita carece de eficacia, no pudiendo los socios valerse de ella sino en el futuro mediante la inscripción(17)(428).

5. La legitimación de las sociedades como atributo independiente de la inscripción

En nuestro derecho positivo el nacimiento de la personalidad del ente societario se produce en el instante de instrumentarse el pertinente acuerdo de voluntades, con independencia de su inscripción registral, pero incidiendo en el alcance y régimen de la personalidad jurídica, aunque no en su existencia. Razones motivadas en el realismo y en la equidad han decidido al legislador argentino en favor del reconocimiento de tal situación. Las manifestaciones de la personalidad del ente en tales condiciones surgen de la facultad de accionar respecto de terceros (art. 23) y de la existencia de un patrimonio social diferenciado del de los socios, sujeto a liquidación entre ellos, aun para el caso de quiebra, aunque en este caso el contrato social será inexigible entre los socios, no pudiendo tampoco sus cláusulas ser opuestas a terceros. No existe diferenciación derivada del tipo social adoptado, siendo uno solo el régimen al que deberá someterse la sociedad irregular, sin que ello comporte el reconocimiento de un nuevo tipo societario - el de la sociedad irregular - sino una causal legal de enervación de las consecuencias generales de la irregularidad.

El carácter restrictivo de la personalidad del ente irregular y su misma precariedad derivada de la facultad que tiene cada socio de exigir en cualquier momento la disolución de la sociedad, es consecuencia de la inexigibilidad del contrato entre los socios, obrando como una especial causal de disolución, pero cuyo ejercicio por cualquiera de los socios no extingue la personalidad del ente sino que ésta subsiste a los fines de la liquidación de la sociedad.

Producida en cambio la inscripción, Su consecuencia será el estado de regularidad de la relación societaria, y las obligaciones que hubieren contraído los socios a los efectos de la constitución, son entonces asumidas por la sociedad desobligando a aquéllos (arts. 183 - 4).

Cabe mencionar la hipótesis de irregularidad en que se encontraría una sociedad en trámite de inscripción, lo que podría autorizar a cualquiera de los socios a solicitar su disolución mientras aquélla se produce. Al respecto, la ley (art. 5º) y el Código de Comercio (art. 39), fijan un plazo mínimo de espera de quince días, contados a partir del acto de formalización de la sociedad, para que el socio pueda ejercer el derecho de solicitar la disolución, aunque en la práctica este plazo resulta exiguo para el desarrollo normal del trámite de inscripción, por lo que es dable suponer que habrá de quedar a la apreciación del Tribunal de registro la razonabilidad de la conducta del socio fundada en la alta de inscripción en término.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

6. Conclusiones

De lo sucintamente expuesto podemos decir:

a) La regulación de las sociedades en el derecho positivo argentino está dada en el orden mercantil por la ley 19550, la que por imperio de lo establecido en su art. 367 integra el Código de Comercio; y, en el orden civil por las disposiciones del derecho común (arts. 1648 a 1788 del Código Civil). Las sociedades cooperativas no se incluyen en la normativa de la Ley de Sociedades por estar reguladas mediante ley especial, rigiendo no obstante para ellas, supletoriamente, las normas de la legislación de sociedades comerciales.

b) Las disposiciones del derecho común que reglan el nacimiento, desenvolvimiento y liquidación de las sociedades civiles son de aplicación subsidiaria a las sociedades mercantiles, una vez agotado el recurso de la analogía dentro de la legislación mercantil.

c) La ley 19550 se aparta del criterio de comercialidad en razón de su objeto, receptando en cambio el principio que asigna carácter comercial a la sociedad cuando ésta se constituya conforme a uno de los tipos previstos en la misma. No se admiten más tipos societarios que los prefijados en la ley.

d) La personalidad de las sociedades civiles y comerciales está expresamente reconocida en el derecho argentino, no existiendo en consecuencia en este aspecto, ninguna diferencia en cuanto a su carácter de personas jurídicas.

e) La ley 19550 reconoce además personalidad a las sociedades irregulares, aunque precaria y limitada, sujeta a disolución en cualquier momento a voluntad de cualquiera de sus socios.

f) La sociedad irregular no es una entidad de los tipos previstos en la ley 19550 sino una clase de sociedad que la legislación tolera y es consecuencia de la frustración de una sociedad de tipo legal en razón de un vicio de forma.

g) La inscripción del contrato de sociedad en el Registro Mercantil es requisito esencial para ser considerada regularmente constituida. Toda sociedad comercial que funcione sin cumplir con dicha exigencia es irregular.

III. CONTRATOS CELEBRADOS EN NOMBRE DE UNA SOCIEDAD EN PERÍODO CONSTITUYENTE

EL PERÍODO CONSTITUYENTE

JAIME GIRALT FONT

SUMARIO

a) Fijación del concepto - b) Límite temporal de duración. Conveniencia o inconveniencia de fijarlo. - c) La inscripción en el Registro como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

desenlace del período constituyente. - d) Conclusiones.

a) Fijación del concepto

1. - El período constitutivo, en materia de sociedades comerciales, comprende el lapso que media entre la formalización del contrato o estatuto social y su inscripción en el Registro Público de Comercio, con excepción de las sociedades anónimas que se constituyen por el procedimiento de suscripción pública(1)(429), en las que el iter constitutivo comienza con la firma del programa de fundación.

Sobre esta base deben excluirse del estudio del tema a las sociedades de hecho, por carecer de instrumentación, y a las sociedades accidentales o en participación, por no ser sujetos de derecho ni inscribibles (art. 361).

Tampoco corresponde analizar entonces la naturaleza y efectos de las relaciones anteriores a la formalización del contrato societario, ya que hasta ese momento sólo existe la intención de formar sociedad y no sociedad en formación.

El concepto propuesto requiere, por su propio enunciado, que la sociedad constituida esté encuadrada entre algunos de los tipos previstos en la ley, ya que en caso contrario no existiría sociedad comercial en virtud del principio de tipicidad implícito en el artículo 1° de la ley 19550.

2. - Es tradicional la distinción entre sociedades regularmente constituidas y no regularmente constituidas, estas últimas también conocidas como sociedades irregulares. Las primeras son las que han alcanzado el tipo elegido mediante el cumplimiento de los requisitos formales establecidos por la ley, entre ellos, fundamentalmente, la inscripción en el registro mercantil. Las segundas, en cambio, si bien cuentan con la instrumentación del contrato, sobre la base de uno de los tipos societarios legalmente previstos, carecen de dicho tipo por la falta de inscripción.

Puede así decirse que la inscripción es constitutiva del tipo societario, y hasta tanto no se produzca, la sociedad no tendrá la naturaleza, características y efectos propios del tipo que se intentó adoptar. Ello no obstante, goza de personalidad jurídica en tanto es sujeto de derecho, según resulta de lo normado en los artículos 21 a 26; lo que ratifica la idea de que, para la ley argentina, la inscripción tiene como efecto la regularización de la sociedad y no el otorgamiento de su personalidad.

3. - Si bien la vasta problemática de las sociedades en formación abarca a todos los tipos societarios, cabe señalar que su análisis reviste mayor trascendencia respecto de las sociedades anónimas, las de responsabilidad limitada y las en comandita por acciones, debido a la limitación de la responsabilidad de los socios o algunos de ellos, según los casos; a la complejidad y consecuente mayor duración de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trámites a cumplir para lograr la inscripción y a que los dos primeros son los tipos que con más frecuencia se adoptan.

4. - Si se acepta que la sociedad constituida sobre la base de alguno de los tipos previstos legalmente pero no inscrita es irregular, parecería que las sociedades que se encuentran en pleno proceso constituyente quedarían comprendidas dentro de esta clasificación. Pero forzoso es reconocer que tal impresión resulta inapropiada en el supuesto de personas que formalizando el contrato de sociedad, con la debida diligencia solicitan a las autoridades u organismos competentes la conformación e inscripción, obteniendo ésta en los plazos normales. Esta, evidentemente, no es, hasta alcanzar la inscripción, una sociedad irregular, sino una sociedad en proceso de formación o, si se prefiere, de regularización. Por tanto, los actos imputables a la misma o a sus integrantes y las relaciones intersocietarias, en la medida en que se refieran a actos de cumplimiento necesario para lograr su regularización, no deben quedar sometidos a la aplicación de las normas relativas a las sociedades irregulares. Es que las en formación no son sociedades regulares ni irregulares, sino en proceso de regularización.

Esta idea es la que, en alguna medida, recepta la ley de sociedades, al determinar en el último párrafo de su artículo 183 que "una vez inscrita la sociedad (anónima), son a su cargo las obligaciones contraídas para su constitución por los fundadores y directores y reembolsará los gastos realizados". Es evidente que esta norma no tendría razón de ser si la ley conceptuara a las en formación como sociedades irregulares.

5. - Fácil es entonces, en principio, distinguir una sociedad irregular de una en formación. La primera, sin estar inscrita, desarrolla las actividades comprendidas en su objeto y, en consecuencia, se vincula obligacionalmente con terceros por actos que hacen a su giro. La segunda, en cambio, sólo debería ejercer los actos tendientes a su regularización, relacionándose con terceros únicamente a raíz de ellos. Esto, que en teoría puede ser claro, no lo es en la práctica. Ello así porque lo frecuente - y hasta podría decirse normal - es que entre el momento de la constitución de la sociedad y su inscripción, ésta deba realizar numerosos actos que exceden el marco de los necesarios para su regularización.

6. - No parece razonable pretender que quienes resuelven asociarse para la explotación de un negocio determinado se vean obligados a mantener inactivos los capitales aportados, perdiendo la oportunidad de realizar tempestivamente las operaciones proyectadas a la espera del cumplimiento del lento proceso inscriptorio - de seis meses a un año para las sociedades anónimas - para recién entonces comenzar a contratar empleados, adquirir muebles y útiles e iniciar la vinculación obligacional inherente a las actividades del giro.

Por ello, sucede generalmente que, antes de obtener su inscripción, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad comience sus actividades. Esto resultará insoslayable en el supuesto de que el capital social esté integrado, entre otros aportes, por un fondo de comercio o establecimiento en marcha, posibilidad prevista en el artículo 44(2)(430) Es claro en el caso de este ejemplo, que si se paralizare la explotación del fondo de comercio aportado en espera de la inscripción, la ruina de la sociedad ocurriría antes que aquélla.

7. - Ante la imposibilidad práctica de poder determinar con precisión en qué momento una sociedad en pleno proceso regularizador pasa a ser irregular y en seguridad de los derechos de los terceros, la ley aplica a las sociedades en formación que han iniciado su giro, las normas relativas a las sociedades irregulares.

De aquí puede deducirse que, al menos para la legislación argentina, las sociedades que se encuentran en proceso de inscripción y realizan las actividades propias de su objeto revisten una doble naturaleza: sociedades en formación en función de los actos necesarios para obtener su regularización; irregulares respecto de los demás.

8. - Ante este panorama, de por sí bastante complejo, debe tenerse en cuenta que existe además otra clase de actos que podría ubicarse en una zona intermedia entre los requeridos para lograr la inscripción y aquéllos propios del giro, tales como el establecimiento de la sede social, su amoblamiento y equipamiento, la contratación de personal y adquisición de los bienes imprescindibles para su funcionamiento. Estos actos, cuya omisión impediría el cumplimiento del objeto social, pueden ser calificados como actos preparatorios del giro o complementarios de la constitución de la sociedad.

9 - La entrada en vigencia de la ley argentina de sociedades comerciales significó un avance de singular trascendencia en lo relativo al tratamiento de las sociedades irregulares, como con precisión lo señalara el coordinador internacional en su esquema para el desarrollo del tema II del XIV Congreso Internacional del Notariado Latino. En cambio, la regulación de la sociedad durante el período constituyente no fue encarada por dicha ley en igual medida ni organicidad, en tanto que sólo se refieren a ésta última tres artículos distribuidos en distintos capítulos(3)(431), lo que no deja de ser consecuente con la idea del legislador en el sentido de que la sociedad que gira antes de su inscripción es irregular.

Por tal motivo muchos son los aspectos que la doctrina y la jurisprudencia deben elucidar para armonizar las disposiciones de la ley con relación a las sociedades irregulares, las referidas a las en formación y la seguridad y equidad que requiere la realidad jurídica societaria.

10. - A título de ejemplo de lo precedentemente expuesto, pueden citarse los siguientes supuestos, en los que, a igual situación corresponde la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aplicación de distintas normas, según que la sociedad en proceso constituyente haya comenzado a girar o no:

a) Facultad de los socios para exigir la disolución de la sociedad:

Por expresa disposición de la ley (art. 22), en la medida que la sociedad pueda calificarse como irregular, "cualquiera de los socios puede exigir su disolución. Esta se producirá a la fecha en que el socio notifique fehacientemente tal decisión a todos los consocios y respecto de los terceros cuando se cumpla con el art. 98" (inscripción de la disolución en el registro mercantil). Pero si se tratare de una sociedad en formación "pura", es decir que, aparte de los actos necesarios para obtener su inscripción no ha ejecutado otro, tal derecho no podría ser ejercido, en tanto se realice normalmente el proceso inscriptorio. (Conf Anaya, Jaime L., op. cit.)

Si bien ambas normas no ofrecen dificultad en su interpretación y eventual aplicación - si la sociedad no ha girado la disolución no será exigible; si lo hizo, sí -, la solución no aparece tan clara si, por hipótesis, se trata de una sociedad en la que uno de los socios ha aportado, por ejemplo, un inmueble; en el acto constitutivo los socios convinieron iniciar las actividades; se cumplen con toda diligencia y en los plazos normales los trámites tendientes a obtener la conformación del estatuto y la inscripción de la sociedad; y uno de los socios, quizá el que tiene una ínfima participación en el capital social, en forma arbitraria e intempestiva y configurando un verdadero ejercicio abusivo de su derecho, exige la disolución de la sociedad aún no inscripta, sobre la base de lo prescripto en el citado art. 22.

b) Representación de la sociedad:

Cualquiera de los socios representa a la sociedad irregular en sus relaciones con los terceros (art. 24). Esta norma autorizaría a interpretar que cualquiera de los socios fundadores o constituyentes de una sociedad que se encuentran en proceso normal de inscripción y ha comenzado a operar, puede representarla frente a terceros, cuando lo razonable parecería ser que tal facultad estuviere a cargo de los representantes designados en el contrato o estatuto.

Contrariamente, la ley sí atribuye la representación de la sociedad en formación, salvo la existencia de mandatarios especiales, a los representantes estatutarios, para la realización de los trámites integrantes de la regularización.

11. - Puede afirmarse entonces que para la ley argentina toda sociedad cuyo contrato ha sido formalizado, encontrándose pendiente de inscripción, y ha comenzado sus actividades, es siempre irregular, exceptuándose de la aplicación de la normativa relativa a esta clase de sociedades sólo en lo atinente a los actos necesarios para lograr su regularización.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esto es congruente con el contexto de la ley, pero puede estimarse que en estricta equidad, es sensible la desprotección de la sociedad en proceso de inscripción que, por imperio de las circunstancias, se encuentra en la necesidad de operar o, al menos, de realizar los actos preparatorios del giro antes de finalizado el trámite inscriptorio. Esta es una situación fáctica que la realidad nos exhibe diariamente y que merece una especial consideración del legislador.

b) Límite temporal de duración. Conveniencia o inconveniencia de fijarlo

1. - Mientras que el Código Civil establece en su art. 47 que "en los casos en que la autorización legal de los establecimientos fuese posterior a su fundación, quedará legitimada su existencia como persona jurídica, con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación", no surge de la ley de sociedades el principio de que la inscripción tiene efecto retroactivo a la fecha del contrato.

El art. 5º dispone que "el contrato constitutivo o modificatorio se inscribirá en el Registro Público de Comercio del domicilio social, en el término condiciones de los arts. 36 y 39 del Código de Comercio. ..." A su vez, la citada norma del Código de Comercio establece que "todo comerciante está obligado a presentar al registro general el documento que deba registrarse, dentro de los quince días de la fecha de su otorgamiento. Respecto de las convenciones matrimoniales y demás documentos relativos a personas no comerciantes, que después vinieren a serlo, se contarán los quince días desde la fecha de la matrícula. Después de este término sólo podrá hacerse la inscripción, no mediando oposición de parte interesada, y no tendrá efecto sino desde la fecha del registro".

