

futuro.

DOCTRINA

CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD CON INSCRIPCIÓN EN FORMACIÓN (ENSAYO)(*)(426)

CARLOS N. GATTARI

SUMARIO

"Dogma incitatur haeresi"

PONENCIA

INTRODUCCIÓN

1. Mentalidad patológica.
2. La ley 19550 y la Exposición de Motivos.
3. Salto ilógico.
4. El buen hombre de negocios.
5. Desarrollo de esta monografía.

CAPÍTULO I. Breve comentario de la Sección IV (21/26)

6. a 12: artículos 21 a 26: estudio particular.
13. Conclusiones.

CAPÍTULO II. Existencia, personalidad y capacidad de la sociedad INEF

14. Existencia de la sociedad con INEF.
15. Personalidad de la sociedad con INEF.
16. Capacidad de la sociedad con INEF.
17. Manifestaciones de la capacidad.
18. Conclusiones.

CAPÍTULO III. Legitimación de la sociedad irregular

19. Actos necesarios para inscribir y para los aportes.
20. Actos voluntarios sobre operaciones sociales.

CAPÍTULO IV. Tipo, responsabilidad e inscripción

21. El tipo no tiene que ver con la inscripción.
22. Responsabilidad e inscripción.
23. Tipo y responsabilidad: nada que ver.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

CAPÍTULO V. Registros

- 24. Registro Público de Comercio.
- 25. Art. 38 - 3: Registro de la Propiedad Inmueble.

CAPÍTULO VI. Conducta del notario

- 26. Competencia material y licitud.
- 27. Actos notariales de la sociedad.

PONENCIA

I. La sociedad comercial se constituye instrumentalmente. Por ese mismo hecho:

- a) existe constituida y formada en su tipo;
- b) tiene personalidad y capacidad;
- c) y legitimación para actos necesarios y operaciones sociales.

II. Tal sociedad tiene el tipo formado en el instrumento. En sus relaciones:

- a) la inscripción no configura al tipo;
- b) la responsabilidad no configura al tipo;
- c) la inscripción no limita la responsabilidad.

III. Si falta la inscripción del estatuto o contrato: Frente a terceros:

- a) los socios no pueden invocar el beneficio de excusión;
- b) ni los límites, defensas y derechos del contrato;
- c) tampoco los puede invocar la sociedad;
- d) cualquier socio representa a la sociedad;
- e) en lo interno, cualquier socio puede exigir la disolución;
- f) no pueden invocar entre sí las defensas y derechos del contrato.

IV. Inscripta la sociedad, considérase regularizada. En consecuencia, las situaciones del punto anterior no se dan.

V. La "inscripción preventiva" del art. 38 - 3:

- a) tiene fundamento y carácter tuitivo para todos;
- b) no son disponibles hasta que se comunique la regularización;
- c) por ello, tal inscripción debe ser definitiva;
- d) ni anotación preventiva, ni inscripción provisoria.

VI. Por ende, si lo operado son bienes registrables:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- a) los aportes deben inscribirse definitivamente según el art. 38 - 3;
- b) no son disponibles hasta que se comunique la regularización;
- c) los bienes dentro del objeto deben inscribirse definitivamente; d) estos bienes son disponibles antes y después de la regularización;
- e) la sociedad no inscripta, se disuelve y liquida sus bienes.

VII. Muchos de los actos pasan ante notario:

- a) puede caer dentro de su competencia material;
- b) son lícitos y existen normas permisivas (legitimación);
- c) actos necesarios: el aporte de inmueble sigue el esquema de una escritura traslativa de dominio;
- d) operaciones sociales: mientras no sean extrañas al objeto social;
- e) los representantes son los estatutarios o contractuales;
- f) excepcionalmente, podrá serlo cualquiera (art. 24). Leg. extraord.
- g) el directorio no inscripto puede actuar (V Convención);
- h) si faltan libros: puede asistir el notario y labrar acta funcional;
- i) puede legitimar las firmas; protocoliza e inserta tal acta.
- j) por acta notarial se comunica regularización al Registro de Propiedad;
- k) estos títulos - fondo y forma correctos - no son observables.

INTRODUCCIÓN

No debemos atenernos al estudio del posible litigio, sino al modo de proceder y de ser común, de las circunstancias normalmente aseguradas por la autenticación y por la fe pública.

Carlos N. Gattari

Al acercarnos al tema de la mal llamada "sociedad en formación", hay algo que atrae nuestras miradas. No se vaya a creer que candorosamente. Porque lo que golpea resulta ser bastante común, sobre todo en derecho, donde la anomalía parece atraer más que la normalidad y la heteronomía parece gozar de predicamento mayor que la autonomía. Siendo así que, como dice Werner Goldschmidt, ésta es muy superior a aquélla, óptica y dialécticamente.

Todo esto surge de la mentalidad patológica que se ha formado paulatinamente alrededor del tema, habiendo sido recibida en la ley y en la exposición de motivos (EM). Pero, a mi juicio, la mayoría de los intérpretes parecerían realizar un salto ilógico porque de lo posible concluyen realidades, a pesar de que, dentro de la misma normativa, existe un artículo tan precioso como el 59 que muestra al buen hombre de negocios.