De esto podría inferirse que se reconocería una eventual retroacción a la de los quince días de su fecha, aquella retrotraería sus efectos a la fecha del instrumento. Pero ya antes de la vigencia de la ley de sociedades tal interpretación fue desechada, al menos en lo que se refería a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, por la poca duda a que se prestaban los arts. 319 del Código de Comercio) 5º de la ley 11645, los que, respectivamente, expresaban: "Si los que pretendiesen fundar una sociedad anónima, hubiesen suscrito íntegramente el capital requerido, podrán, luego que se hayan verificado todas las condiciones exigidas en el artículo anterior, constituir definitivamente la sociedad, otorgando la respectiva escritura e inscribiéndola y publicándola por un día con los estatutos, autorización y demás actos constitutivos, antes de empezar las operaciones sociales". Y "ninguna sociedad de responsabilidad limitada podrá funcionar como tal si el contrato no ha sido inscripto en el Registro Público de Comercio. El contrato social deberá además publicarse íntegramente en el Boletín Oficial donde lo hubiere o en caso contrario en un diario o periódico de la localidad por el término de 5 días. Solamente después de estas formalidades la sociedad se considerará definitivamente constituida como limitada".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Aunque ambas normas han quedado derogadas por la ley de sociedades del año 1972, la señalada interpretación del art. 39 del Código de Comercio es mantenida por la mayor parte de la doctrina, la que se apoya en el art. 7(4)(432) para sostener que si la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, todo acto ejecutado antes de que ello ocurra solamente pudo ser celebrado por una sociedad irregular.

Por tanto, puede aseverarse que la ley 19550 no fija plazo alguno de duración al período constitutivo de las sociedades. La extensión de éste resultará de la complejidad del proceso inscriptorio, según los tipos societarios; de las demoras más o menos prolongadas que demanden los trámites necesarios, conforme a la mejor o peor estructura administrativa de los organismos competentes, y de la diligencia de los mismos socios.

2. - La mera fijación legal de un plazo de duración del período constitutivo, sin consecuencia alguna, no parece positivo, porque ninguna solución aporta.

En cambio, sí pensamos que la mayor parte de los conflictivos aspectos analizados, podrían en gran parte ser subsanados mediante una normativa que se sustente sobre las siguientes bases:

1) Fijación de plazos para la realización de los distintos trámites necesarios para obtener la inscripción, contándose cada plazo a partir de la fecha del cumplimiento del trámite anterior; con lo que no se traslada a los interesados la responsabilidad por demoras de índole burocrática. Mientras se observen los plazos ningún socio puede pedir la disolución de la sociedad sin justa causa.

2) Lograda la inscripción con observancia de los términos fijados - de lo que deberá dejarse constancia por parte del inscriptor - esta tiene efecto retroactivo a la fecha del contrato constitutivo de la sociedad y, en consecuencia, la misma asume de pleno derecho la titularidad de los derechos y obligaciones emergentes de los contratos legítimamente celebrados durante el iter constitutivo por los representantes estatutarios, quedando los administradores y socios liberados frente a terceros por tales obligaciones; con lo que se estimula a los socios a impulsar el procedimiento inscriptorio con la debida diligencia y en el menor tiempo posible.

3) Vencido cualquiera de los plazos fijados sin que se haya efectuado el trámite pertinente, la sociedad deja de ser "en formación" para ser irregular siéndole aplicables todas las normas relativas a esta clase de sociedades.

4) Por todo acto jurídico ejecutado durante el período en que la sociedad se mantuvo "en formación", por un socio al que por el contrato no le correspondía la representación de ella, responden todos los socios en forma ilimitada y solidaria, sin perjuicio de las acciones comunes que puedan corresponder a los restantes consocios contra el que abusó de la representación indebida, haciendo aparecer a la sociedad como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

irregular; con lo que quedan protegidos los derechos de los terceros.

c) La inscripción en el registro como desenlace del período constituyente

1. - Con la inscripción del contrato o estatuto en el registro mercantil se produce la regularización de la sociedad, la que recién entonces adquiere su tipo, culminando así el iter constitutivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 7.

A partir de ese momento deja de ser sociedad en formación; pero no por ello desaparecen los efectos de tal calificación con relación a los actos ejecutados con anterioridad. Entre ellos deben distinguirse:

1) Los actos necesarios para la constitución de la sociedad, los que quedan asumidos por la misma de pleno derecho, liberando la ley a los fundadores y directores frente a terceros por las obligaciones emanadas de tales actos(5)(433).

2) Los actos no comprendidos en el párrafo anterior, respecto de los cuales, aun cuando la sociedad asuma las obligaciones de ellos emergentes, la ley mantiene la responsabilidad ilimitada y solidaria de los fundadores(6)(434)y directores, sin que se distinga entre actos preparatorios del giro o complementarios de la constitución y actos específicos del objeto.

Debe aclararse que los principios legales citados se refieren a las sociedades anónimas y, en virtud de lo establecido en el art. 316(7)(435), a las sociedades en comandita por acciones; pero entendemos que igualmente son de aplicación a otros tipos societarios en los que existen socios con responsabilidad limitada como las sociedades en comandita simple, la sociedad de capital e industria y las sociedades de responsabilidad limitada, en tanto que los efectos de la inscripción deben ser similares para todos los tipos societarios.

d) Conclusiones

1°) El período constitutivo, en materia de sociedades comerciales, comprende el lapso que media entre la formalización del contrato o estatuto social y su inscripción en el Registro Público de Comercio, con excepción de las sociedades anónimas que se constituyen por el procedimiento de suscripción pública, en las que el iter constitutivo comienza con la firma del programa de fundación.

2°) La inscripción es constitutiva del tipo, es decir, tiene como efecto la regularización de la sociedad y no el conferimiento de su personalidad.

3°) Las sociedades "en formación" no son regulares ni irregulares sino en proceso de regularización.

4°) La ley aplica a las sociedades en formación que han iniciado su giro las normas relativas a las sociedades irregulares. Para la legislación argentina, las sociedades que se encuentran en proceso de inscripción y realizan las actividades propias de su objeto revisten una doble naturaleza: sociedades en formación, en función de los actos necesarios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para obtener su regularización; irregulares respecto de los demás. Entre éstos se encuentran los actos complementarios de la constitución o preparatorios del giro.

5º) La ley de sociedades no fija plazo alguno de duración al período constitutivo; lo que tampoco sería positivo si no tuviere ninguna consecuencia. Sí podría serlo si la fijación de plazos fuere hecha sobre la base del procedimiento propuesto (ver supra, punto b] 2). Con ello se definiría el perfil de la sociedad en formación, diferenciándose nítidamente de la irregular, solucionándose en parte los actuales problemas que la realidad jurídica societaria precisa satisfacer.

6º) Con la inscripción del contrato o estatuto en el registro mercantil se produce la regularización de la sociedad, la que, recién entonces, adquiere su tipo culminando así el iter constitutivo; sin que por ello desaparezcan los efectos de la calificación de irregular con relación a los actos ejecutados con anterioridad.

IV. LA CONTRATACIÓN DURANTE EL PERÍODO CONSTITUYENTE

SIMÓN DRUCAROFF

SUMARIO

1. Normativa aplicable. - 2. Plan de trabajo. - 3. Premisas fundamentales. - 4. Actos y contratos necesarios para la constitución de la sociedad. - 5. Actos propios del objeto que la sociedad realiza durante el período constituyente. - 6. Negociación en bienes registrables. - 7. Intervención notarial. - 8. Conclusiones.

1. Normativa aplicable

Artículos 3º, 7º, 12, 21 a 26, 36, 37, 38, 51, 53, 98, 150, 182 a 184, ley de sociedades comerciales. Artículo 33, Código Civil.

2. Plan del trabajo

Distinguiremos entre:

- 2.1. actos y contratos necesarios para la constitución de la sociedad, y
- 2.2. actos y contratos propios del objeto, que la sociedad realiza durante este período.

A su vez, dentro del punto 2.1. distinguiremos:

- 2.1.1. actos previos al otorgamiento del contrato social, incluida la constitución propiamente dicha, y
- 2.1.2. actos posteriores.
- 2.3. En todo el subtema estudiaremos por separado:
 - 2.3.1. las relaciones internas de la sociedad;
 - 2.3.2. Las relaciones de la sociedad con terceros;
 - 2.3.3. La responsabilidad;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2.3.4. La representación.

2.4. Finalmente, habida cuenta que estamos ante un evento notarial de tipo latino, abordaremos específicamente la intervención notarial, distinguiendo:

2.4.1. los actos y contratos en que la intervención notarial es legalmente necesaria, y

2.4.2. los actos y contratos en que la intervención notarial se produce por vía de asesoramiento y/o a petición voluntaria de parte.

Daremos preferencia al primer supuesto, si bien somos conscientes de la perentoria necesidad de que el notariado se proyecte también hacia el segundo ampliando sus fuentes de trabajo a un terreno que por derecho le pertenece pero que inexplicablemente no explota, o explota a medias. El tema de la intervención notarial está ínsito en cada punto, sin perjuicio de lo cual incluimos al final un punto específico, que resume los resultados de todo el trabajo.

3. Premisas fundamentales

Enunciamos las siguientes:

3.1. En el derecho argentino toda sociedad, civil o comercial, es persona jurídica - art. 33, Cód. Civil -, y toda sociedad comercial es sujeto de derecho - con el alcance - fijado por la ley (art. 3º, Ley Soc.).

3.2. La sociedad comercial sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio - art. 7 -. Ergo, la inscripción es constitutiva de la sociedad regular.

En consecuencia, la sociedad es regular si está registrada e irregular en caso contrario.

3.3. Sólo la sociedad regular constituye un "tipo". Las sociedades no inscriptas en el registro mercantil, se hallen o no en proceso de regularización, no tienen "tipo".

3.4. La distinción entre sociedades irregulares y sociedades "en formación" o, mejor, sociedades en proceso de regularización, tiene alcances limitados a aspectos muy particulares.

En efecto, la normativa existente para las segundas se refiere solamente a los actos específicos de constitución y regularización, pero no a los actos propios de su objeto, a la operatoria mercantil. Stricto sensu, en este período la sociedad sólo existe para lograr su regularización.

Por tanto, cuando la sociedad en esta etapa realiza actos propios de su objeto, queda sometida al régimen previsto por la ley para las sociedades no constituidas regularmente.

4. Actos y contratos necesarios para la constitución de la sociedad

Son los que se ejecutan antes del otorgamiento del contrato social, el otorgamiento propiamente dicho y, después de éste, la inscripción del contrato y - opcionalmente - la organización de la empresa para su ulterior funcionamiento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4.1. Actos previos

Citamos, entre otros, la contratación de servicios profesionales para asesoramiento jurídico, económico, impositivo, contable, técnico, etcétera.

4.1.1. Tras sentar el principio de que los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad - art. 36 -, la ley remite la responsabilidad de los socios por los actos realizados por quienes hayan tenido hasta entonces su administración y representación a lo dispuesto para cada tipo de sociedad.

Vale decir que los actos previos al otorgamiento del contrato no están comprendidos en el supuesto legal, que presume la existencia de un contrato. Todavía no hay sociedad; el animus societatis no ha tenido principio de ejecución alguno y los problemas jurídicos que se susciten se mantienen en la esfera de las relaciones individuales, tanto entre los futuros "socios" como entre éstos y terceros. De no concretarse la constitución societaria, las situaciones planteadas se resolverán en daños y perjuicios, si correspondiera.

La ley solamente prevé en forma expresa el caso en la constitución sucesiva de la sociedad anónima - procedimiento de uso excepcionalísimo en la República Argentina -, atribuyendo a los promotores la responsabilidad ilimitada y solidaria por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad, sin excepción - art. 182 -, a la par que adopta un amplio sistema de garantías para los suscriptores - futuros socios.

Este principio nos parece idóneo para los actos previos a la constitución de cualquier sociedad, debiendo jugar conforme a las reglas generales sobre responsabilidad, aplicables supletoriamente en defecto de normas expresas.

La fuente de la responsabilidad no es aquí el contrato de sociedad, que todavía no existe, sino los múltiples contratos, verbales o no, que celebran los futuros socios entre sí o en sus escasos contactos con terceros.

4.1.2. Al no haber sociedad todavía, no se suscitan problemas de representación.

4.2. Otorgamiento del contrato y actos posteriores

Se realizan entre el otorgamiento propiamente dicho, incluido éste, y la inscripción del contrato en el registro mercantil. Son de tres clases:

- a) el otorgamiento del contrato, comprendidos los aportes.
- b) los necesarios para la registración del contrato - v. g. tramitación y gestoría, honorarios profesionales, impuesto al acto, etc. -,
y
- c) los necesarios o convenientes para organizar la infraestructura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la empresa - v. g. arriendo o compra de locales, depósitos, vehículos, muebles, útiles, maquinaria, contratación de personal, tecnología, etc., etc.

En este punto no nos referiremos a la instrumentación legal de la transferencia de dominio de bienes registrables a nombre de la sociedad, tema que dejamos para el punto 6.

La sociedad ya tiene plena capacidad jurídica, tanto para Los actos de recepción de los aportes de toda clase de bienes, incluso registrables - arts. 38 y sigs. -. como para los del grupo b) - está obligada a tramitar su inscripción (arg. art. 7) -, como también para los del grupo c). Esto último lo desarrollamos en el punto 5, por ser de aplicación la misma normativa legal que para las sociedades irregulares.

La ley societaria sólo consagra la capacidad de las sociedades para adquirir bienes de todo tipo. En cuanto a la forma de hacerlo, se remite expresamente a los requisitos exigidos por las leyes según la distinta naturaleza de los bienes - art. 38 -. Ver punto 6.

4.2.1. Para establecer la responsabilidad por esta clase de actos y la representación social distinguimos:

4.2.1.1. En las relaciones internas, los administradores y representantes responden ante los demás socios, según que el contrato los obligue a actuar conjunta o indistintamente o en forma colegiada. Su responsabilidad es eminentemente contractual.

Los administradores y representantes pueden ejercer la acción social para compeler a los socios al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, y conforme a ello tienen la representación legal de la sociedad.

Igual representación ejercen en las actuaciones ante los organismos estatales - administrativos o jurisdiccionales - tendientes a obtener la conformación y registración del contrato. Para las sociedades por acciones la ley ni siquiera exige la autorización expresa de los socios (art. 167).

4.2.1.2. En las relaciones de la sociedad con terceros la responsabilidad es, en principio, de los administradores y representantes, a condición de que los terceros conozcan y acepten que se trata de un acto necesario para la constitución de la sociedad o la organización de la empresa.

En caso contrario, la responsabilidad será también de los socios fundadores - con la única excepción de los suscriptores en la constitución sucesiva de la sociedad anónima (art. 182) -, porque éstos desempeñan un papel meramente pasivo en la constitución, y los terceros tienen garantizados sus derechos por la ley.

De manera que los terceros tienen acción contra los administradores; pero también pueden dirigirse contra los socios, la sociedad o todos ellos, a su arbitrio, si no está clara la naturaleza del acto, sujetos, en este último caso, a la necesidad de probar la existencia de la sociedad.

La responsabilidad de los administradores frente a terceros es extracontractual, porque nace del contrato que aquéllos celebraron con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

éstos, pero no del contrato de sociedad. En cambio, la responsabilidad de los socios y la sociedad frente a terceros es contractual, porque nace de la existencia del contrato de sociedad y no del contrato en cuya virtud los terceros accionan. Pero además es contractual, la responsabilidad es legal, porque la ley la establece expresamente - art. 23 y doctrina art. 12. En cuanto a la representación de la sociedad, tanto para el ejercicio activo de sus derechos - contratar, exigir en juicio el cumplimiento de los contratos celebrados -, cuanto para obligarse y defenderse en juicio contra las acciones de terceros fundadas en esos mismos contratos, corresponde a los representantes estatutariamente designados, por tratarse de actos necesarios para o tendientes a la regularización de la sociedad y a la organización de la empresa. Para este propósito, interpretamos en sentido amplio la frase "trámites integrantes de la constitución de la sociedad" que contiene el art. 167 - Ver punto 4.2.2.1. Por supuesto, la naturaleza de los actos del grupo c) deberá ser materia de prueba, no siempre fácil. En muchos casos, el solo contenido del contrato no será suficiente para determinar que es un acto de este grupo. Por ello conviene - insistimos - que los administradores y representantes hagan constar claramente el carácter en que actúan y la naturaleza del acto.

4.2.2. Una vez inscripto el contrato, este régimen de responsabilidad se bifurca. Si bien la ley así lo establece solamente para las sociedades por acciones, entendemos que el régimen es aplicable, por analogía, a las sociedades de interés y a las de responsabilidad limitada.

4.2.2.1. Para los actos a) y b), dice el art. 184 que los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los "actos de constitución" - aquí la ley usa esta expresión en sentido restrictivo -, los que son asumidos por la sociedad.

4.2.2.2. En cambio, para los actos del grupo c), dice el mismo art. 184 que la asunción por la sociedad de las "demás" obligaciones contraídas por los promotores, fundadores y directores no los libera de su responsabilidad ilimitada y solidaria.

O sea, que se extiende a estos actos la solución dada para los actos de las sociedades irregulares - conf. art. 23.

5. Actos y contratos propios del objeto, que la sociedad realiza durante el periodo constituyente

5.1. Hemos dicho ya - punto 3.4. - que no existe una normativa específica para los actos jurídicos que realice la sociedad durante el período constituyente y se aparten de la mera registración del contrato - salvo la referencia incidental del art. 184, que no hace sino confirmar la presente afirmación (ver punto 4.2.2.2.).

Si bien el argumento es jurídicamente irrefutable, la realidad es muy distinta del deseo de los juristas: durante el período constituyente, salvo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

rarísimas excepciones, las sociedades comienzan a operar plenamente como empresas, a despecho de las lagunas legales.

No son ajenos a este hecho lo engorroso del proceso de registración y la insuficiencia de los organismos estatales encargados del contralor e inscripción de los contratos, circunstancias que en la gran mayoría de los casos provocan largas demoras, a veces de años, y/o la fijación de domicilios supuestos para evitar trámites en determinadas demarcaciones territoriales, temibles por su morosidad.

La realidad económica irrumpe en los moldes jurídicos y actúa conforme a sus propias leyes, sin preocuparse por la estrechez de aquéllos. La comunidad está vitalmente interesada en asegurar que toda actividad económica se desarrolle sin trabas y que lo haga en forma ordenada y socialmente útil.

Corresponde, entonces, a los juristas, una doble labor:

a) estudiar la ley con espíritu creador, conforme a su sentido profundo buscando seguridad, evitando el dogmatismo y aplicando decididamente el principio de conservación de la empresa - art. 100 - que tutela a las sociedades desde el mismo momento en que comienzan a funcionar y a todo lo largo de su existencia, cualesquiera que fuesen sus formas jurídicas. La asimilación de la teleología económico - social de este principio es esencial para la interpretación correcta del derecho societario mercantil; y

b) reclamar y proyectar una normativa legal que llene las lagunas que obviamente se advierten en esta materia.

5.1.1. La realidad jurídico - económica nos da, pues, los siguientes datos

5.1.1.1. En el período constituyente, la sociedad es un sujeto de derecho aunque limitado por la ley. En tal sentido, se le reconoce plena capacidad para adquirir bienes - sea en el acto constitutivo, específicamente como sociedad en formación (incluso bienes registrables, arts. 38 y sigts), sea como sociedad no constituida regularmente (arts. 23 y sigts.; explícitamente el art. 26 habla de bienes registrables y doctrina art. 3º).

Por estos mismos fundamentos, la sociedad no constituida regularmente es capaz para disponer de sus bienes - la ley nunca distingue entre los registrales y los demás -, ya que lo contrario les impediría operar y desvirtuaría su condición de sujeto de derecho y su inclusión en la ley.

5.1.1.2. Normalmente, la sociedad en el período de regularización opera en plenitud como empresa.

5.2. Siendo aplicables a este caso, por no existir otras, las soluciones legales para las sociedades irregulares, corresponde estudiar lo atinente a la responsabilidad de los administradores y representantes, socios o no, de los socios y de la propia sociedad, y la representación legal de la misma.

5.2.1. En las relaciones internas, los administradores y representantes son responsables ante los socios, pero en virtud de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los principios generales de la responsabilidad por la administración de un patrimonio común, y no del contrato de sociedad, ya que la ley prohíbe a la sociedad y a los socios invocar entre sí derechos o defensas nacidos del contrato social - art. 23. Se exceptúa la acción social contra terceros en virtud de derechos emergentes de contratos celebrados con ellos por la sociedad.

Aquí ya no estamos dentro de la esfera de los actos necesarios para la regularización social - ver punto 4.2.1.1.

La responsabilidad es, pues, legal.

Sin embargo, el principio no es absoluto: son aplicables a las sociedades irregulares las normas de la ley mercantil sobre liquidación, disolución (que registrada es oponible a terceros, arts. 22 y 98) y otras en las que necesariamente debe jugar el contrato social.

5.2.2. En las relaciones con terceros, tanto los administradores y representantes como los propios socios son solidaria e ilimitadamente responsables. El mismo art. 23 les prohíbe invocar limitaciones ni defensas que se funden en el contrato social, aunque la sociedad puede, como recién vimos, exigir el cumplimiento de los contratos celebrados.

Sin perjuicio de esta responsabilidad, que es eminentemente legal, las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios se rigen por las normas de las sociedades regulares - art. 26 -. La sociedad irregular alcanza aquí su máximo reconocimiento legal como sociedad.

5.2.3. El problema de la representación social, resuelto en forma categórica por el art. 24 - "en las relaciones con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad" - puede tornarse harto complejo en ciertos actos que requieren intervención notarial - Ver puntos 6 y 7.

Resulta obvio que la enunciación tan sencilla de este principio de representación indiscriminadamente indistinta por cualquier socio, requiere como contrapartida la evidencia de la actuación en nombre de la sociedad. Será necesario, entonces, que el representante exprese con claridad que actúa en ese carácter - representación expresa -. Reiteramos lo manifestado en el punto 4.2.1.2.

6. Negociación en bienes registrables

Si bien la ley consagra la capacidad de las sociedades que estudiamos para ser titulares de bienes, en sentido lato, sin distinguir si son a no registrables, el notariado tiene especial interés en los primeros.

Por eso los examinamos en capítulo aparte, sin perder de vista que el régimen legal de la capacidad es uno solo y que la naturaleza de los bienes sólo determina las formas jurídicas, en sentido lato, que corresponde aplicar en cada caso. Es decir, vemos a los bienes registrables únicamente como una especie dentro del género bienes: el género está regido por la ley mercantil, la especie por la ley especial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

según su naturaleza, pero en función de la teoría general de aquélla.

Trataremos en este punto a los bienes registrables como objetos de titularidad "por" la sociedad, o sea, su aporte "a" la sociedad, su adquisición y su disposición "por" la sociedad. Vale decir, desechamos aquí el examen de toda figura jurídica de gestión "para" la sociedad.

La ley remite las formas de transferir el dominio a las que correspondan según la distinta naturaleza de los bienes (art. 38).

Si son registrables, será necesaria la escritura pública en los casos de inmuebles o derechos reales sobre ellos - dominio, hipoteca, usufructo -, en el caso específico de la transferencia de ciertos fondos de comercio - farmacias - y opcional en los demás casos - automotores, derechos intelectuales, autorales marcas y patentes industriales.

Se requerirá siempre la tradición y la inscripción registral para la oponibilidad a terceros.

Deberán cumplirse siempre las normas jurídicas - sustantivas, rituales, administrativas, fiscales y registrales - que disciplinan estas transferencias de bienes o derechos, conforme el régimen común de las mismas.

Se plantean dos problemas:

- a) la representación de la sociedad, y
- b) la condición jurídica de estos bienes después de la regularización social.

6.1. Representación.

Es evidente que la recordada norma del art. 24, que permite a cualquier socio representar a la sociedad en sus relaciones con terceros, es de difícil aplicación a los actos sobre bienes registrables.

La naturaleza de éstos impone la más absoluta certeza en la titularidad, certeza que resulta ilusoria en una sociedad en que cualquiera de los socios puede exigir la disolución en cualquier momento (art. 22).

Por otra parte, la responsabilidad social frente a terceros exige certeza en la titularidad del patrimonio social, factor que sólo se da a pleno en los bienes registrables inscriptos a nombre de la sociedad.

Estos planteos sugieren a su vez dos problemas en materia de representación, a saber:

- a) para adquirir bienes registrables, y
- b) para disponer de ellos.

6.1.1 A su vez, la adquisición de bienes registrables puede darse en dos momentos:

- a) aportes para la constitución social, y
- b) adquisición a terceros, o a los mismos socios actuando como terceros, durante el período constituyente, sea para la instalación y organización de la empresa, sea para actos propios de su objeto. Ya vimos que la distinción entre estos y aquellos actos suele ser muy difícil. Ver punto 4.2.1.2.

6.1.1.1. El momento de la constitución societaria no ofrece dificultad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alguna: el aportante - socio fundador - actuará por sí o por apoderado especial y la naciente sociedad será representada por todos los fundadores, necesariamente presentes, incluido el aportante, y/o por sus órganos naturales, si se prefiere.

Esta última hipótesis es meramente académica, ya que todos los socios estarán presentes y poco importa quién represente a la sociedad en un acto tan esencial como el de su propio nacimiento.

La actuación del aportante como aceptante del aporte en representación de la sociedad no configura en modo alguno un autocontrato, toda vez que:

a) El aportante no está contratando consigo mismo sino creando, con otras personas que también aportan, un nuevo sujeto de derecho;

b) Ese sujeto de derecho es, desde luego, distinto de las personas que lo crean, y su capital sólo puede serle aportado por esas mismas personas, que pierden el dominio de los aportes en beneficio de aquél;

c) El contrato de sociedad no es un contrato de cambio, sino un contrato plurilateral de organización.

6.1.1.2. La negociación con terceros requiere precauciones. No basta aquí la sola manifestación, por clara y circunstanciada que sea, de que se actúa por la sociedad, tan conveniente en presencia de bienes no registrables - ver puntos 4.2.1.2. y 5.2.3.

La certeza arriba aludida exige la comparecencia de todos los socios, sin excepción alguna y cualquiera sea el tipo de sociedad, sin perjuicio de que los representantes, socios o no, actúen en su carácter de tales.

O sea, que la sociedad podrá ser representada como si fuera regular, pero todos y cada uno de los socios consentirán inequívocamente el acto.

6.1.1.3. Debemos resolver todavía el caso de ausencia temporal o definitiva - incapacitación o fallecimiento - de algún socio fundador.

Consecuentes con la necesidad del valor certeza, se exigirá en este caso que quienes pretendan ejercer los derechos del ausente acrediten su vocación conforme a las normas legales que rigen la sucesión a título singular y por el cumplimiento de los extremos procesales pertinentes.

En otras palabras: si el socio ha muerto, actuarán sus sucesores a título singular legalmente declarado, o por lo menos el administrador de la sucesión facultado judicialmente para actuar en la sociedad; si está incapacitado, su curador con facultades expresas para actuar en la sociedad.

En todo ello es indiferente que el contrato imponga, permita o prohíba la continuación de la sociedad con los sucesores del causante. - Recordemos que en esta etapa los socios no pueden invocar entre sí derechos ni defensas nacidos del o fundados en el contrato social (art. 23).

Por rígida que esta solución parezca, cualquier otra privará de certeza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a la titularidad del dominio por la sociedad.

Por eso, ante toda situación de duda o imposibilidad de manifestarse fehacientemente la voluntad unánime de los socios fundadores, será preferible acudir a la figura de la adquisición en gestión "para" la sociedad.

6.1.2. Más estricta aún debe ser la disposición de bienes registrables por la sociedad en el período constituyente.

6.1.2.1. Son de aplicación todos los requisitos recién enunciados. Es más: el riesgo de maniobras en perjuicio de terceros nos hace aconsejar que, en los casos en que deban actuar sucesores de los fundadores, estén judicialmente autorizados para otorgar el acto de disposición de que se trate o, por lo menos, para los actos de disposición de bienes registrables en general.

6.1.1.2. Otro problema delicado es el del asentimiento conyugal para los socios que eran casados al tiempo de otorgarse el contrato social. ¿Es exigible este asentimiento?

En estricto derecho, no. El bien a disponer pertenece a la sociedad y no a los socios. ésta, deben aplicarse criterios de máximo rigor y exigirse el asentimiento por razones de seguridad. La sociedad irregular - y a veces también la regular - es un medio ideal para el desbaratamiento de los derechos conyugales, y no solamente en materia de bienes registrables: también de dinero y muebles.

Si esta solución parece excesiva, cabe hacer una distinción cuando se trate de la disposición de un bien registrable aportado por uno de los socios, haya hecho el aporte en el acto de otorgarse el contrato social o posteriormente:

a) A ese socio aportante se le exigirá necesariamente el asentimiento de su cónyuge.

b) A los demás socios, podrá o no exigírseles ese asentimiento.

Reiteramos que nosotros preferimos exigirlo a todos los socios.

Pero en definitiva, si no mediaran razones de urgencia en el acto de disposición, es aconsejable esperar la regularización de la sociedad.

6.2. Condición jurídica de los bienes registrables después de regularizada la sociedad.

6.2.1. Una vez inscripto el contrato social, ¿es necesario que la sociedad acepte la adquisición de los bienes registrables incorporados a su patrimonio por vía de aporte o por cualquier otro título posterior?

Creemos que no. Esa aceptación es necesaria en los casos en que terceras personas, que muy bien pueden ser socios, actuando como gestores, hayan adquirido para la sociedad, pero no en los que nos ocupan, en que quien adquirió fue a propia sociedad.

Para exigir esa aceptación sería necesario sostener:

a) Que la sociedad no adquirió el dominio de dichos bienes y que, en consecuencia, los aportantes o transmitentes continúan siendo titulares de los mismos, aunque hayan manifestado su voluntad de enajenarlos y hayan cumplido con todas las formas legales y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

publicitarias para ello - tradición y registración.

b) Que la sociedad, en el período constituyente, es una persona jurídica distinta de la sociedad una vez regularmente constituida.

c) Que, en resumidas cuentas, los bienes registrables tienen un régimen distinto a de los demás bienes en cuanto a la capacidad de las sociedades para ser titulares de ellos.

Ya hemos visto que nada de esto ocurre, sino todo lo contrario.

Quizás el único caso en que aconsejaríamos la aceptación sería el de la donación - harto hipotético en derecho mercantil, donde se presume la onerosidad de los actos jurídicos - en virtud de la exigencia legal de aceptación por el donatario. Aunque esto nos parece un exceso de celo.

6.2.2. Pero si es impertinente que la sociedad, ya regular, acepte la titularidad de sus bienes, corresponde, en cambio, que la publicidad de los derechos reales de que se trate - dominio, hipoteca, prenda, etc. - sea cabal para su correcta oponibilidad a terceros. Una cosa es la publicidad de la constitución societaria regular - cumplida con la registración - y otra la publicidad específica de los derechos reales, exigida conforme a la naturaleza de los bienes registrables. No se superponen ni se interfieren: son dos esferas distintas. Y no solo debe publicarse el derecho real - lo que ya se hizo al registrárselo oportunamente a nombre de la sociedad "en formación" - sino también la exacta titularidad del mismo derecho.

Bastará para ello una simple comunicación al registro respectivo, la que deberá hacerse por el registro mercantil o, en los casos en que aquel registro lo admita, por vía notarial o directamente por la propia sociedad.

En la República Argentina, los registros inmobiliarios aceptan la comunicación notarial. Es más: algunos registros mercantiles - como el de la ciudad de Buenos Aires - llegan a imponerla, fundados en el exceso de tareas y en la eficiencia de la institución notarial.

Aunque en ninguna norma se fija plazo es conveniente que esta comunicación se haga lo antes posible.

7. Intervención notarial

Sentadas las premisas legales que disciplinan la regulación legal de las sociedades en el proceso de registración, su capacidad para adquirir y disponer de toda clase de bienes, la responsabilidad, la representación y la forma legal de instrumentar la traslación del dominio de los bienes conforme a la naturaleza de los mismos, veamos cómo actúa el notario en todo este complejo de actos jurídicos.

Diremos también algunas palabras sobre los otorgamientos unilaterales de la sociedad.

7.1. El notario puede actuar:

a) Por vía de asesoramiento.

b) Porque su intervención es voluntariamente requerida por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interesados.

c) Porque la ley impone su intervención. En la República Argentina esto último se da en las sociedades que estudiamos:

- 1) En la constitución de sociedades por acciones.
- 2) En la constitución de cualquier otra sociedad con aporte de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.
- 3) En la adquisición o disposición por la sociedad de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos.

7.2. Las pautas para la intervención notarial están dadas a lo largo de este trabajo, particularmente en el punto 6, y a ellas nos remitimos.

Sólo añadiremos aquí que tratándose de sociedades destinadas a regularizarse, el notario tendrá especial cuidado en evitar toda semilla de litigio, cumpliendo todos los recaudos de fondo y forma para que, una vez inscripto el contrato social, sea suficiente la mera comunicación de este hecho al registro de derechos respectivos, sin necesidad de aclaratorias ni rectificatorias. Para ello deberá: a) Exigir siempre la unanimidad de los socios fundadores b) Explicitar el vínculo del acto a otorgar con el objeto social. c) Acreditar la representación de la sociedad, expresando con claridad el carácter en que intervienen los representantes societarios y los socios consentidores.

d) En los casos en que actúen sucesores de los socios fundadores, poner énfasis en el estudio y relación de los documentos habilitantes y autorizar el acto solamente si lo hallara perfecto, tanto para la adquisición como para la disposición de bienes.

e) Asimismo, ante el menor asomo de inseguridad jurídica aconsejar, en los casos de adquisición, la figura de la gestión de negocios, sujeta a ulterior aceptación por la sociedad regularmente constituida. En los casos de disposición abstenerse de autorizar el acto.

f) Por último, en las actuaciones posteriores a la regularización social - punto 6.2.2. -, cumplir con los recaudos usuales sobre la representación de la sociedad. Por no tratarse aquí de aceptaciones, nos parece superfluo que el órgano de administración - en las sociedades en que el administrador y el representante están diferenciados, v. g. anónimos - decida expresamente hacer la comunicación al registro de derechos que corresponda.