1. Mentalidad patológica

En otra parte he recordado que alguien dijo de la psicología analítica: "Se hicieron muchos estudios de personas delincuentes, muy pocos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

individuos respetuosos de la ley; muchos relativos al miedo, pocos al valor; más de hostilidad que de afinidad, muchos sobre la ceguera del hombre, pocos sobre su visión". Terminaba ese párrafo con las palabras que me sirven de acápite (El objeto de la Ciencia del Derecho Notarial, parág. 22, Depalma, 1968).

Cuando en 1972 leí por primera vez la ley 19550 (LS) y su EM, parecióme se trataba de una regulación "contra los socios y contra las sociedades" concretas y a favor de los numerosos terceros abstractos, al menos en algunos sectores como el que vamos a tratar. Es que, luego de cuarenta o más años de proyectos, jurisprudencia, se agudizó el problema; hace diez comenzaba la persecución de las sociedades en comandita por acciones, se habló de levantar el velo de la personalidad, la misma ley 19724 buscó eliminar el fraude inmobiliario, a través de sociedades. En fin, hubo antecedentes sonados en jurisprudencia.

Por otro lado, todos los anteproyectos legales, comerciales o no, se fundamentan más en los casos anómalos; se dictan leyes, pero sobre todo, se las interpreta teniendo en cuenta casi en forma exclusiva la actuación patológica. Es posible que al legislador, normalmente atosigado con los pleitos tribunales le falte la visión notarial de "lo normal". ¡Lo que nunca he entendido es por qué parecería faltarnos también a nosotros los notarios!

¿Por qué no fundamos nuestras interpretaciones, además, dentro del contexto notarial de buena fe, que olvidamos a pesar de ser un presupuesto legal, de acuerdo de voluntades, de diligencia, de soluciones para la vida jurídica, de asesoramiento de lo normal? ¿Será necesario repetir que así como la salud no vive en los hospitales, tampoco lo jurídico vive exclusivamente en los tribunales?

2. La ley 19550 y su Exposición de Motivos (EM)

En la ley, el tema de la "sociedad en formación" es tremebundo; porque no está inscripta: se la considera irregular; se la encarcela promiscuamente con las sociedades de hecho y con otras seria y realmente irregulares; cualquier socio "puede" exigir su disolución, cualquiera "puede" representarla frente a los terceros; los socios "pueden" contratar con terceros, pero ¡guay!, asumen obligaciones solidarias, ilimitadas...

Si los socios tuvieran que invocar derechos o defensas "no pueden" remitirse a los del contrato, por no estar inscripto; a la inversa se les convierte sólo en fuente de obligaciones, aun para la sociedad. Es tanta esta mentalidad peyorativa que en relaciones determinadas, para salvar a los famosos terceros, esa sociedad - motejada de irregular por la ley - es considerada - por esa misma ley - como regular. Y todo esto, que debe ser situación excepcional, **PRECISAMENTE POR SU IRREGULARIDAD**, es motivo de afanosas interpretaciones que incurren en un salto ilógico.

Asimismo en la EM, los motivos sobre el tema resultan ser "superemotivos"; por no estar inscripta: la "sociedad en formación" es tachada de irregular. Con personalidad, sí, pero precaria y limitada. Dícese no se trata de sociedades nulas; nos consuelan con que pueden ser rescindibles. Mas la estimativa las encaja en una categoría de sociedades viciadas: "afectadas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por vicios en la constitución" nada menos. Empero, poco antes, se reconoce que la famosa inscripción - origen y causa de todos los males, si falta - se realiza "sin efectos saneatorios".

Todas esas anomalías y vicios que se desarrollan principalmente en seis de los trescientos setenta y tres artículos (21/26) y sólo ocupan dos escasas páginas de la EM, si bien se hallan necesariamente conectados con otros contextos de la ley, tienen una sobrecarga emotiva muy importante: se trata, nada más y nada menos, de un período que transitan, sin excepción, todas las sociedades que se constituyan según la ley. Pero debe rechazarse la idea de que durante él, necesariamente acontezcan los males que se tratan como posibles y previstos por vía de excepción por el legislador: los intérpretes no deberían extraer conclusiones generales de lo mismo que el legislador y la ley prevén como raro suceso.

3. Salto ilógico

Y allí está la enormidad. Si bien la ley debe marcar las posibles infracciones y prever la sanción correspondiente, el intérprete no tiene por qué seguir ese CAMINO DE POSIBILIDADES NEGATIVAS COMO SI FUERA EL ÚNICO Y COMO SI EXISTIERA EN TODOS LOS CASOS, YA. LA POSIBILIDAD NO DEBE SER TRATADA COMO SI FUERA UN HECHO CONSUMADO. De la posibilidad no emerge necesariamente la realidad; lo que está en potencia no necesariamente desemboca en acto y mucho menos cuando existe la alternativa normal, frente a la anómala.