Dicho de otra manera: no exigirá acta de directorio. Sin perjuicio de que en las relaciones internas de la sociedad sea conveniente aconsejar que en la primera asamblea ordinaria los socios aprueben lo actuado por la sociedad durante el período constituyente.

7.3. Para los otorgamientos unilaterales de la sociedad en el período constituyente, debemos distinguir en razón del contenido del acto. Veamos los casos mas frecuentes:

- a) Poderes judiciales y administrativos, protestos, obligaciones cambiarias.
- b) Poderes para adquirir o disponer de bienes muebles.
- c) Poderes para adquirir o disponer de bienes inmuebles.

7.3.1. En los casos a) y b) cualquier socio representa a la sociedad (art. 24). En consecuencia, podrá comparecer cualquier socio,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aunque el notario relacionará prolijamente la legitimación del otorgante para representar a la sociedad.

7.3.2. En los casos c) deberán cumplirse todos los extremos examinados en los puntos 6 y 7.

8. Conclusiones

1. - En el período constituyente, la sociedad es un sujeto de derecho con plena capacidad para adquirir y disponer de toda clase de bienes, inclusive registrables.

2. - Si durante ese período la sociedad se limita a realizar los actos jurídicos necesarios para su inscripción en el registro mercantil, y además, en ciertas condiciones, a realizar los actos necesarios para su instalación y organización como empresa, está sometida a un régimen especial establecido por la ley para las sociedades en el período constituyente.

3. - Si en cambio la sociedad realiza actos propios de su objeto - operatoria mercantil - está sometida a las normas legales que rigen a las sociedades irregulares.

4. - En los actos necesarios para su inscripción en el registro mercantil, la sociedad es representada por las personas, socios o no, a quienes el contrato atribuye la representación legal.

5. - En general, en los actos necesarios para su instalación y organización como empresa, la sociedad también es representada por las personas, socios o no, a quienes el contrato atribuye la representación legal, a condición de que se deje perfectamente en claro ante los terceros cuál es la naturaleza y el carácter del acto jurídico que se celebra.

6. - Si se trata de actos de adquisición o disposición de bienes registrables "por" la sociedad, la seguridad jurídica y el acatamiento a la norma legal que remite la forma jurídica de transferir el dominio a lo que disponen las leyes según la naturaleza de los bienes, exigen extremar los recaudos y requerir el consentimiento de todos los socios, sin perjuicio de que los representantes legales estatutarios actúen en su carácter específico.

7. - Siempre que se cumplan todos los requisitos enunciados, la responsabilidad por los actos citados en los tres puntos anteriores es ilimitada y solidaria de todos los socios y de la sociedad mientras dure el proceso constituyente. Una vez inscripto el contrato, la responsabilidad es asumida por la sociedad; los socios, administradores y representantes quedan liberados de dicha responsabilidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

8. - En general, en los actos propios de su objeto que la sociedad realiza en este período, cualquier socio representa a la sociedad en sus relaciones con terceros, pero en materia de bienes registrables deben cumplirse los extremos indicados en el punto 6, por razones de seguridad jurídica.

La responsabilidad de los socios y la sociedad por estos actos es ilimitada y solidaria, y subsiste aun después de inscripto el contrato social.

9. - Después de regularizada la sociedad, es innecesario que ésta acepte la titularidad de los bienes adquiridos "por" ella en el período constituyente. Para los bienes registrables bastará con comunicar al registro respectivo que la sociedad ha inscripto su contrato.

Sin perjuicio de ello conviene, en las relaciones internas de la sociedad, que los socios presten conformidad, en acta interna, con lo actuado por los administradores durante el período constituyente.

10. - Cualquier socio podrá representar a la sociedad en los poderes que ésta otorgue en el período constituyente, si son para asuntos judiciales o administrativos y no entrañan negociación alguna sobre bienes o derechos, registrables o no.

Para estos últimos casos, los poderes deberán otorgarse con los mismos recaudos previstos para los actos de adquisición y/o disposición.

V. ASPECTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACIÓN DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DURANTE EL ITER CONSTITUTIVO

NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR

SUMARIO

I. Generalidades. - II. Conceptuación - III. Características diferenciales. - IV. Personalidad. - V. La contratación durante el iter constitutivo. - VI. Imputación. Responsabilidades. - VII. Capacidad de la sociedad en formación para adquirir bienes inmuebles. - VIII. Conclusiones.

I. - Generalidades

Categoricamente puede afirmarse que la actividad mercantil argentina se desarrolla a un ritmo vertiginoso. Ello se demuestra cabalmente, con sólo comprobar el número de sociedades que diariamente se constituyen, modifican, incrementan su capital o realizan alguna mutación estructural. Este movimiento afecta sin duda al notariado. Aunque el documento público se impone obligatoriamente sólo en las sociedades accionarias, es cada vez más frecuente el número de interesados que acuden a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

notarías en procura de consejo, asesoramiento y asistencia, aun en aquellos casos - en que esta forma de instrumentación deviene optativa, prefiriéndosela por las virtudes que de ella se desprenden.

Frente a tal situación el notariado no rehuye su responsabilidad, al contrario, le sirve de estímulo para acrecentar su conocimiento y sapiencia sobre la materia, como resulta de la feliz circunstancia que prácticamente no existe encuentro promovido en nuestra disciplina que no incluya en su temario alguna cuestión vinculada al derecho de las sociedades.

Desde el ángulo de nuestra profesión, este aspecto ofrece una realidad peculiar que escapa tal vez a la observación de otros especialistas. En nuestro país quien contrata se siente dueño de su derecho desde el mismo momento en que lo hace. Toda postergación en sus efectos contradice la propia idiosincrasia nacional y su real modo de ser. Ello sucede por razones fácilmente comprensibles. La empresa - entendida como actividad económica - en numerosos casos preexiste a la sociedad. Recurre, entonces, a ésta para dotarse de una estructura jurídica acorde con la consecución de sus fines. Una vez adquirido el ropaje jurídico que la sociedad brinda a la empresa, no puede interrumpir la actuación propia de ésta a la espera de la finalización de los trámites de regularización. En otros casos, la formación de la empresa y la sociedad coinciden. En este supuesto, los socios fundadores cuentan con un capital que afectan a una futura explotación. El ritmo febril de la economía, en momento como el presente y el fenómeno inflacionario, por todos conocido y soportado, determina emplear útil y eficazmente tales capitales, evitando su depreciación y tratando de introducirlos en el mercado. Como se deduce fácilmente, dichas necesidades responden a esquemas que no se compadecen con la exigencia de rituales extremos, rígidos y lentos. La contratación que no se hubiera concluido en tiempo oportuno tal vez no pueda efectuarse más adelante. Las condiciones del mercado cambian en forma frecuente y las empresas deben adoptar prevenciones ante dichas circunstancias. Una demora puede llegar a ser fatal. Por otra parte, se recurre al crédito para coadyuvar al cumplimiento del objeto social y tan pronto se finaliza de otorgarse el contrato, los socios urgen por disponer de una documentación adecuada para obtener eficazmente su propósito.

Este presupuesto fáctico incide en forma notable sobre el problema que vamos a tratar seguidamente, de modo tal que reiteradamente las normas legales se ven superadas por los acontecimientos.

Siempre es útil merituar los resultados obtenidos por una norma legal confrontándolos con los datos tomados de la realidad. Cuando más nos alejamos de ella, corremos el riesgo de convertir los textos legales en frases líricas desprovistas de toda repercusión comunitaria. Nada peor que tomar distancia de la realidad, le puede suceder a una ley. La desuetud es el peor castigo que se le puede inferir a una norma jurídica. Significa que ni siquiera es reemplazada por un medio idóneo, originado en el ámbito del propio derecho. Implica de por sí, el rechazo que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comunidad hace de una regla que no recepta sus inquietudes ni necesidades.

Salvat hace algún tiempo enseñaba que una ley debía reunir tres requisitos principales:

1º) Estar de acuerdo con las tendencias y modos de ser de la sociedad que ha de regir.

2º) Que la redacción de sus disposiciones sea clara y precisa.

3º) Que en el ordenamiento y la distribución de las materias se haya procedido con método(1)(436)

En lo que respecta a la particular situación argentina podemos decir que el sistema de previa conformación y registración de las sociedades mercantiles se frustra en su realización práctica, originando serias deficiencias que inciden notoriamente en lo que venimos afirmando.

Ante un hecho tan categórico es habitual que los interesados comiencen a operar lisa y llanamente en actos propios del objeto social sin aguardar la finalización del proceso inscriptorio.

Estas consideraciones que nos sirven de presupuesto, delinean el verdadero ámbito del estudio y requieren abordar en la forma más clara posible la repercusión en el campo jurídico de los actos realizados por las sociedades antes de su registración.

La ley 19550, que en la República Argentina regimenta todo lo atinente a las sociedades comerciales, consagra una sección al supuesto de la sociedad no constituida regularmente. Mas, previo a entrar en algunas consideraciones relativas a ella, intentaremos conceptuar qué se entiende por sociedad "en formación".

II. - Conceptuación

De conformidad con el artículo 1º de la ley 19550, habrá sociedad comercial, cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en dicha ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Como se desprende del texto, la característica que preside la configuración es la tipicidad que impone a las sociedades la obligación imperativa de organizarse dentro de las distintas categorías previstas. Estas modalidades constituyen un grupo cerrado de posibilidades que las partes puedan adoptar. Por supuesto, no pueden elegir un tipo distinto de los concebidos, ni tampoco combinarlos entre sí.

El apartamiento del tipo determina la nulidad de la sociedad así constituida (art. 17), lo que también se produce si se constituye una sociedad prevista con ingredientes ajenos a su tipo (verbigracia, representar el capital de la S.R.L. con títulos negociables o no organizar la S.A. con los tres órganos típicos).

Debe advertirse que en la ley se distingue claramente la "irregularidad" de la "nulidad" y que en el régimen del Código de Comercio se confundían, derivándose una suerte de remisión al régimen de nulidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del derecho civil inconciliable con las problemáticas del derecho societario.

Una sociedad se considera en formación, desde el instante mismo de su instrumentación hasta su registración. Por ello, para considerarse regular una constitución debe a partir de su instrumentación (art. 4) inscribirse (arts. 5 y 7), previa publicación, en su caso (art. 10).

Las nulidades abarcan otros ámbitos (régimen de los arts. 16 y ss.) y comprenden los casos de atipicidad, objeto ilícito, etc.

El iter constitutivo comprende una etapa instrumental donde queda plasmado el consentimiento de los constituyentes en crear el sujeto de derecho cumpliendo con los requisitos que la ley determina (art. 11) y otra posterior que supone la presentación del contrato para su registración, con la previa publicación, en su caso.

Sin embargo la entidad configurada pero no inscripta, puede ser sujeto de diversos actos. Ciertas veces operará urgida de un imperativo legal, como ser los casos en que se requiere actuar para obtener el grado de regularidad o para adquirir los aportes de los socios o realizar actos conservatorios de los mismos. En otros supuestos, sus integrantes pueden optar por iniciar las operaciones societarias sin aguardar la finalización del procedimiento registral, en cuyo caso exteriorizando tal situación con el aditamento de la mención "sociedad en formación" o la sigla "E. F." celebran los actos de su objeto.

En este último caso la cuestión queda conectada con el régimen de las sociedades no constituidas regularmente, tratadas en la Sección IV de la ley 19550.

El art. 21 de dicha ley (primero de la antenominada sección) incluye en la regulación dos supuestos:

- a) Las sociedades de "hecho con un objeto comercial".
- b) Las sociedades de los "tipos autorizados que no se constituyan regularmente".

En el primer caso se trata de aquellas que no habiendo alcanzado la instrumentación se proyectan con un objeto mercantil frente a la realidad económica por medio de signos, estigmas y modalidades societarias, que hacen presumir su existencia.

Para calificar el objeto comercial, sus actos han de relacionarse con la doctrina que surge del artículo 8 del Código de Comercio. Habrá además que valorar para inferir la configuración la presencia de "affectio societatis", común, participación en ganancias y pérdidas. Por propia esencia, no se dan en este caso ni la tipicidad ni la organización que requiere sustento instrumental.

Para aquellos casos de que el objeto mercantil no pueda probarse, la sociedad en estudio, entraría en la órbita del derecho civil con las consecuencias y alcances contemplados en los artículos 1648 y siguientes del Código Civil.

La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba (art. 25). En tal caso la admisibilidad de los medios es amplia y rige el derecho común.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley no consagra ni taxativa ni enunciativamente, supuestos fácticos como lo hacía el derogado artículo 298 del Código de Comercio, dejando librado al criterio del juzgador el examen y valoración de ellos, prescindiendo con buen criterio, de enumeraciones que en forma alguna agotan los innumerables matices que pueden producirse.

Las sociedades mencionadas en el apartado b) son las que reuniendo originariamente los requisitos de instrumentación, tipicidad y organización no cumplen acabadamente las condiciones formales que la ley establece imperativamente.

En estos casos se produce la inobservancia de los recaudos publicitarios, registrales o de conformación, en su caso, que integran todo el proceso de constitución. Puede comprender no sólo el incumplimiento total o parcial de ellos sino también el cumplimiento irregular de los mismos.

El carácter constitutivo de la inscripción que surge del artículo 7 de la ley, convierte a ella en un verdadero elemento integrador del tipo, por lo cual su omisión inexorablemente somete a la entidad comprendida al régimen de la ya citada Sección IV.

Esta afirmación permite concluir, en forma genérica - ya estudiaremos algunos aspectos peculiares que infieren soluciones de otra índole -, que en principio la sociedad en formación, en tanto y cuanto ejecute antes de la registración en legal forma, actos de su objeto o actividad, queda asimilada a la categoría de sociedades no constituidas regularmente.

III. - Características diferenciales

Tal vez puede presentar alguna utilidad e interés determinar los principales rasgos distintivos de carácter objetivo que ofrecen las sociedades de hecho y las no constituidas regularmente.

	<i>SOCIEDADES DE HECHO</i>	<i>SOCIEDADES NO CONST. REGULARMENTE</i>
OBJETO	NECESARIAMENTE COMERCIAL	CIVIL O COMERCIAL
CAPITAL	SÍ	SÍ
TIPICIDAD	NO	SÍ
ORGANIZACIÓN	NO	SÍ
PRUEBA	AMPLIA Y COMPLEJA	DOCUMENTAL
PARTICIPACIÓN EN GANANCIAS Y PÉRDIDAS	SÍ	SÍ
INSTRUMENTO	NO EXISTE	SÍ EXISTE

IV. - Personalidad. Remisión

En el estudio que se realiza y del cual este aporte es parte integrante, ha sido tratado el problema relativo al reconocimiento de la personalidad de las sociedades no constituidas regularmente. Por ello, simplemente,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

damos por sentado que la ley se la atribuye, siéndole aplicable la calidad de sujeto de derecho que establece el artículo 2. Sin embargo, la exposición de motivos de la ley 19550 asigna a dicha personalidad la característica de ser precaria y limitada; lo primero en tanto que, cualquiera de los socios puede exigir en todo tiempo su disolución, y lo segundo porque ciertos efectos de la plena personalidad no llegan a alcanzarse. Los efectos naturales de la representación no se producen por ello totalmente, ya que los socios y el representante que contratare a nombre de la sociedad quedan obligados solidariamente por las operaciones sociales, no pudiéndose exigir la previa excusión de los bienes de la entidad, ni tampoco invocarse las limitaciones de responsabilidad que surjan del contrato social. Si bien ningún socio puede aducir las defensas o derechos que surgen del contrato, la sociedad puede ejercer los derechos que deriven de los contratos celebrados. Con excepción a lo expuesto, la liquidación de la sociedad se ajustará a lo que disponga el contrato y los preceptos legales.

Todas las disposiciones que limitan los efectos propios de la personalidad y no le permiten alcanzar su máximo esplendor en lo que hace a la "imputación diferenciada", neta característica de las personas jurídicas, no significan un escollo para su admisión, ya que tales consecuencias se originan como sanciones que la ley impone cuando no se han cumplido los recaudos determinados.

Corroborar lo expuesto la situación que aun en las sociedades no constituidas regularmente, es imposible embargar bienes sociales por deudas de un socio, ni en caso de quiebra y que los acreedores sociales tienen preferencia para percibir sus créditos sobre el haber social (arg. art. 26)(2)(437).

V. - La contratación durante el iter constitutivo

El desarrollo precedente nos introduce definitivamente en el tema principal a desarrollar. Debemos analizar, por ende, la validez de los actos y contratos celebrados por una sociedad antes de su registración.

A tal fin, a modo de prelación, debemos señalar que el enunciado "validez" tal vez genere una noción inadecuada de la cuestión. No significa arribar a la nulidad o anulabilidad de los actos, con todos los efectos y consecuencias que se producen por aplicación del derecho común. Más bien el sentido de la proposición busca determinar la oponibilidad que resulta de dichos actos y la imputación que de ellos pueda realizarse en la sociedad una vez constituida regularmente.

Se impone de este modo una diferenciación, según se trate de los actos necesarios para obtener la regularización de la sociedad o de actos propios del objeto o actividad de la sociedad.

1. Actos necesarios

Son todos aquellos que en forma directa o indirecta se vinculen con el cumplimiento de las etapas necesarias para lograr una constitución

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regular y también los actos conservatorios de los bienes recibidos.

En este sentido se pueden mencionar inmediatamente de otorgado el contrato, la adquisición de los aportes, los trámites, los gastos de publicación e inscripción, la valuación de los aportes no dinerarios de acuerdo a lo dispuesto por la ley.

También incluimos los de conservación de los bienes recibidos, puesto que no puede eludirse el adoptar las medidas necesarias para evitar el deterioro o depreciación de aquéllos.

2. Actos propios del objeto o actividad

En este caso los actos exceden el propósito de obtener la regularización del ente social ya que consisten en operaciones que responden a la actividad futura de la sociedad. Estos supuestos son realizados asiduamente por las razones que hemos expuesto al comienzo del presente trabajo.

Incluimos en este acápite también a los actos preparatorios de la futura actividad de la sociedad, como ser la adquisición de mercaderías, contratación de locaciones, depósitos, etc., puesto que si bien son necesarios y útiles, el régimen legal es sumamente estricto en este sentido, al punto tal que en algunos tipos sociales el capital debe mantenerse incólume hasta el instante mismo previo a la inscripción, en que debe exteriorizarse ante el juez de la inscripción. Este es el caso del aporte dinerario en las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas, cuyo cumplimiento debe acreditarse al tiempo de la inscripción en el Registro Público de Comercio con el comprobante de depósito en el Banco oficial (arts. 147 y 187).

VI. - Imputación. Responsabilidades

De la actuación antes enunciada surgen responsabilidades e imputación respectivamente. Las analizaremos a continuación.

No sólo debemos en tal caso distinguir si son actos necesarios para la regularización o de la actividad futura, sino también que la sociedad que los realice sea de interés o por acciones.

a) Sociedades de interés (incluidas las de responsabilidad limitada) .

Cuando el administrador o representante de una sociedad de esta categoría, efectúe los actos vinculados a la etapa constitutiva y los de conservación mencionados, no adquiere responsabilidad personal y solidaria una vez que se haya operado la regularización de la sociedad, mediante la inscripción.

Estos casos suponen actuaciones legítimas y necesarias. Los terceros que contrataron en esta situación, aun conociendo la vinculación con el proceso de constitución, pueden responsabilizar al administrador o representante y también de los socios; mas una vez inscripta la sociedad cesa la responsabilidad de ellos, siendo absorbida íntegramente por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad.

Esto se produce como consecuencia de lo siguiente:

- a) Las derivaciones del proceso de constitución no pueden arrastrar en sus resultados a los terceros.
- b) Rigen para el caso las disposiciones del artículo 23, ya que en el instante de producirse los actos la sociedad no se hallaba constituida regularmente.
- c) Producida la regularización, la sociedad deviene en obligada directa por los actos de su constitución, quedando liberados los representantes y los socios, en tanto actuaron en la órbita de su competencia.

Dentro del mismo supuesto se ubica el caso en que se aportaran inmuebles cumpliendo el procedimiento del artículo 38 de la ley 19550. La referencia que efectúa dicha norma a la sociedad en formación implica consagrar un típico caso de actuación legítima de ella. En tal situación, la sociedad en formación adquiere el inmueble aportado "previamente", siendo ésta la correcta acepción que debe darse al término "preventivamente" adoptado por la norma legal. Con la regularización de la sociedad el inmueble queda automáticamente registrado a nombre de ella, sin necesidad de una nueva aceptación.

Si por el contrario la entidad realizara actos que escapan a los necesarios para la constitución, produciendo en algún modo la exteriorización de la actividad futura de la sociedad, ese ejercicio implica someterla al régimen de las sociedades no constituidas regularmente, con la responsabilidad establecida en forma solidaria para los socios y quienes contrataren en representación de la sociedad (art. 23).

El cumplimiento total del proceso inscriptorio de estas sociedades determina su regularización, sin eficacia retroactiva, pero la sociedad deviene en sucesora de la sociedad irregular preexistente. En este ámbito el artículo 36 establece que los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato social. El precepto toma su vertiente del principio consensualista consagrado en el artículo 403 del derogado Código de Comercio. Sin embargo, este precepto es inaplicable para las sociedades anónimas en razón que disposiciones específicas y peculiares rigen para tal casos.

En modo alguno la regularización libera a los indicados en el artículo 23 de la responsabilidad allí contenida.

Cualquiera de los socios antes de producirse la registración, puede poner fin a las actividades, solicitando la disolución social (art. 22).

Durante el período formativo, cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 24). Esta norma de indudable interés práctico y de excepción, se funda sin duda alguna en el carácter sancionatorio de las normas que la inspiran.

Si bien no cabe discutir su procedencia y validez, es aconsejable que si en tales circunstancias la sociedad debe recurrir a una instrumentación notarial, su aplicación solamente se ciñe a los casos urgentes o de absoluta necesidad - procurando dotar a las relaciones jurídicas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formadas a través del documento, de seguridad, certeza y perdurabilidad.

b) Sociedades por acciones (anónimas) .

La Ley 19550 ha tratado en los artículos 182, 183 y 184 los distintos casos.

El artículo 182 ciñe su aplicación al supuesto de constitución sucesiva. Dispone en tal caso que los promotores son responsables ilimitada y solidariamente por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad, inclusive por los gastos y comisiones del banco interviniente.

De acuerdo con el art. 168 son considerados promotores los firmantes del programa de fundación.

En tal supuesto la sociedad no existe aún. La sociedad existirá a partir de la asamblea constitutiva a que se refiere el artículo 179.

En dicha asamblea se aprobará o no la gestión de los promotores. Labrada el acta se procederá a obtener la conformidad administrativa, la publicación e inscripción de acuerdo con los arts. 10 y 167 (art. 180). Los promotores entregarán al directorio la documentación relativa a la constitución de la sociedad y demás actos celebrados durante su formación. Los directores devolverán a los promotores la documentación relativa a los actos no ratificados por la asamblea (art. 181).

Una vez inscripta la sociedad, ella asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará los gastos realizados, si su gestión ha sido aprobada por la asamblea constitutiva o aún así si los gastos han sido necesarios (art. 182 segunda parte) . En ningún caso - agrega la disposición legal comentada - los suscriptores serán responsables por las obligaciones mencionadas.

Obsérvese que en este supuesto el rigor legal se acentúa, ya que si bien puede suceder que la asamblea ratifique íntegramente la gestión de los promotores, la asunción se produce recién después de inscripta la sociedad, aunque los promotores ya nada puedan hacer por ello, pues la obtención del registro corresponde al directorio designado en la asamblea constitutiva.

En el caso de la constitución simultánea el artículo 183 establece que los fundadores y directores son ilimitada y solidariamente responsables por los actos practicados y los bienes recibidos. Una vez inscripta la sociedad, son a cargo de ella las obligaciones contraídas para su constitución por los fundadores y directores y reembolsará los gastos realizados.

A los efectos legales son fundadores todos los firmantes del contrato constitutivo en calidad de socios. El artículo menciona también a los directores ya que en el régimen societario argentino, no tienen que ser necesariamente socios.

En forma genérica, para ambos casos de constitución, el artículo 184 determina que operada la inscripción de la sociedad, los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Este último precepto en su parte final establece que la asunción por parte de la sociedad de las demás obligaciones contraídas por los promotores, fundadores y directores no los libera de su responsabilidad ilimitada y solidaria.

Esta mención relativa a "las demás obligaciones" se refiere sin duda a aquellos actos que no son necesarios precisamente, para la constitución de la sociedad.

La exégesis legal determina que siempre será necesario la asunción expresa de la sociedad, una vez inscripta, asunción ésta que por otra parte no liberará la responsabilidad de los promotores o fundadores.

El pronunciamiento de la sociedad debe realizar por medio de asamblea. Pese a que Halperín entiende que la asamblea debe ser extraordinaria, resulta más coherente la decisión de una asamblea ordinaria por la conexión de los temas sobre los que versa (art. 234 inc. 1).

La ley no determina un plazo para que se resuelva la asunción de dichos actos como lo hacen otras legislaciones (Perú, Alemania, Suiza, España).

Generalmente, se niega la posibilidad de considerar a la sociedad anónima en proceso de constitución, como una sociedad irregular sometida al régimen común establecido en la Sección IV. A tal punto se considera inaplicable el régimen de representación promiscua del artículo 24 ya que el artículo 167 "in fine" regula expresamente la representación para los actos relativos a la constitución.

En último caso, se entiende que podría existir a lo sumo una sociedad de hecho entre los fundadores⁽³⁾(438), ya que la ley estructura todo el sistema sobre la base de la responsabilidad ilimitada y personal de ellos. Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto cabe señalar que siempre los terceros podrán accionar contra la sociedad anónima en la medida de su enriquecimiento, medie o no asunción.

VII. - Capacidad de la sociedad en formación para adquirir bienes inmuebles

El artículo 26 de la ley 19550 ha despertado sorpresa por su redacción y mucho más por la interpretación que sobre él han formulado algunos especialistas.

Dispone al respecto: "Relaciones de los acreedores sociales y de los particulares de los socios. Las relaciones de los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiera registración".

En su primera parte el artículo confirma la correcta doctrina que se viene exponiendo: "ningún acreedor del socio podrá ejecutar los bienes sociales, ni aun en caso de quiebra -".

Sin embargo, es la parte final del artículo la que crea una suerte de confusión. Tan es así que caracterizados estudiosos argumentan que se confirma de tal manera la incapacidad de derecho de la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

irregular para adquirir bienes cuyo dominio requiera registraci3n; incapacidad que incluye cualquier otro bien aportado por los socios, insistiendo en que el car3cter precario y limitado de la personalidad de las sociedades irregulares le impide invocar, respecto de cualquier tercero, ni entre s3, derechos nacidos del contrato social, por lo cual no podr3a intentarse v3lidamente tercer3a de dominio sobre el bien aportado por el socio, como tampoco se admitir3a la posibilidad de adquirir inmuebles.

Sin embargo, se reconoce en nuestra doctrina el car3cter de sujeto de derecho a las sociedades irregulares y se enfatiza que de tal modo no le afectan ninguna incapacidad de derecho.

Ante tal situaci3n debe procurarse una correcta y adecuada armonizaci3n de las disposiciones legales, en aras de obtener una interpretaci3n funcional. La interpretaci3n de tipo gramatical est3 totalmente superada, por lo cual habr3a que acudir a todas las normas que forman el contexto jur3dico dentro del principio de completividad que ofrece el derecho.

El art3culo 2 de la ley puntualiza el car3cter de sujeto de derecho de la sociedad con el alcance fijado en 3l. El art3culo 23 al disponer que la sociedad no constituida regularmente y sus integrantes no podr3n valerse de los derechos o defensas que su contrato les ofrece, est3 estableciendo una sanc3n. En este sentido se impide utilizar las limitaciones contenidas en el contrato plurilateral y que pueden oponerse a los terceros en su perjuicio, sin haberse cumplimentado con la publicidad y registraci3n que imperativamente se organiza, en aras de la seguridad y el inter3s en general.

Por todo ello es preferible sostener que el art3culo 26 en su 3ltima parte, no consagra una incapacidad de derecho, sino que precisamente lo que hace es regular un efecto propio de la publicidad. De lo contrario significar3a avalar un parcelamiento de la actividad negocial, que no se justifica frente a las modernas concepciones sobre la materia.

Los bienes registrables gozan de un sistema de publicidad peculiar, regido de acuerdo con las normas propias de su naturaleza (conf. art. 38 seg. parte). Dicha publicidad genera la oponibilidad que se irradia a los terceros.

Por lo tanto no puede neg3rsele a ella un factor preponderante dentro de las relaciones entre los acreedores sociales y los particulares, ya que los derechos que cada uno de ellos pretendieran ejercer sobre dichos bienes, estar3n directamente relacionados con la titularidad que los asientos registrales proyecten hacia el exterior (conf. arts. 2505, 3315 C3d. Civil y ley 17801).

En materia de bienes muebles no registrables, la posesi3n de los mismos equivale a t3tulo (art. 2412 C3d. Civil), pero la tradici3n que se otorgue de un bien ra3z seguida del instrumento p3blico de enajenaci3n, necesita del perfeccionamiento - no convalidante - que le otorga la registraci3n, a tenor de la legislaci3n vigente y su doctrina, que no pueden desconocerse ni dejar de respetarse en el 3mbito societario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mercantil.

Esta interpretación queda corroborada por la disposición del artículo 142 de la ley 19551 de concursos, que dispone que si existieren en poder del fallido bienes de terceros, éstos podrán reclamarlos si hubieran sido entregados al fallido por título no destinado a transmitir el dominio.

Por tales premisas, no dudamos de la capacidad del ente irregular y como consecuencia de la sociedad en formación, para ser titular de bienes inmuebles o muebles registrables, los cuales quedarán sin duda alguna, sujetos al régimen propio de su personalidad o existencia.

VIII. - Conclusiones

1. - Frente a la disímil interpretación que ofrecen algunos artículos de la ley 19550, la labor asesora del notario cobra singular importancia al evitar que los requirentes, en materia societaria, adopten formas no coincidentes a la realidad de sus negocios.

2. - En tanto y en cuanto las sociedades en formación realicen actos de su objeto quedan sometidas al régimen de las sociedades irregulares, previsto en la Sección IV de la ley 19550, salvo algunas excepciones tratadas peculiarmente.

3. - Las sociedades irregulares tienen personalidad, aunque debe reconocerse que ella está signada por las características de precariedad y limitación. Ostenta como rasgos característicos de ella, la posibilidad de estar en juicio representada por cualquier socio, la preferencia de los acreedores sociales para percibir sus créditos sobre el haber social y el impedimento que los acreedores particulares del socio no pueden embargar los bienes sociales, ni aun en caso de quiebra.

4. - Las sociedades irregulares y por supuesto las en formación, pueden ser sujetos de relaciones jurídicas inmobiliarias, ya que no se concibe que la interpretación armónica de los preceptos legales infieran una incapacidad para estos entes de adquirir bienes registrables.

5. - La sociedad regular, excluido de este concepto las sociedades por acciones (principalmente anónimas) atento las disposiciones que consagran un régimen específico, deviene en sucesora de la sociedad irregular que la ha precedido.

6. - La propia regulación que la ley 19550 efectúa en los artículos 182,183 y 184 para las sociedades anónimas en período de formación, impide generalizar para este tipo social, las conclusiones antes expuestas, determinando por ello, la necesidad de realizar un particular análisis de la cuestión.

7. - A tal fin es preciso verificar si los actos realizados por los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administradores, promotores, fundadores y directores están vinculados con el proceso de constitución y los bienes recibidos o por el contrario exceden dicho ámbito.

En el primer supuesto, una vez operada la inscripción de la sociedad, se produce la asunción automática de las obligaciones originadas, liberándose de responsabilidad a los promotores, fundadores y directores. Por el contrario, tratándose del segundo supuesto, la interpretación de los textos legales precedentemente aludidos, requiere la asunción expresa por parte de la sociedad ya inscripta, emanada de decisión adoptada por órgano competente, mediante adecuada instrumentación y exteriorización. Pese a esta última circunstancia, los promotores, fundadores y directores no quedan liberados hacia los terceros de su responsabilidad personal, ilimitada y solidaria.

8. - Tales consecuencias encuentran su fundamento en la circunstancia que el sistema estructurado en la ley 19550 para las sociedades anónimas durante el iter constitutivo, reposa en la actuación personal y la responsabilidad solidaria e ilimitada de los promotores, fundadores y directores.

9. - La representación promiscua que el artículo 24 reconoce a las sociedades no constituidas regularmente, deviene inaplicable para la sociedad anónima durante su período formativo, puesto que el artículo 167 in fine acuerda a los representantes estatutarios o a los mandatarios especiales designados, legitimación para intervenir en la realización de trámites integrantes de la constitución.

10. - Todo lo expuesto no enerva el derecho de los terceros para accionar contra la sociedad anónima debidamente inscripta, en la medida de su enriquecimiento por los actos de los fundadores, promotores y directores, aunque no medie asunción expresa.

VI. TRASCENDENCIA DE LA FALTA DE INSCRIPCIÓN SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA SOCIEDAD

CLAUDIO A. SOLARI DEL VALLE

SUMARIO

I. Generalidades. - II. Capacidad. - III. Representación. - IV. Vigencia: a) Inscripción preventiva; b) Disolución. - V. "De lege ferenda". - VI. Conclusiones.