En la instancia de la plurilateralidad, el período llamado en formación, es excepcional en la vida societaria. Normalmente, si los socios o las circunstancias no son patológicas, la sociedad constituida instrumentalmente realiza los actos necesarios para regularizarse, como la inscripción, y al mismo tiempo celebra la tupida red de negocios de que habla Vivante (EM). Creo que, parodiando a Pascal, podríamos decir que "las leyes económicas se rigen por normas que las normas jurídicas muchas veces no comprenden y menos comprehenden".

La misma falta de lógica que consiste en transitar de lo posible a lo real: es decir, de la gnoseología a la ontología, del mero concepto al objeto mundanal, parece contradecir una de las normas de mayor relieve que existe dentro de la propia ley y que aprecio como foco iluminador de todo el articulado y de sus interpretaciones. Para quienes quizá estimen que - como entre nosotros se estila - estoy payando un poco, vaya la figura de "el buen hombre de negocios".

4. El buen hombre de negocios

Artículo 59: Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Primero habla del "buen hombre de negocios" y le atribuye lealtad y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diligencia porque eso es lo normal. Y aquí formulo una pregunta a cualquier notario: ¿cuántas sociedades "en formación" que ante él se instrumentan tienen buenos hombres de negocios? ¿Son más por ventura aquéllas en que actúan los irresponsables, precisamente durante el período auroral de la affectio societatis? ¿No es cierto que aun pensarlo es totalmente absurdo?

También la norma se refiere luego a los que infringen la lealtad y la diligencia que, por supuesto, son muchísimos menos. Pero precisamente por la disonancia llaman la atención escandalosamente porque en la práctica son incorrectos hombres de negocios cuando no bandas organizadas. Hoy, 1980, la caída de alguna financiera o bancos, ¿nos deben hacer perder - aun a nosotros - la noción de que la vida, inclusive la jurídica, es millonaria en cumplimientos correctos y limitada en infracciones? Creo no equivocarme si afirmo que en la realidad vívida de nuestras notarías, por más que la norma legal les encaja el sambenito de irregular, el noventa y nueve por ciento de las sociedades son integradas con buenos hombres de negocios: leales y diligentes según lo demuestran los hechos y conductas, que prueban la excepcionalidad de las posibilidades abstractas previstas por la ley para los menos.

Por su lealtad, normalmente ninguno de los socios exige la disolución de la sociedad, ninguno asume representaciones que no ha convenido con los demás en el propio contrato, ninguno piensa en invocar defensas ni derechos contra los demás ni contra la sociedad. Pero el uno por ciento, sí lo hace, y entonces contradice el fin buscado: ¿quería constituir una sociedad o no? Quizá se vea obligado a hacerlo: "puede" haber causas patológicas excepcionales; de ellas trata la ley.

Por su diligencia, ningún socio le teme a la obligación solidaria que contrae por las operaciones sociales, ya que su protección no deriva de la ley y de sus brazos caídos, sino de su propia conducta, embebida en la buena fe contractual que los otros socios apoyan. Pero alguno puede tener mala fe y entonces cabrá utilizar todos los medios que la norma dispone para tales casos excepcionales. Lo que no se entiende es la disyuntiva: ¿los administradores y representantes tienen que esperar a la inscripción para ser leales y diligentes? ¿Y antes de la inscripción pueden ser desleales y negligentes?

En resumen: sobre cien sociedades correctamente constituidas, por instrumento público o privado, las previsiones de los arts. 21/26 sólo alcanzan a una ínfima proporción (lamentablemente la única que se conoce en tribunales). Por empezar ha de suponerse que el período de inscripción debe ser breve; y aun cuando fuera extenso, por causas que no dependen de los socios, sus conductas personales seguramente no variarán: en mi estima, primero son personas y luego socios.

Además, si los fundadores son personas racionales, movidos por una causa - fin y con cierta affectio societatis, sólo un enfermo va a pedir la disolución, sólo un inconsciente va a asumir una representación que no le compete; sólo un irresponsable va a faltar a sus obligaciones. Pero esto también podría estar justificado en un ínfimo porcentaje. Sin contar, a su vez, que lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se imputa a anomalía, podría resultar en algún caso una ventaja, constituyendo una excepción de la excepción, como veremos más adelante. Y si los administradores y representantes de la sociedad obran con la lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, ¿qué miedo puede tener al cuco de la responsabilidad ilimitada y solidaria, qué consecuencia trastornante puede traer la "fatídica irregularidad", qué vicio formal es éste que en apariencia es eliminado por una inscripción que muy luego se reconoce no tiene efectos saneatorios?

5. Desarrollo de esta monografía

Voy a tratar el tema que llamo "Capacidad de la sociedad con inscripción en formación (INEF)", en estos capítulos:

I. Breve comentario de la Sección IV (arts. 21/26).

II. La sociedad irregular tiene existencia, personalidad y capacidad.

III. Se halla legitimada para los actos necesarios de la inscripción y para los actos voluntarios sobre operaciones sociales.

IV. El tipo, la responsabilidad y la inscripción no se hallan ligados.

V. Registros: a) actos necesarios ante los órganos administrativos; b) inscripciones de dominio sobre aportes y operaciones sociales; c) voluntad dispositiva de la sociedad regularizada y de la irregular.

VI. Conducta del notario en actos anteriores a la regularización.

CAPÍTULO I. BREVE COMENTARIO DE LA SECCIÓN IV (21/26)

La sección IV, del capítulo I LS, tiene como título "De la sociedad no constituida regularmente" y abarca los arts. 21 a 26. Me permitiré reproducir y comentar brevemente cada uno de los artículos, formulando consideraciones que servirán para aclarar el panorama.

6. Artículo 21: Sociedades incluidas

"Las sociedades de hecho con un objeto comercial y las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección".

No me voy a referir a la encarcelación promiscua con las sociedades de hecho, las no regularizadas y las irregulares: conceptos y situaciones totalmente distintas, consecuencias diferentes. En algún momento el legislador deberá contemplar "el arduo problema" (EM), pero diferenciándolas. Dejo de lado las de hecho porque no interesan.

Se afirma quedan sujetas a esta sección "las sociedades de tipos autorizados que no se constituyen regularmente"; el art. 7º expresa que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción; luego debe concluirse que la sociedad del art. 21 no está inscrita (no es, por supuesto, la única causa de irregularidad).

La EM informa integran una categoría de sociedades viciadas en su forma, cualquiera haya sido el tipo que los constituyentes hayan querido adoptar y que el fenómeno de irregularidad se presenta en la sociedad constituida conforme a alguno de los tipos permitidos, pero afectada por vicios y la constitución.

Podemos advertir varias cosas: a) la forma y los vicios formales; b) constitución, y c) tipo.

a) Forma y vicios formales: cuando se habla de forma entiendo los aspectos formales (art. 973, Cód. Civil) y no a los tipos; es, a saber, lo relativo a la instrumentación, pública o privada, a los procedimientos ante la autoridad de control, del registro, la publicidad y la inscripción.

¿A cuál de estos aspectos formales citados se refiere el artículo comentado? Estimo que la hipótesis contempla exclusivamente a la inscripción, porque el texto habla de la sociedad no constituida regularmente y aquélla regulariza.

Este vicio, por defecto o carencia, provoca positivamente las irregularidades de que hablan los artículos siguientes. ¿Pero afectan ellas la constitución instrumental de la sociedad? ¿La falta de inscripción impide la tipificación?

b) Constitución: al parecer, cabría admitir dos factores de la constitución: el instrumento del art. 4º y la inscripción del art. 7º. Por hipótesis se presume que el instrumento carece de problemas. Pero la falta de inscripción, según la EM, fija vicios en la constitución de la sociedad.

Ahora bien, ¿la inscripción es constitutiva? La EM, al referirse al art. 7º (II, 1 - 2) menciona el carácter constitutivo de la publicidad y el control de legalidad. Mas en ese mismo lugar, dícese que no tiene efectos saneatorios de modo que podría haber contradicción. Una sociedad nula en el instrumento, podría inscribirse sin por ello eliminar la nulidad (conc. art. 4º, ley 17801). ¿Qué carácter constitutivo tiene entonces?

Aun admitiéndolo, veremos cómo los efectos de la regularización que elimina los vicios imputados en la sección, no tocan ni la persona de la sociedad, ni su tipo, ni uno solo de los elementos constitutivos e integrantes de la validez, puesto que la inscripción sólo se refiere a la eficacia, la cual está fuera de la constitución y posterior, inclusive en su tiempo.

c) Tipo: sobre la base del art. 38, comenzó afirmándose que la sociedad estaba en formación; luego se admitió tenía personalidad, capacidad, legitimación, pero últimamente se afirma que lo que está en formación es el tipo, lo cual no es menos erróneo.

Este artículo que comentamos trata de las sociedades "de los tipos autorizados que no se constituyen regularmente"; hemos visto que el concepto de no regularidad se liga exclusivamente con la falta de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inscripción y no con el tipo.

Por otro lado, las que no se constituyen regularmente: o sea que les falta la inscripción, son sociedades según los tipos autorizados; si antes de la inscripción la sociedad no hubiera optado en concreto por alguno de los tipos, no sería irregular, sino nula (art. 17).

Y así como la sociedad no está en formación, tampoco el tipo: ¿por ventura, una sociedad anónima se constituye tambaleante, mejora su andar al salir de la Inspección General de Personas Jurídicas y camina erguida al retirarse del Registro Público?

7. Articulado siguiente. Postura inicial

En los artículos siguientes sabemos cuáles son las disposiciones a que se sujetan las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyen regularmente por falta de inscripción: a) cualquier socio puede exigir su disolución; b) los socios asumen responsabilidad solidaria por los negocios sociales y no pueden invocar el contrato no inscripto; c) cualquier socio representa a la sociedad; d) en sus relaciones entre acreedores sociales y de los socios, la sociedad se trata como regular.

Debo recordar, ante todo, que me he colocado en una posición determinada: la normalidad. Ello me lleva a ver la categorización de "irregularidad", "vicio formal", "precariedad y limitación" como situaciones peyorativas y perjudiciales efectivamente para quienes, en calidad de fundadores y representantes, constituyen la sociedad para ocultar sus aviesas intenciones, desviando entonces el fin permitido por la misma normativa en el concepto de sociedad (art. 1º). Por otro lado, jamás se ha sabido que ninguna norma trate de negocios no permitidos.