I. - Generalidades

El período constitutivo de una sociedad regular se inicia con el acto constitutivo propiamente dicho y culmina con la inscripción del contrato

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el Registro Público de Comercio. Entre uno y otro momento cobra vida la "sociedad en formación", cuya naturaleza y características se han ya señalado.

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando esta sociedad en formación comienza a girar comercialmente? Lejos de plantearnos una cuestión meramente académica, el problema es de gran importancia práctica. Es usual que el notario se vea enfrentado a él, atento que confluyen causas diversas e importantes que suelen orientar a los integrantes de una sociedad de este tipo a iniciar la actividad comercial antes de la inscripción.

Sin ánimo de prever toda la gama de ellas, veamos las más repetidas: a) normalmente el trámite inscriptorio es largo, debido a las diversas formalidades que deben cumplirse - publicación de edictos, conformación por el órgano de contralor en su caso y contralor judicial - y/o al hecho de sufrir alguna observación el contrato, situación frecuente por la disparidad de criterios en la apreciación del contenido del mismo - que se agudiza en el caso de sociedades sometidas a doble control; administrativo y judicial -, b) puede ocurrir que los integrantes de la sociedad decidan dilatar o aun no cumplir con el trámite de inscripción; c) también es factible - la ley lo prevé expresamente - que entre los aportes con que se integra el capital, se encuentre un fondo de comercio. Se hace evidente que no se podrá, sin un gran desmedro económico para la sociedad, clausurar el giro comercial hasta tanto la sociedad esté inscrita. Quienquiera que tenga alguna experiencia comercial sabe que la paralización del giro comercial de una empresa puede ser el camino más recto para conducirla a la quiebra.

En nuestra legislación aparece claramente delineada la afirmación de un principio, reconocido también firmemente en la doctrina comercial más moderna: el de la conservación de la empresa. La misma ley de sociedades lo recepta en materia de nulidades (artículos 17 y 100)(1)(439) y también se lo ve claramente desarrollado en la ley 19551 de concursos mercantiles(2)(440).

Ahora bien, ¿deberemos concluir que en nuestro caso cede el principio antedicho frente a la idea que la sociedad en formación carece de capacidad para girar comercialmente? Creemos que no; no obstante ello, no podemos omitir que nos hallamos frente a una situación no prevista expresamente en la ley, lo que dificultará en gran medida la posibilidad de encontrar una solución sistemática que abarque toda la gama de situaciones que puedan producir.

Partiremos de las siguientes premisas: 1) Que no se trata de un problema de personalidad, sino de capacidad; esto es, si la ley admite la personalidad incluso de las sociedades de hecho, nos parece lícito concluir que con mayor razón se las otorga a las sociedades en formación, aun cuando hubieren comenzado a girar, excediendo la previsión legal. En este sentido, el artículo 7 de la ley determina que la sociedad se considera "regularmente" "constituida" con su inscripción en el Registro Público de Comercio; y en la exposición de motivos se aclara más aun el concepto en el sentido que la sociedad no inscrita goza de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

capacidad, aunque limitada(3)(441).

Por tanto, aun partiendo del principio del artículo segundo según el cual se otorga personería a las sociedades con sujeción a lo dispuesto en la ley, se deberá concluir que en ella tiene cabida la que nos ocupa, a través de las normas relativas a la sociedad irregular. Nótese que habría, en cambio, radical diferencia si se tratase de una sociedad atípica, de objeto ilícito o prohibido, a las que la ley fulmina con nulidad absoluta.

2) Que, en tanto tienen personalidad, la norma genérica será la capacidad general para actuar y las incapacidades deberán resultar de normas expresas(4)(442). 3) Que estamos en presencia de una sociedad típica (arts. 1 a 3 de la ley) que por una circunstancia especial (falta de inscripción más giro comercial) no prevista por el legislador, debe buscar su normativa en las normas que genéricamente refieren a las sociedades irregulares, adecuándolas a la circunstancia de su especial naturaleza.

II. - Capacidad

Anticipamos que en nuestra opinión estas sociedades tienen personalidad circunscribiéndose el problema, en principio, a la determinación del alcance de su capacidad.

Es de hacer notar que en un principio, cuando la concepción de la personalidad jurídica giraba en torno a la idea que se trataba de una ficción, quedaba totalmente descartada la idea de asignarles personería a las sociedades en formación, pues las personas jurídicas sólo arribaban a tal carácter cuando hubiesen cubierto todos los recaudos legales. De allí que todos los actos que realizaran en tal carácter se verán afectados por la nulidad. La teoría de la ficción ha sido ya superada en la doctrina contemporánea, lo que nos exime de mayor comentario. Por otra parte, resulta claramente del contexto legal que no ha sido receptada en nuestra ley de sociedades.

La ley argentina estructura su sistema en esta forma: a) Las sociedades son de dos clases: las regularmente constituidas y las irregulares; por irregulares entiende aquellas que, correspondiendo a alguno de los tipos autorizados, no han sido empero constituidas regularmente; b) ambas clases quedan comprendidas dentro de los entes a los que la ley confiere personalidad, debiendo responder a un principio: el de la tipicidad (esto es, están constituidas conforme alguno de los tipos autorizados por la ley, v. gr., S.A., S. C. A., S. R. L., etc.) . A ellas se suma la sociedad de hecho con objeto comercial, completando el cuadro de los entes con personería jurídica; c) finalmente, todos los entes reciben personería jurídica con el alcance fijado en la ley, conforme el artículo segundo que da entrada a nuestro ordenamiento a la teoría del abuso de la personalidad(5)(443).

Dentro de este esquema, ubicaremos a nuestra sociedad en la norma genérica del artículo 21 que determina la aplicación de la Sección IV (De la sociedad no constituida regularmente) a las sociedades de los tipos que no se constituyen regularmente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Lo antedicho es relativamente pacífico en nuestra doctrina. No ocurre lo mismo con las conclusiones que de ello se desprende. Si bien no encontramos manifestaciones expresas, atento la carencia de bibliografía sobre el tema, parecería que la mayoría de la doctrina, si bien admite la aplicación de la sección cuarta (en particular en lo atinente a la facultad de cualquiera de los socios para pedir la disolución de la sociedad y a la falta de defensa frente a terceros en base a las cláusulas contractuales), concluyen, no obstante, que las sociedades en formación sólo tienen capacidad para realizar los actos necesarios a los efectos de su constitución (y eventualmente, los preparatorios) y que por tanto, los demás actos son nulos o bien atribuibles a quienes los hubieren verificado, en forma personal. De allí, indican, la norma del artículo 182 que determina, en materia de sociedades anónimas, que la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y la del artículo 184 que libera a los promotores frente a los terceros respecto a las obligaciones nacidas de los actos necesarios para la constitución de la sociedad. En otras palabras, partiendo de la idea que la sociedad en formación sólo existe a efectos de constituir la sociedad definitiva, sostienen que quedan fuera de su ámbito de capacidad todos aquellos actos que no conlleven a ello(6)(444).

Pensamos, aun en posición minoritaria, que lo antedicho no se ajusta a las necesidades que diariamente nos muestra la realidad. Creemos que en aras de una interpretación que aparece prima facie como la más ajustada a derecho, se omite considerar las verdades que cotidianamente nos muestra nuestra experiencia profesional.

Pero más aún, creemos que en la legislación argentina resulta más adecuada nuestra posición, esto es, que las sociedades en formación que hubieren comenzado a girar comercialmente, tienen, al menos, la capacidad genérica que la ley atribuye a las sociedades de hecho. Nuestros argumentos son los siguientes: a) Las normas de los artículos 21 a 26 son de orden general. No se ve por qué si la ley acepta a las sociedades de hecho como sujetos de derecho, ha de variar la solución para aquellas sociedades que aparecen con un mayor grado de integración, en tanto son reguladas a través de un instrumento, público o privado; b) un principio reconocido en derecho que la capacidad de un sujeto de derecho se presume, debiendo estar expresadas en la ley las incapacidades específicas que resulten excepciones de aquella norma. No encontramos disposición alguna que limite la capacidad de las sociedades en formación para girar comercialmente; c) los artículos 182 y 184 no hacen referencia alguna a nulidad, sino que delimitan la responsabilidad de los promotores, fundadores y directores de la sociedad anónima. Nos parece coherente que la responsabilidad sea mayor en la medida que la sociedad no haya sido constituida definitivamente y que se distinga los actos necesarios de los restantes, pues respecto de los primeros hay una obligación legal de ejecución pero respecto de los restantes se actúa por libre albedrío.

Por lo dicho nos parece lícito asimilar la capacidad de las sociedades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

objeto de este capítulo a la de las sociedades irregulares. Ello nos plantea un problema de especial gravitación en el ámbito notarial. ¿tienen estas sociedades capacidad jurídica para adquirir y/o transmitir el dominio de inmuebles, gravarlos, etc.?

Siguiendo el orden metodológico que nos hemos propuesto, veamos en primer término qué ocurre en el campo de las sociedades de hecho.

La doctrina les ha negado tal aptitud, estimando que no puede conciliarse la precariedad característica de estas sociedades con la adquisición de inmuebles. Por otra parte, en la práctica, no se conoce que se haya instrumentado operación alguna en la que una sociedad de hecho adquiriera un inmueble. En lo que hace a la jurisprudencia, se registra un fallo de las Cámaras Civiles de la Capital Federal por el que se denegó la posibilidad de que una sociedad de este tipo pudiese adquirir un inmueble.

Se trata del plenario recaído en autos "Pascual Hnos."(7)(445). En el caso, se había otorgado escritura traslativa de dominio en la que por la parte compradora comparecieron varios hermanos manifestando que integraban una sociedad de hecho que giraba en plaza bajo denominación "Pascual Hermanos", y que la compra la realizaban en nombre de esta sociedad. El Registro de la Propiedad denegó la inscripción y la Cámara, adhiriendo al dictamen del fiscal, confirmó la denegatoria.

Se argumentó que, faltando el documento constitutivo de la sociedad, no podía apreciarse si ésta tenía capacidad para celebrar el contrato; que además, excediendo el precio de compra la suma de mil pesos, estarían obligados los socios a hacer el contrato social por escritura pública, conforme el artículo 1181 inc. 3° del Código Civil y finalmente, que conforme al artículo 1662 se reconoce a estas sociedades existencia pero como un hecho producido, susceptible de crear derechos y obligaciones entre sus componentes y con relación a terceros.

La sanción de la ley 19550 aleja de la órbita del Código Civil a las sociedades de hecho con objeto comercial, por lo que entendemos que el fallo carece de fuerza vinculatoria en el problema que nos ocupa. Pero además, pensamos que los argumentos dados son rebatibles aun dentro de dicho ámbito: a) La falta de contrato no inhibe de considerar la capacidad de la sociedad, en tanto en el acto escriturario se precisara el objeto social; b) el monto de la compra nada tiene que ver con el capital social, que puede nominalmente ser inferior al mismo. Por otra parte, parece obvio que si la ley permite la existencia de sociedades de hecho, mal podría exigirles por cuerda separada la existencia de un contrato. Nótese finalmente que, en el caso que nos ocupa el problema estaría superado por existir un documento constitutivo, estando sólo pendiente la inscripción del mismo en el Registro Público de Comercio.

Por lo antedicho, y demás razones antes expuestas, estimamos que la sociedad de hecho tiene capacidad para adquirir y transmitir bienes registrables, debiendo consignarse en la escritura correspondiente la composición de la sociedad y el objeto, que debe ser comercial y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posibilitar la realización de estos actos, en función de su vinculación directa o indirecta con él. En el sentido dicho se pronunció la Comisión IV de la XX Jornada Notarial Bonaerense, reunida en San Martín en el año 1976. Según el punto III del despacho producido: "Las sociedades irregulares pueden ser sujetos de relaciones jurídicas, inclusive inmobiliarias, porque siendo sujetos de derecho, la interpretación armó A partir de la vigencia de la ley 19550, el problema ha sido analizado a través de la norma del art. 26, el que por su significación transcribimos: "Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en casos de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad regular, excepto de los bienes cuyo dominio requiere registración".(8)(446)

En nuestra doctrina, los autores que se han planteado el problema, ven en esta norma el fundamento para afirmar que las sociedades de hecho carecen de aptitud para adquirir inmuebles(9)(447).

Creemos que en la interpretación de este artículo se ha obtenido por conclusión lo que, en realidad, es un presupuesto tácito del mismo. En efecto, en principio prescribe que las relaciones entre acreedores sociales y particulares de los socios se determinarán como si la sociedad fuera regular. Esto es, que los primeros accionarán sobre los bienes de la sociedad y los particulares de los socios sobre los bienes de éstos, sus utilidades en la sociedad y cuota de liquidación (solución del artículo 57 para las sociedades de interés). La excepción final relativa a bienes registrables, deriva del hecho de haberse presupuesto que la sociedad no puede adquirirlos y tiene por fin evitar que los acreedores sociales quedaran en inferioridad de situación respecto a los particulares de los socios. Pero esta norma presupuesta no existe en nuestra ley; nada tiene que ver por tanto, la disposición del último párrafo del art. 26 con la capacidad de las sociedades de hecho para adquirir bienes registrables, sino con la posibilidad de los acreedores sociales de accionar aun sobre los bienes inscriptos a nombre de los socios, lo que aparece como una excepción al sistema, fundada en el preconcepto señalado y en la práctica difundida en nuestro medio de no realizar transferencias de bienes registrables a favor de sociedades de hecho. Coincidentemente con nuestra interpretación se expresó la XX Jornada Notarial Bonaerense, en su punto IV, que señala: "Los acreedores de la sociedad irregular, inclusive en caso de quiebra, son preferidos a los acreedores particulares de los socios, aun con relación a los bienes registrables, si estos últimos están inscriptos a nombre de la sociedad irregular. En consecuencia, la última parte del artículo 26 de la Ley de Sociedades aparentemente extraña al sistema global de ésta, se refiere a los bienes registrables no inscriptos a nombre de la sociedad irregular". Aplicando nuestras conclusiones a las sociedades en formación (particularmente a las que hubieren girado comercialmente). entendemos que gozan, pues, de dicha capacidad, pero distinguiendo dos supuestos: a) Que el inmueble hubiera sido adquirido por la sociedad como un acto más de su giro comercial; b) Que se lo hubiere adquirido en virtud de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

constituir el aporte de alguno de los socios. En el primer caso entendemos que la sociedad tiene la libre disponibilidad del inmueble. En cambio, en el segundo, la solución diferirá según cuál sea la posición que se adopte respecto del alcance del artículo 38 de la ley 19550. El tema ha sido ya desarrollado en el presente trabajo, por lo que nos limitaremos a acotar: 1) para quienes sostienen que el dominio se transfiere definitivamente en el acto de verificarse el aporte, la regla será la plena capacidad para transmitirlo, gravarlo, etc...; 2) para los que piensan que se trata de un acto condicionado para su perfección a la inscripción de la sociedad, ésta no tendrá aptitud para disponer del bien recibido, por carecer de un título perfecto.

III. - Representación

Plantea uno de los problemas más difíciles de resolver. La sociedad en formación presentará a través de sus estatutos, los órganos de administración y representación, que serán los encargados de gobernarla. Ahora bien, si la sociedad comienza a girar antes de su inscripción definitiva, hemos visto que se aplican las normas relativas a las sociedades irregulares, entre ellas, se nos presenta el artículo 24, que establece que cualesquiera de los socios representa a la sociedad en las relaciones con los terceros. Imaginemos un caso: supongamos que se presenta en nuestra notaría un señor que acredita ser socio de una sociedad anónima en formación y que ésta ha girado comercialmente, y que declarando detentar, en virtud de lo expuesto, por su solo carácter de socio, la representación de la sociedad, expresa su voluntad de proceder a la transferencia del dominio de un bien registrable correspondiente a la sociedad. ¿Qué deberemos hacer?

Evidentemente la dificultad deriva del hecho de que el artículo 24 ha sido pasado en función de las sociedades de hecho en las que la falta del instrumento constitutivo dejaría a los terceros en la imposibilidad de determinar con quién deben entenderse, si desean contratar con la sociedad. O peor aun, que pudiera oponérseles alguna excepción fundada en un contrato inexistente o al menos desconocido para ellos.

Pensamos que la solución deberá buscarse en la armonización del artículo 24 con la naturaleza del acto de que se trate. En los actos que necesariamente deben pasar por ante escribano público, creemos que éste deberá negarse a instrumentar el acto si no comparecen al otorgamiento las personas que conforme los estatutos (y acto constitutivo, en su caso, tienen la representación de la sociedad y la aprobación del mismo por quienes tengan la dirección de la misma. Fundamentamos nuestra opinión en dos motivos: a) que la norma del art. 24 se dirige como hemos visto, a la protección de los terceros; por tanto, no creemos que se limite el ejercicio de los derechos de los componentes de la sociedad, al negárseles personería para representarla; b) que justamente, la mejor forma de consolidar el objetivo de proteger a los terceros debe buscarse en la prudencia, que aconseja

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actuar conforme lo determina los estatutos sociales.