Cualquier negocio jurídico - como tal y por su propio concepto negocial - debe ser correcto. En resumen, no hay negocios antijurídicos; sería totalmente absurdo que las leyes se refirieran a ellos. Sólo mientan conductas, rectas o de entuerto, de quienes los realizan. Ello favorece mi posición de normalidad y coloca a la consideración de lo incorrecto en su real ubicación de excepcional.

Más aún, habremos de ver que alguno de los artículos que pudiera tomarse en sentido peyorativo, en ciertos casos puede convertirse y extraer de él mensajes sumamente positivos, que coadyuvan realmente a la consecución del fin propuesto por los socios al ligar sus voluntades en el negocio plurilateral y los protegen efectivamente a ellos y a la sociedad, sin por ello perjudicar a los terceros.

Mis argumentos surgen de la propia norma legal y de la exposición de motivos (EM) por la elaboración de los elementos válidos que en ellos hay. Por vía de contradicción se probarán algunos, pero la secuencia lógica del defecto imputado también constituirá la base de algunos razonamientos no menos importantes.

8. Artículo 22: Retiro de los socios

"Cualquiera de los socios puede exigir su disolución. Esta se producirá a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

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. La liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley".

La EM afirma el reconocimiento de personalidad a las sociedades irregulares; pero les imputa precariedad, porque habrán de disolverse cuando cualquiera de los socios lo requiera. Recordemos que nos encontramos con sociedades no constituidas regularmente por un vicio formal: falta de inscripción en el Registro Público de Comercio.

Consideramos: a) exigencia de disolución; b) inscripción y liquidación.

a) Exigencia de disolución: debe presuponerse es excepcional; si los socios fundadores son personas racionales (repito lo de más arriba) movidos por una causa fin y con cierta affectio societatis sólo un enfermo va a pedir la disolución. Pero, aunque raramente, también lo puede haber.

Dicen algunos autores, al respecto, que ese socio no tiene por qué justificar la exigencia de disolución, a la cual el juez debe acceder sin investigar las causas. Parece que esa posición no se encuentra muy fundamentada: va contra la razonabilidad del sistema.

El artículo 16 - 1 expresa que la nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato con la excepción que indica. ¿Puede admitirse que la nulidad del vínculo: un contenido sustantivo, tenga efecto menor que un vicio formal como es la falta de inscripción?

El art. 16 - 2 afirma que si la sociedad tuviere más de dos socios, será anulable cuando los vicios afecten la voluntad de socios con mayoría del capital. Así, una sociedad, anulable por vicios de fondo, exige mayoría de capital, y una sociedad irregular por un vicio formal falta de inscripción, ¿puede ser disuelta a pedido de uno solo y sin indicación de causa?

Advirtamos que el derecho comercial siempre ha hecho gala de que su sistema específico atribuye un valor relativo a las infracciones formales. Con todo, la EM afirma se ha querido establecer la importancia de las formas para la determinación del régimen aplicable (IV, 1).

Pero esa misma EM, en sección III, 1, sobre el art. 17 expresa busca asegurar la vigencia del principio de conservación de la empresa (art. 100 LS), en la convicción de que no importa ventaja alguna impedir la subsanación de la falta, mientras no medie impugnación judicial.

¿Por qué? Porque la solución contraria - sigue diciendo - pecaría de antieconómica, toda vez que no conjugaría los distintos tipos de intereses que convergen en el fenómeno societario y que deben ser tutelados coherentemente.

Por esa misma coherencia, pienso que quizá sería mejor admitir la separación del socio, desvinculándolo con la percepción de su parte. Además, ¿su voluntad será suficiente para rechazar la decisión de los que quieran proseguir con la sociedad? ¿Y éstos no exigen tutela?

Por último, el art. 19 protege la buena fe del socio que no interviene en actividad ilícita; pero un socio con mala fe ¿podría pedir la disolución de una sociedad no inscrita, porque no debe justificar la causa de su exigencia?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Inscripción de disolución y liquidación: sólo surte efectos frente a los terceros cuando previa publicación, en su caso, se inscriba; es decir, queda eliminada la irregularidad, pero a un solo efecto: la liquidación. De repente aquella sociedad precaria adquiere "personalidad", rigiéndose por las normas de su tipo en cuanto compatibles (art. 101).

Esta sociedad - con tipo en formación según algunos - que sólo ha superado la irregularidad para inscribir la disolución, en la etapa de liquidación reconoce el tipo que, por supuesto, se halla en el instrumento, y no en la inscripción.

Surge ello en forma clara del art. 22 que comentamos el cual asevera que la liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley. De repente el contrato que - según art. 23 - no puede invocarse entre socios ni con terceros, hace aparecer derechos y defensas para la liquidación.

La precariedad establecida en la EM por la posibilidad de exigencia de disolución, aceptada por todos en forma lisa y llana, después de criticar ese concepto, también la debo aceptar: pero realmente, no considero sea actitud normal y tampoco la veo funcionando en el ámbito notarial; cualquier divergencia inhibe al oficial público.

Además el art. 22 en forma excepcional confiere a cualquier socio la posibilidad. De allí no podemos inferir que, en concreto, la sociedad con INEF que acude a mis servicios de asesoramiento y funcionales se halle en la hipótesis prevista en forma patológica.

9. Art. 23. Responsabilidad de los socios y quienes contratan por la sociedad

"Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones que se fundan en el contrato social".

Acción contra terceros y entre socios. "La sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social, pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados".

Este es uno de los artículos que según la EM fija la personalidad en forma limitada, ya que la sociedad no constituida regularmente no produce los efectos normales, reducidos todos, en este caso, a la responsabilidad solidaria. Es decir, se ha conectado directamente el tema de la responsabilidad con la inscripción.

Vamos, pues, a ver estos puntos: a) la inscripción no libera de la responsabilidad solidaria; b) ni la sociedad ni los socios pueden invocar el contrato; c) la sociedad ejerce derechos derivados de los contratos que formalizara.

a) La inscripción no libera de la responsabilidad solidaria: muchísima parte tiene en toda la construcción que impugno esta responsabilidad personal y directa, solidaria e ilimitada; concedo que al regularizarse por la inscripción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la responsabilidad es subsidiaria.

Pero atribuir limitación a la personalidad de la sociedad, o a su capacidad, o a su legitimación o inclusive a su tipo, porque al realizar actos del objeto y operaciones sociales, los socios contraen responsabilidad e ilimitada - siendo así que algunas sociedades, debido al tipo se la atribuyen - es sostener que la inscripción libera de esta responsabilidad.

Y no es así: El art. 184 - 1, dentro de las SA, que podemos aplicar también a otras, dice: inscrita la sociedad, los promotores, fundadores y directores quedan librados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución.

Pero el 184 - 2 afirma claro: 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.

Esta segunda parte muestra, a carta cabal, la afirmación de la tesis contraria a la que generalmente se sustenta, ligando dos temas que no tienen que ver entre sí: responsabilidad e inscripción. En otro capítulo, veremos que menos tiene que ver con el tipo de sociedad.

La EM sostiene que la falta de inscripción disminuye la personalidad social por no ser plena y no producir los efectos normales, tales como limitar la responsabilidad, p. ej., de los socios de una SRL. ¿Pero por ventura esta responsabilidad de los socios de una SRL queda fijada una vez inscrita la sociedad, porque tiene ese tipo?

No es así: los administradores y representantes que faltan a sus obligaciones en general (art. 59) y los socios de una SRL que omitan consignar SRL (sigla o in extenso) se hacen responsables ilimitada y solidariamente por los actos celebrados en esas condiciones (art. 147). Téngase presente: ¡la última, una omisión formal!

Así que precisamente la responsabilidad solidaria e ilimitada que recae sobre los representantes que actúan en actos no necesarios para la inscripción, sigue existiendo luego de ésta y, después, es posible caigan, a pesar de la inscripción. En definitiva, debería reconocerse que la inscripción no tiene que ver con la responsabilidad.

b) Ni la sociedad frente a los socios y a la recíproca, ni los últimos entre sí pueden invocar derechos o defensas nacidos del contrato. Este es un principio fundamental y característico de la LS, que se aparta de normas registrables.

Me coloco en la hipótesis de la instrumentación pública para hacer ver con mayor agudeza el problema. Advirtamos lo siguiente: a fuerza de hablarse de derecho registral y del registro de la propiedad, del automotor, de aeronaves, etc., los notarios - no importa otros - hemos perdido la noción vital de que los nuestros también son registros(*) (427). Y son fundamentales porque derivan del principio de registro.

Debido a esta circunstancia, el art. 20, ley 17801 dice que "las partes, los herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documentado se considerará registrado".

¿Qué pasa con los contratos sociales no inscritos? En caso de problema no pueden invocarse los derechos y defensas emergentes entre sociedad, socios y de éstos frente a terceros. El legislador, a toda costa, quiere que la responsabilidad sea solidaria e ilimitada: ninguna cláusula que la disminuya, ningún artículo que defienda son invocables.

Esto constituye una excepción al art. 20 de la ley 17801 y, en particular, al principio de registro.

c) La sociedad ejerce los derechos derivados de los contratos: una vez asegurado el sistema de responsabilidad de la sociedad y de los socios entre sí y frente a los terceros, por la inoponibilidad derivada de la falta de inscripción del instrumento social, la norma resguarda los derechos emergentes de los contratos celebrados porque a éstos sí se les aplica el art. 20, ley 17801.

Así, p. ej., una sociedad inmobiliaria podrá iniciar juicio por escrituración de una finca según boleto suscrito; la que vendió con crédito hipotecario podrá ejecutarlo; si entregó materia prima o elaborada podrá exigir su pago; si es constructora y enajenó un edificio podrá exigir judicialmente el cumplimiento del contrato.