Ahora bien, supongamos que, en el ejemplo planteado, el notario hubiere optado por otorgar la escritura; ¿será bueno el título de propiedad del adquirente?; la solución aparece bastante confusa. Pensamos que deberá privar la norma del artículo 24, protegiendo los derechos del tercero; consecuentemente que el título será bueno, lo que asimismo apareja tranquilidad al mercado inmobiliario. No obstante ello, creemos que la sociedad y/o los socios restantes podrán demandar la nulidad del acto, debiendo probar la connivencia fraudulenta entre el socio que representara la sociedad y el tercero. Esto es, que a nuestro entender el acto será formalmente válido. Las consecuencias de esto serán: 1) la transmisión de dominio será perfecta, y sólo podrá demandarse la nulidad, previa prueba de haber existido un concilium fraudis entre el representante y el adquirente; 2) no corresponde la acción de nulidad por no haberse respetado la forma de representación estatutaria; 3) si el inmueble hubiere sido transmitido a terceros, la acción solo prosperará por daños y perjuicios, salvo mala fe de aquél, o que lo fuere a título gratuito, por el juego del artículo 1051 del Código Civil; 4) independientemente de la acción antedicha, cabrá la de daños y perjuicios directamente contra el socio que hubiere actuado por la sociedad, en cuanto correspondiere por las normas del derecho común.

Lo antedicho, en particular respecto a los derechos del adquirente, se ve apuntalado por la norma del artículo 23 que quita a la sociedad y a los socios la posibilidad de invocar frente a terceros derechos o defensas nacidos del contrato social.

IV. - Vigencia

El fin de la etapa comprendida por la sociedad "en formación" necesariamente ha de estar dado por alguna de las siguientes alternativas: a) inscripción definitiva de la sociedad; b) disolución.

a) Inscripción definitiva: inscripto el contrato social en el Registro Público de Comercio queda regularmente constituida la sociedad, planteándose dos cuestiones estrechamente vinculadas al período formativo: 1) Responsabilidad de los fundadores y directores; 2) Oponibilidad a la sociedad regularmente constituida de las obligaciones contraídas en el período anterior.

Ambos supuestos están insuficientemente legislados en nuestra ley, pero el primero puede ser resuelto analógicamente a través de las normas que la misma contiene en materia de sociedades anónimas.

Antes de la sanción de la ley 19550, la doctrina estaba dividida en la interpretación del art. 324 del Código de Comercio, pero, en general, especialmente en el campo jurisprudencial, parecía privar la corriente de opinión que sostenía que los fundadores respondían solidariamente por los actos practicados antes de la constitución definitiva(10)(448).

La ley 19550 distingue, en materia de sociedades anónimas, los actos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

necesarios para la constitución de los demás. Respecto de los primeros, cesa la responsabilidad de los fundadores y directores (y/o promotores, en su caso) una vez que está inscripta la sociedad (y aprobada la gestión en el caso de constitución sucesiva) (artículos 182 a 184). Respecto de las restantes obligaciones, aun cuando fueran asumidas por la sociedad, no quedarán liberados de su responsabilidad ilimitada y solidaria. Este principio se acopla perfectamente a lo dispuesto en las normas relativas a las sociedades irregulares.

Respecto a la segunda cuestión aparecen algunos interrogantes de difícil solución, atento la carencia de normas específicas. No cabe duda que la sociedad inscripta puede ejercitar los derechos que correspondían a la sociedad en formación(11)(449)Pero ¿cuál es la situación de las obligaciones contraídas durante el período formativo?

Las obligaciones que la propia sociedad reconociere serán exigibles a la misma (argumento del artículo 184 ya comentado). así también como aquellas que fueren correlativas al ejercicio de derechos. Por ejemplo, si la sociedad inscripta demandare la entrega de una cosa adquirida durante el período formativo, obviamente deberá abonar el saldo de precio que hubiere quedado pendiente de pago.

También resulta de la propia ley que la sociedad inscripta deberá responder por aquellas obligaciones contraídas en función del cumplimiento de actos necesarios para la constitución de la sociedad (que algunos autores extienden también a los actos preparatorios, v. gr., la locación del inmueble donde funcionará la sede social) . Quedarían pues, fuera de este ámbito, las restantes obligaciones o sea las contraídas en función de actos que no fueren necesarios para la constitución; pero, precisamente, estos actos son los que hacen aplicable a la sociedad las normas correspondientes a las sociedades irregulares, respondiendo por ende la sociedad en su período formativo por las obligaciones contraídas, según hemos visto. Parecería que eximir a la sociedad inscripta de responder por estas obligaciones, abre un camino demasiado expedito para que la sociedad (que en definitiva es una sola) se libere de responsabilidad en claro perjuicio de los terceros.

Por otra parte, resulta también respetable la protección de los socios, especialmente de sociedades anónimas que podrían ver burlados sus derechos por maniobras que le fue imposible controlar por encontrarse la sociedad en el período dicho.

Las dos posiciones se encuentran bien fundamentadas en nuestro ordenamiento legal y apuntan a objetivos sanos y respetables (protección de los terceros, para unos, de los socios, para otros).

No nos resulta posible dar una respuesta que resuelva el problema satisfactoriamente; más aún, pensamos que sólo la hallaremos a través de una reforma de la ley que cubra el vacío actual. Por ello, sin ánimo de presentar la solución irrefutable, esbozaremos nuestra construcción.

El principio general deberá ser que la sociedad no responde por estas obligaciones, debiendo dirigirse la acción contra los fundadores que tienen responsabilidad solidaria e ilimitada. No obstante ello, el rigor de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la situación puede atemperarse, a nuestro juicio, mediante la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad, receptada en nuestra ley en la forma vista.

Por aplicación de este principio, entendemos que la sociedad inscripta debe responder por aquellas obligaciones contraídas en el período constitutivo y que, sin ser de las que la ley expresamente le obliga a reconocer, están, empero, íntimamente ligadas al giro comercial que la sociedad ha desarrollado desde el momento de su acto constitutivo. Diversos elementos fácticos permitirán precisar cuándo nos hallamos en un caso u otro. Por ejemplo, parece razonable que si ha habido un aporte de fondo de comercio, las obligaciones contraídas con motivo de su giro comercial sean asumidas por la sociedad inscripta. Otro elemento que ayudará a discernir en el caso será que la obligación hubiera sido contratada con intervención de los órganos que correspondieren o por un miembro cualquiera de la sociedad, que se trate de un acto que prima facie aparezca como correspondiente al normal desarrollo comercial de la misma, etc... Atento que la aplicación de este principio constituirá una excepción a la norma general, el onus probandi estará a cargo del demandante y su aplicación será de carácter restrictivo.

A modo de síntesis, entendemos que la sociedad responderá por las siguientes obligaciones: a) contraídas en virtud de actos necesarios para su constitución; b) que fueren la contrapartida de derechos que pretendiere ejercitar la sociedad ya inscripta y que hubieren nacido con motivo del giro de la sociedad en formación;

a) obligaciones que la sociedad inscripta reconociere expresamente.

En cambio, no tendrá responsabilidad, en principio, por obligaciones emanadas de actos no necesarios para la constitución ni reconocidos después; de la inscripción explícita o implícitamente, sin perjuicio de los derechos que pudieren invocar los terceros por aplicación de la teoría del abuso de la personalidad, a cargo de quienes estará probar dicho abuso.

b) Disolución: en principio se producirá si antes de la inscripción acaeciere alguna de las causales previstas en el contrato o en el art. 94 de la ley excepto la de fusión que por su naturaleza y caracteres presupone la existencia de dos o más sociedades regularmente constituidas.

Hay algunas alternativas que merecen un párrafo aparte: 1) Prórroga: ¿Pueden los socios convenir la prórroga del plazo, en tanto la sociedad permanezca aun dentro de su período formativo? Pensamos que sí, por cuanto la naturaleza de la sociedad no se ha mutado por su giro comercial, sino que se le aplican las normas de la sección cuarta en función de su actividad. Ello nos lleva al segundo interrogante; 2) ¿Qué ocurrirá si alguno de los socios pidiere la disolución de la sociedad, frente a la oposición de los restantes que pretendieran terminar el trámite inscriptorio? Aquí el conflicto de normas no nos permite dar una respuesta definitiva. Pensamos que debe privar la que da razón al socio que demanda la disolución, pues la aplicación de las normas de la sección cuarta no puede ser parcial; 3) Qué efectos tendría la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manifestación fehaciente de los socios (por ejemplo, mediante un acto escrito) de su voluntad de no inscribir la sociedad? Pensamos que en este caso la sociedad, si desea continuar su giro comercial, lo hará bajo la normativa de las sociedades de hecho. No regirán en este caso las disquisiciones que hemos hecho en materia de representación y disolución.

V. - De lege ferenda

Hemos intentado dar un panorama de la legislación argentina, brindando, al mismo tiempo, nuestras soluciones para alguno de los problemas que el tema plantea.

Entendemos que la solución definitiva habrá de encontrarse en el momento en que la ley sea modificada. Todo ello requerirá un lapso para la cabal comprensión y maduración de su articulado, pues se trata de una ley bastante reciente. No implica un juicio de valor sobre la misma, a la que consideramos un verdadero orgullo de la legislación nacional; tampoco pretendemos indicar en cual sentido debe modificársela (tarea de política legislativa que excede el marco de este trabajo). Pero sí pensamos que debe clarificarse la orientación de la ley: o se indica claramente que las sociedades en formación carecen de capacidad para girar, y se elimina la posibilidad de aportar un fondo de comercio, o se legisla acabadamente acerca de esta posibilidad, contemplando toda la gama de la problemática que ésta plantea. Si nuestro aporte sirve para ello, consideraremos nuestra tarea cumplida, más allá de que se compartan o no las soluciones esbozadas.

VI. - Conclusiones

1°) Si la sociedad en formación comenzare antes de su inscripción el giro comercial, tendrá la capacidad genérica de las sociedades irregulares. En particular podrá contratar en materia de bienes registrables. En este sentido, la norma del art. 26, aparentemente extraña al sistema global de ésta, se refiere a los bienes registrables no inscriptos a nombre de la sociedad.

2°) El notario podrá negarse a instrumentar actos en los que no se respetare el sistema de representación previsto en el contrato social. No obstante ello, si el acto se hubiere otorgado, el contratante quedará amparado por la norma del art. 24 de la ley.

3°) La sociedad en formación que hubiere girado comercialmente, deberá responder por las obligaciones contraídas en virtud de actos necesarios para su constitución, o que fueren la contrapartida de derechos que pretendiere ejercitar, o que reconociere expresamente. Todo ello sin perjuicio de lo prescripto en la ley en materia de responsabilidad de los fundadores, promotores y directores.

4°) No responderá, en cambio, por obligaciones emanadas de actos no necesarios para su constitución ni reconocidos después de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inscripción, sin perjuicio de los derechos que pudieren invocar los terceros por aplicación de la teoría del abuso de la personalidad.

VII. ASPECTOS REGISTRALES DE LA SOCIEDAD EN PROCESO FORMATIVO

RAÚL R. GARCÍA CONI

En general el derecho comparado considera que una sociedad queda regularmente constituida cuando se opera su inscripción en el Registro Mercantil. Si antes de que esto ocurra, la sociedad comenzó a funcionar, su actividad es anómala y, en algunas legislaciones, se considera que lo hecho en ese lapso las asimila a las sociedades "de hecho", con menguada capacidad.

La mayoría de los ordenamientos legislativos no contienen previsiones sobre las sociedades que actúan sin Estatuto (de hecho) ni sobre las que cumplen prematuramente el objetivo social (antes de su inscripción). Por distintos motivos ambas son sociedades "irregulares" y una de las pocas normas que las regulan es la ley argentina 19550 a la que hace especial referencia el coordinador internacional Dr. Manuel de la Cámara Álvarez y a la que reiteradamente deberemos mencionar en este ensayo, que tiene mucho de exégesis legal.

La sociedad es un sujeto o ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones, pero mientras las personas físicas cuentan con la presunción del "favor capacitatis", las de existencia ideal en proceso de formación tienen mayor capacidad para obligarse que para adquirir derechos.

Al respecto el artículo 26 de la ley en exégesis determina que "Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratase de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración", La excepción final se justifica dado que "El cumplimiento del aporte deberá ajustarse a los requisitos dispuestos por las leyes de acuerdo a la distinta naturaleza de los bienes" (art. 38 II ley cit.).

Obsérvese que la equiparación con las sociedades regulares sólo existe cuando la sociedad es sujeto pasivo de la obligación y no en relación a sus créditos activos.

Con las sociedades en formación sucede lo contrario que con las personas físicas por nacer; éstas no pueden obligarse pero sí adquirir derechos en su vida intrauterina, mientras que aquéllas sólo tienen derechos "ab initio" respecto a los socios y sus aportes, mientras que frente a terceros contraen obligaciones basadas en la apariencia jurídica y en la protección de la buena fe presunta en quienes contratan con ella.

De acuerdo con nuestro símil, preferimos distinguir entre las personas de existencia ideal y de existencia física, descartando la expresión "de existencia visible" con que también se conoce a estas últimas, pues no resulta adecuada para seres que sólo resultan visibles con los rayos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

equis.

Lo que haga una sociedad en la etapa preinscriptiva podrá ser convalidado con su ulterior registración si se aplica el criterio retroactivo previsto en algunas leyes (ver. art. 47 Código Civil argentino), pero en el ínterin existe un período aleatorio condicionado a un acontecimiento futuro (la inscripción) que a veces demora en concretarse por circunstancias más o menos burocráticas.

Entre estas causas dilatorias se cuenta el turno de espera en los Boletines Oficiales para la publicación (completa o resumida) de los Estatutos Sociales, procedimiento que sólo se justifica en los casos en que el documento inscribible carece de "matricidad", pero no cuando su texto completo consta en un protocolo notarial, que también es un registro público.

En su Anteproyecto de Ley Argentina de Registro Público de Comercio, aportado al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1974), el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires propugna la supresión de la publicidad edictual (artículo 28).

Si la sociedad completa su periplo, arribando sin problemas al Registro, o si en ese lapso preliminar permanece totalmente inactiva, no habrá riesgos de conflictos con terceros, pero en la práctica la inscripción no se produce en tiempo oportuno y, mientras tanto, la sociedad necesita operar porque así lo exige la dinámica del derecho mercantil, que no admite el lucro cesante imputable a la pasividad.

Sin el ejercicio inmediato de la actividad para las que fueron creadas, muchas sociedades llegarían a la inscripción en estado de quiebra.

Como la regularización societaria se produce recién en el momento inscriptivo, es bastante común considerar de características "constitutivas" al Registro Mercantil, confundiendo la regularización (que es una forma de legitimar) con la constitución propiamente dicha.

En rigor la sociedad se constituye fuera del Registro en virtud de un documento fundacional que algunos llaman contrato, mientras que otros entienden que la sociedad no es un contrato por cuanto los socios no tienen prestaciones recíprocas entre ellos sino con respecto al ente al que se incorporan (que es un tercero para sus integrantes).

Lo cierto es que la sociedad "nace" con ese documento fundacional. La personería que adquiere inicialmente no tiene términos medios ni es susceptible de grados. Lo que sí puede ser mayor o menor y sólo adquiere plenitud con la inscripción es la capacidad operativa, aunque en beneficio de terceros y para asegurar la fluidez del tráfico jurídico la sociedad pueda, inicialmente, contraer obligaciones.

De la misma manera se dice que un Registro de Cosas es constitutivo, cuando el derecho real comienza en sus estrados y hasta que se produzca la inscripción no hay más que derechos personales.

Se entiende por Registro declarativo al que reconoce la preexistencia del derecho real y lo proclama para que, al superarse la clandestinidad, sea oponible a terceros.

Tampoco el Registro Mercantil desconoce la existencia previa de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad, pero para que los Estatutos puedan surtir efectos "erga omnes" se requiere la inscripción definitiva. Mientras tanto la sociedad no tiene capacidad para perjudicar a terceros o, dicho de otra manera, los derechos de éstos prevalecen frente a una sociedad irregular por falta de inscripción.

De los párrafos precedentes podrá inferirse que el Registro Mercantil participa de las características de los Registros declarativos, en cuanto éstos discriminan entre la "forma de ser" y la "forma de valer", pero de todos modos será mejor reservar las diferenciaciones - por cierto relativas - entre los Registros declarativos y los Registros constitutivos para aquellos relacionados con los derechos reales, pues esa nomenclatura es impropia e inadecuada para el derecho societario.

Otro equívoco que conviene superar es el análogo tratamiento que se da - por regulación o por omisión - a las sociedades que eluden (de hecho) y a las que buscan su regularización inscriptiva. Estas merecen capítulo aparte en los ordenamientos que rijan la materia y, en tal sentido, si bien la ley argentina 19550 dio un paso importante, debe ser perfeccionada.