Pero, a pesar de ello, estimo que no se podrá defender ni atacar simplemente una sociedad no inscrita que celebre contratos fuera de los límites precisos y determinados que fija su objeto social, porque si el art. 58 se aplica a sociedades inscritas, estimo que con mayor rigor corresponde a las sociedades no inscritas, que realizaren contratos y actos notoriamente extraños al objeto social.

Adviértase de paso cómo este artículo se refiere a los contratos celebrados por la sociedad que, precisamente por hacerlo, se convierte en irregular al no estar inscrita. Eso significa que - salvo la seguridad de la responsabilidad ilimitada y solidaria - no existiría norma restrictiva de operaciones sociales, excepto las que surjan de su propio objeto.

Si la ley de sociedades se ha fundado en jurisprudencia y doctrina, puedo invocar una sentencia de casi 40 años que me parece significativa: "El art. 296 C. Com. que regula el funcionamiento de las sociedades irregulares no ha creado un régimen especial para ella, sino en lo que se refiere a la posibilidad de la resolución del contrato, su responsabilidad frente a tercero, etc. Fuera de estas situaciones de excepción expresamente previstas en la ley, las sociedades irregulares se hallan sometidas a los mismos principios que las sociedades regulares en todo lo que no se oponga a su naturaleza y régimen propio (Cám. Com. Cap., 29/9/942, L.L., 28 - 134).

10. Artículo 24: Representación de la sociedad

"En su relación con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad".

La EM describe esta posibilidad como otra de las limitaciones a la personalidad societaria, irregular por falta de inscripción, que le impide

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

producir la plenitud de sus efectos normales.

En primer lugar, cabe advertir que la EM es de toda la ley y no sólo de sectores determinados, a menos de incurrir en contradicción; porque la imputación peyorativa que se hace para la sociedad no inscrita, resulta ser la virtualidad propia de esa misma sociedad cuando está inscrita, al menos en algún tipo.

Así, p. ej., en la sociedad colectiva - si no hay regulación al respecto - la administración compete a cualquier socio indistintamente; la de capital e industria tiene el mismo régimen, pues a aquélla se remite. En ambas, antes y después de inscritas, cualquiera de los socios representa a la sociedad, como dice el art. 24 para las irregulares (arts. 127 y 143).

Lo que la EM considera anomalía resulta ser lo normativo en estos tipos, no ya antes sino después de la inscripción, cuando la sociedad está regularizada. Y no se entiende por qué, si la representación es exactamente igual, antes de la inscripción no se producen los efectos normales, y después de la inscripción, éstos son normales, cuando no hay diferencia ninguna (salvo directa o subsidiaria).

Se nota que el legislador está pensando en cierto tipo de sociedad como podría ser la SRL, la SA, la SCA lo cual es una prueba más de que mentalmente el legislador ha admitido que el tipo existe antes de la inscripción, constituido ya en el propio instrumento.

Además, juzgando con mentalidad normal, deberíamos estimar que si la pluralidad de administración y representación puede ser inconveniente cuando no se entienden, en apariencia resulta más beneficiosa la situación para los socios integrados entre sí porque se puede dividir y distribuir el trabajo.

¿En cuántas oportunidades ante notario se presentan el presidente de SA, gerentes de SRL y socios comanditados de una SCA y nombran apoderado general para actos de administración, o especial para acto de disposición, ampliando así sus posibilidades de gobierno societario?

En una sociedad de dos personas, ¿qué ocurre si uno de los socios se enferma, debe viajar o se encuentra imposibilitado para un acto inmediato, necesario y concreto? Si se entienden bien - por algo son socios -, ¿qué impedimento hay? Menos mal que el otro - conforme al art. 24 - puede representar a la sociedad. Y si el representante legal puede designar mandatario (167 - 4), ¿por qué el otro socio - que no es representante estatutario - no puede utilizar esta otra representación "legal" que le da el art. 24? ¿O por ventura no es otra representación legal para los casos específicos que la norma indica?

Se dirá que afecta el principio de organización interna que debe existir en toda sociedad; pero recuérdese, esta representación por cualquiera de los socios acontece durante un período que debe estimarse corto y más que estimarse provocar sea corto.

Si llegamos a una interpretación coherente, entiendo que mirada la norma desde un punto de vista positivo, el artículo 21 está diciendo que la administración de cualquier sociedad es solidaria e indistinta y que por ello, cualquiera de los socios es "representante legal", mientras la sociedad no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esté inscrita. Así como la norma la estima inconveniente para los casos anómalos, para los normales es ventajosa.

11. Art. 25: Prueba de la sociedad

"La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba - dice la EM - con sujeción al derecho común".

Me interesa destacar un solo aspecto: "existencia de la sociedad": en lo notarial no hay problema: estará documentada, bien en ámbito privado, bien en público.

Cuando se tratare de sociedad de hecho o de sociedad accidental o en participación no hay requisitos formales, de modo que puede faltar la instrumentación. ¿Es posible se haya dudado de la firme constitución de la personalidad de las instrumentadas, o sea probadas, y pueda llegarse a determinar la personalidad y existencia de aquéllas con prueba por acreditarse?