Cuando decimos - "ut supra" - que los derechos sin inscribir no pueden perjudicar a terceros, sentamos un principio que hinca sus raíces en el derecho registral, que ha sido afinado en la legislación argentina a través de las figuras de la retroprioridad y la reserva de prioridad indirecta (arts. 5 y 25 L. 17801), con lo que se protege al documento "in itinere". Esta tutela jurídica de amplio espectro debe ser extendida al derecho mercantil cuyas conexiones con el registral son de gran vastedad, sobre todo ahora que aumenta considerablemente el ámbito de las cosas muebles registrables.

El instituto de la retroprioridad es de vieja data en la Argentina, por cuanto ya figuraba en su centenario Código Civil para las hipotecas (art. 3137 y conc. Cód. Civil) y, en lo que concierne a sociedades, en el recordado art. 47 del mismo Código, que puede considerarse supletorio de la ley 19550 sobre sociedades comerciales.

No debe confundirse la inscripción del estatuto de la sociedad, que en muchas partes implica su regularización, con ciertas registraciones que se hagan a favor del ente en formación y que sirven para prevenir a terceros y evitar que los intereses de éstos puedan preponderar sobre los de la sociedad.

A esta última categoría pertenece la anotación (mal llamada inscripción) prevista en la ley 19550, cuyo artículo 38, parágrafo III establece: "Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación" La norma condice con lo preceptuado en los ya transcritos art. 26 y art. 38 ap. II) del mismo ordenamiento.

Según nuestras noticias no existe en la lex fori parangón para el art. 38 par. III y tratándose de un instituto novedoso - por lo menos en Argentina - no es de extrañar que su interpretación diera lugar a opiniones disímiles.

Los más creen que la aplicación del art. 38 significa que la sociedad en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

formación tiene capacidad para adquirir el dominio de "cosas registrables". Entre éstos, algunos piensan que se trata de un dominio revocable, correspondiendo el retracto si la sociedad no logra su regularización definitiva.

Otro sector de la doctrina entiende que la inscripción del art. 38 (en rigor es una anotación) tiene carácter preambular e imperativo, con efectos "propter rem" y que se necesitará, en su momento, la transferencia propiamente dicha.

Nosotros pensamos, y no estamos solos en la tesitura, que el art. 38 no excluye la transferencia definitiva ni impone la anotación cautelar, sino que permite una interesante y opcional alternativa. Salvo el caso de que los socios aporten créditos, cuya transferencia se produce por la simple manifestación estatutaria ("solo consenso" del art. 21 ley cit.), cualquier otro aporte deberá ajustarse a la preceptiva emanada de otras leyes (art. 38 ap. II), inclusive en lo que atañe a la registración como factor de oponibilidad a terceros.

Para la transferencia integral a un inválido sujeto de derecho, como se trata de un acto consensual y sinalagmático, necesariamente habrá que recurrir a la figura de un gestor de negocios que adquiera para la sociedad en formación, la que al "regularizarse" recién podrá aceptar esa transmisión. Este procedimiento supone el pago prematuro de gastos y honorarios transmisivos y también implica el riesgo de que si la sociedad no culmina su ciclo formativo, al producirse la confusión patrimonial el bien no retorne al aportante.

Dentro de la primera interpretación del art. 38 - de las tres citadas - la irrevocabilidad del aporte escapa al principio general de que "Si no tuviere plazo fijado, el aporte es exigible desde la inscripción de la sociedad" (art. 37 misma ley, lo que puede provocar la tendencia a que el aporte sea de uso y goce (art. 45 íd.).

A nuestro juicio es menester distinguir entre "aporte" y "transferencia".

El aporte - como la compraventa - está en el campo obligacional e implica el compromiso futuro de la entrega de la cosa, cuya traditio constituye el modus adquirendi para los bienes muebles, requiriéndose además un especial e idóneo documento enajenativo si se trata de inmuebles (siempre refiriéndonos al ordenamiento jurídico argentino) .

A los efectos de las relaciones con los terceros y para asegurar la efectividad del aporte, basta con la afectación registral de éste, de la misma manera que basta con la anotación de un contrato o boleto de compraventa para que los derechos en expectativa de los adquirentes pueda prevalecer sobre otros acreedores. Esto ocurre en el caso de las ventas de terrenos por mensualidades o de venta de departamentos en construcción (leyes argentinas 14005 y 19724) Análoga preferencia obtienen los acreedores que han anotado embargos.

El fin querido por la ley (19550) es que el aporte (derecho creditorio de la sociedad en formación) se transforme, sin interferencias, en una adquisición del dominio (derecho real) .

Desde luego que un mismo instrumento, como cápsula jurídica, puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser omnicomprensivo de una pluralidad de actos, a condición de que éstos sean compatibles entre sí.

Por ello nada obsta a que la escritura fundacional incluya también la transferencia del aporte y en tal caso ese instrumento originará en el Registro de la Propiedad un asiento de dominio autónomo o inscripción propiamente dicha. De ser así no tiene sentido práctico la anotación cautelar del art. 38, que no excluye la transferencia ab initio pero que la torna innecesaria estableciendo un procedimiento de economía procesal (y pecuniaria porque posterga gastos).

El inconveniente de superponer en forma tempo - espacial el aporte con la transferencia, estriba en que el documento portante de ambas circunstancias deberá presentarse - en uno o dos testimonios si fuere escritura pública - a sendos Registros: el Mercantil y el de la Propiedad (si el aporte fuere inmobiliario), para lo cual se cuenta con diferentes plazos inscriptivos cuyo cumplimiento escalonado resulta muy difícil. ..

En nuestra legislación, por ejemplo, la inscripción mercantil supone el previo cumplimiento "de todos los requisitos legales y fiscales" (art. 6 ley 19550), o sea que deberá verificarse: a) o el cumplimiento de la anotación preventiva "a nombre de la sociedad en formación" (art. 38 íd.), trámite que demanda muy poco tiempo en el Registro inmobiliario; b) o que el aporte ha sido efectivizado (transferido), trámite éste cuya duración supera en mucho el plazo de presentación al Registro Público de Comercio, que es de quince días (arts. 39 y 40 del Cód. de Comercio) por cuanto se requiere la obtención de lerdas certificaciones administrativas v una compleja inscripción dominial.

Por otra parte, la norma en que centramos nuestra exposición (art. 38 ley 19550) es congruente con la posibilidad fáctica de que el acto societario fundacional pueda instrumentarse privadamente (art. 4 ley cit.), alternativa que no cuenta con el favor popular y que hemos criticado con severidad (en El Derecho del 6/3/68 y el diario Clarín del 17/11/68).

Como la transmisión inmobiliaria requiere documento notarial específico (arts. 1184 y 2699 Cód. Civil arg.) si el aporte transmisivo (y no obligacional) de bienes raíces se hiciera dentro del acto fundacional de la sociedad, ésta necesariamente debería constituirse por escritura pública, pero también cabe la peregrina idea de que la constitución privatista "habilita" para la transmisión inmobiliaria del aporte societario.

La última interpretación - sobre la idoneidad extrema del instrumento privado - es un riesgo derivado de la tesis que sostiene que el artículo 38 en análisis importa necesariamente la transmisión del aporte, cuando consista en bienes raíces. Advertimos sobre la peligrosidad de esta teoría tan ingrata para el punto de vista notarial.

Para aventar tal peligro hemos indagado sobre el alcance del mentado art. 38 a través de la opinión primigenia de los autores intelectuales de la ley 19550 . Al comentar el proyecto de ley, Odriozola expresa: "Se ha regulado también la inscripción preventiva de los bienes aportados, cuando para su transferencia se requiera la inscripción en un registro. Se evita con ello la disposición del bien por parte del aportante en el período

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

previo a la registraci3n o que el mismo quede afectado por acciones de terceros (art. 38) " (Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, a1o 1, N1 5, octubre de 1968, Buenos Aires) .

En la Exposici3n de Motivos que acompa1o al proyecto, los cinco distinguidos comercialistas que la suscribieron manifiestan: "Lo atinente a los bienes susceptibles de ser aportados y a la forma de cumplimiento del aporte es regulado por el art3culo 38, en el que adem1s se soluciona el problema de la inscripci3n preventiva de los bienes registrables durante el proceso de constituci3n".

Subrayamos el car1cter de preventiva que se asigna a la inscripci3n (debi3 decir anotaci3n) y la referencia a bienes registrables (para el "cumplimiento del aporte"), puesto que si se tratara de bienes ya registrados o registrables simult1neamente, estar3a de m1s el art. 38.

Es preciso clarificar la naturaleza jur3dica del instituto de registraci3n preventiva que asegure a la sociedad en proceso formativo un privilegio sobre los aportes (a1n no incorporados a su patrimonio), o bien determinar de modo expreso que las sociedades en formaci3n tienen "capacidad" suficiente para adquirir bienes registrables (lo que no hace la ley 19550).

Nos inclinamos por la primera soluci3n (anotaci3n preventiva con efectos "propter rem"), porque creemos que la plena capacidad adquisitiva de derechos reales s3lo se concibe cuando la sociedad se encuentra regularizada por su inscripci3n en el Registro Mercantil. Mientras ello no ocurra es un ser "adolescente" que act1a bajo la responsabilidad exclusiva y solidaria de los socios, aunque est3 proyectada como sociedad "de capital" y no de personas. Para que haya una diferenciaci3n patrimonial (y sea un tercero con respecto a los socios) es previa la inscripci3n del Estatuto.

El principio in dubio pro tercero significa que los socios no pueden desplazar a sus propios acreedores sin antes cumplir con preceptos de publicidad registral id3neos para la advertencia de 3stos, pero nada obsta a que antes de la inscripci3n integral del ente societario se practiquen anotaciones con eficacia preventiva para los que indagan los asientos registrales.

Como el Registro no rinde culto al "soldado desconocido" s3lo protege al tercero que se acerca a sus estrados (tercero interno o "internado"). Nadie puede alegar que desconoce el derecho registrado (buena fe - ignorancia) puesto que basta la cognoscibilidad p1blica (conocimiento potencial) para que tal derecho sea oponible.

Para comprender mejor lo que dejamos expuesto y con la salvedad de que muchas veces los vocablos "inscripci3n" y "anotaci3n" se emplean en sentido gen3rico y como sin3nimos, conviene se1alar que t3cnicamente ambos t3rminos tienen distintas acepciones y 3stas han sido definidas en la VI Reuni3n Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Argentina, Mendoza, 1969) en la siguiente forma:

INSCRIPCI3N. "Es toda toma de raz3n (o asiento principal) de car1cter definitivo, provisional o condicional que se practica en la matr3cula, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencia de la presentación de un documento público dispositivo (transmisivo o constitutivo) declarativo, aclarativo o extintivo de un derecho real, con la finalidad y efectos que resulten de la ley".

ANOTACION. "Es todo asiento temporal que se practique con relación a una inscripción, como consecuencia de la presentación de un documento, conformado de acuerdo con la ley, del que resulte que la integridad de la inscripción queda afectada por alguna causal que se expresa o resulta de dicho documento".

La inscripción engendra siempre un asiento autónomo (intemporal en el caso del dominio) que dura tanto como el derecho inscripto, mientras que la anotación origina un asiento de correlación que afecta pero no deroga al asiento autónomo y que se caracteriza por su caducidad "ministerio legis".

Ambos institutos: inscripción y anotación ponen en marcha el aforismo "Prior tempore, potior iure", estableciendo una escala de valores que ordena los derechos distinguiendo su mayor o menor jerarquía.

Recapitulando diremos: La sociedad en formación es acreedora de los aportes no efectivizados. Para que su crédito no sea quirografario se ha previsto una registración cautelar que permita, en tiempo oportuno, la incorporación del aporte al patrimonio de la sociedad debidamente regularizada, sin que se produzcan interferencias.

Sin tal registración es muy probable, y también es lógico, que prevalezcan los acreedores particulares de los socios, que sólo ceden ante los acreedores de la sociedad, pero no ante la sociedad como acreedora (arg. art. 26 ley 19550).

Dentro del subtema tan específico que nos correspondió en la distribución de tareas efectuada por nuestro Coordinador Nacional del Tema II, Dr. Osvaldo S. Solari, hemos querido comunicar a los colegas de otras latitudes el progreso logrado por aplicación del art. 38 de la ley 19550, aludida por el Coordinador Internacional del mismo Tema, Dr. Manuel de la Cámara Álvarez.

También queremos, con espíritu crítico, transmitir a nuestros lectores que la experiencia argentina aconseja el perfeccionamiento de la norma, para que no resulte equívoca ni proclive a diversas interpretaciones.

Pese a las deficiencias señaladas, el precepto puede servir de perfectible "modelo" a otras legislaciones, en el intento de caucionar los aportes con vocación inscriptiva, durante el penumbroso lapso en que la sociedad no ha completado su ciclo formativo.

Con ese convencimiento y sin ningún propósito de penetración legislativa, justificamos la divulgación del artículo 38 de la ley argentina 19550. Su adopción - y adaptación - puede ser realmente útil.

Al comenzar estas líneas decíamos que la sociedad que funciona antes de la inscripción de sus estatutos es atípicamente "irregular" y que el ejercicio prematuro de la actividad societaria es tan frecuente y necesario, que se justifica un tratamiento legislativo especial para cubrir ese período de labor preinscriptiva, sin confundirlas con las sociedades "de hecho" (típicamente irregulares).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero si bien preconizamos normatizar la funcionalidad durante ese lapso se nos plantea un problema de lógica jurídica. Si irregular es, tautológicamente, lo que no está regulado: ¿Hasta qué punto es "irregular" una sociedad sobre cuyo funcionamiento se ha pronunciado el legislador?

Dejamos flotando esta inquietud porque su problemática requiere mayor meditación. Creemos sí que las leyes no deben ser omisas en un aspecto tan importante de la vida societaria, y que las muchas sociedades que comienzan a trabajar con el rótulo "en formación" adosado a sus nombres no deben ser consideradas "irregulares" por cuanto no están en la perinorma.

Conclusiones

El Tema II parte de la premisa de que, dentro del derecho comparado, las sociedades mercantiles sólo alcanzan plena vigencia con su inscripción en el Registro Mercantil.

En el interregno, ¿qué validez tienen las actas y contratos de esas sociedades en formación, a las que se considera irregulares y que algunas legislaciones las equiparan a las sociedades "de hecho"?

Tal el interrogante que se nos plantea y que nos toca responder circunscribiéndonos al aspecto registral del problema. Por lo pronto, advertimos el loable propósito de regular el desempeño de sociedades aún no inscriptas (en el Registro Mercantil) y entonces, superada la anomia, ya no podrá decirse que dichas sociedades siguen siendo irregulares y menos todavía asimilarlas a las sociedades de hecho.

Si la pauta de la "regularización" estriba en la inscripción societaria, habrá que tener en cuenta que, además de la inscripción de su Estatuto, la sociedad puede obtener una serie de registraciones a su favor, distintas de la propia del Registro Mercantil.

La potencial pluralidad de inscripciones (o anotaciones) en Registros de diferente naturaleza, debe ser computada por el derecho positivo de modo que la sociedad se considere parcialmente regularizada, en lo que atañe a las pertinentes registraciones a que dé lugar.

Al respecto es muy importante analizar la experiencia argentina, que por vía del artículo 38 de su ley 19550 (de sociedades mercantiles) ha previsto la anotación de los aportes cuando éstos consistan en bienes registrables, con lo que la sociedad obtiene sobre esos bienes un derecho creditorio preferente (efectos "propter rem") cuando todavía no se han incorporado a su patrimonio.

Algunos autores opinan que la inscripción del art. 38 implica la transferencia definitiva del aporte, y entre éstos hay quienes piensan que la sociedad adquiere un dominio revocable, condicionado a la inscripción de su Estatuto.

Esta diversidad de criterios aconseja la modificación del art. 38, precisando el alcance de la norma, pero manteniendo su tésis cautelar. No encontramos en el derecho comparado disposiciones similares a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 38, pero alguna semejanza tiene con una previsión de la ley registral francesa de 1855.

Quizás, dentro de la prospectiva jurídica, convenga extirpar el equívoco concepto de "regularización", considerándose que la sociedad existe como persona jurídica desde el acto fundacional y que las sucesivas registraciones producirán los efectos contra terceros propios de cada inscripción, aplicándose, cuando el instrumento sea auténtico, las prerrogativas de la retroprioridad (art. 47 Código Civil argentino).

No debe confundirse la existencia misma de la sociedad (personalidad) con su capacidad funcional.

A su vez la capacidad funcional debe ser plena "ab initio" para los terceros de buena fe que contraten con ella (apariencia jurídica) y con respecto al aporte de los socios, cuando se han cumplido las normas registrales. Sus limitaciones transitorias (hasta la inscripción del Estatuto) deben versar exclusivamente a lo que atañe a sus otros créditos activos.