¿Cuál es el motivo fundante de este artículo? La posibilidad de escapatoria que tiene la sociedad de hecho, porque "podría acontecer que al no darse alguna de las formas establecidas, quedaran excluidas de las sanciones de la ley de sociedades que por su objeto fueran de naturaleza mercantil" (EM y art. 21). En vez, de este modo quedan insertas en este único lugar de la ley, también indocumentadas, si no fuera por la referencia que hace la EM.

12. Art. 26: Relaciones de los acreedores sociales y de los particulares de los socios

"Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratare de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración".

La norma es correcta aunque el último inciso ha traído sus dudas y diversas son las interpretaciones. Me interesa ponderar dos cosas: a) el tratamiento de la sociedad como regular y b) los bienes registrados.

a) Tratamiento de la sociedad como regular: afirmaba en la introducción la existencia de una "mentalidad peyorativa" que, en relaciones determinadas, para salvar a los terceros, a la sociedad motejada de irregular o no regularmente constituida por a ley, se la considera, por esa misma ley, como regular.

Esta norma excepcional se justifica porque los acreedores no tienen por qué cargar con la consecuencia de la irregularidad, sobre todo cuando no tengan modo de solucionarla: por ello la previsión es totalmente correcta.

La situación informada elude prácticamente al espíritu de todo el texto y contexto de la ley: la sociedad se considera regular a efectos determinados, pero esa regularidad no le deviene de una inscripción, sino de la posición de los acreedores frente a socios y sociedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Bienes registrados: tal categoría de bienes constituye, a su vez, una excepción dentro de la excepción anterior y parece lógica. En efecto, los bienes cuyo dominio se halla registrado no ofrecen dudas, acerca de su titularidad: o son de la sociedad o son de los socios. En consecuencia, están en un patrimonio determinado.

El problema para mí se plantearía en la posición de algunos autores sobre el art. 38 - 3: dicen que no quedan transferidos a la sociedad definitivamente, sino con inscripción provisoria que debe renovarse cada 180 días, y que inclusive está pendiente de la efectiva "constitución o formación" de la sociedad por medio de la inscripción.

Esta postura viene a complicar mucho más las cosas porque, debido a la falta de inscripción definitiva del dominio y del título traslativo, la situación que prevé el art. 26 podría ser injusta.

En efecto, el acreedor societario considera hallarse garantizado con el aporte del inmueble realizado por Juan Pérez, en la creencia de que la sociedad es la titular definitiva. Pero el acreedor particular de Juan Pérez estima como garantía ese mismo inmueble que, por tener inscripción provisoria todavía, no salió del patrimonio de Pérez, según intentará probar su acreedor particular, a la espera del día 181.

Con tal modo de interpretar y para la hipótesis del art. 26 final, la pregunta sería ésta: ¿quién es el titular del inmueble? Y a renglón seguido esta otra: ¿qué seguridad ofrece el derecho en situaciones de esta índole, derivadas de interpretaciones que no solucionan nada?

13. Conclusiones

Artículo 21: La no regularidad se imputa por vicio de forma, de carácter negativo consistente en la falta de inscripción de la sociedad; no pareciera que la inscripción constituya a la sociedad; tampoco tiene que ver con el tipo, los cuales se encuentran debidamente formados antes de aquélla.

Artículo 22: La exigencia de disolución es un hecho excepcional. Debería exigirse justa causa para acordarla. Nulidades que afectan al fondo son tratadas conforme al principio de conservación de la empresa; no se ve la razón de distinto tratamiento ante un vicio formal, al menos en derecho comercial. Por el mismo motivo, debe preferirse la separación del socio que quiere retirarse y no la disolución. Por último es necesario proteger la voluntad de quienes quieran proseguir la sociedad y no despreocuparse de la mala fe, posible en el peticionante. La sociedad con disolución inscrita sólo tiene personalidad para liquidarse, como cualquier otra que se liquida, regular o no; en la medida compatible se realizará según el tipo preexistente en el contrato instrumentado.

Artículo 23: La inscripción no libera de la responsabilidad solidaria e ilimitada porque nada tiene que ver con ella. Después de inscrita la sociedad, la responsabilidad anterior prosigue respecto de los fundadores y arrastra la de la sociedad por las operaciones sociales realizadas antes de la inscripción; cualquier socio puede incurrir en responsabilidad solidaria e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ilimitada, después de inscrito el contrato, y aun fuera aquella limitada. El hecho de que ni la sociedad frente a los socios y a la recíproca, ni éstos entre sí, puedan invocar derechos o defensas nacidos del contrato que ellos otorgaron, constituye una excepción al principio de la registración entre los propios documentadores. Aunque los socios contraigan responsabilidad ilimitada y solidaria y por más irregular que fuera, la sociedad ejerce los derechos derivados de los contratos que ha realizado válidamente con los terceros, lo que prueba tiene capacidad, goza de personalidad, su patrimonio es independiente de los socios y puede demandar y ser demandada, como una sociedad regularizada por la inscripción.

Artículo 24: Durante el período de irregularidad, cualquiera de los socios representa a la sociedad; esta norma se aplica también antes y después de la inscripción a las sociedades colectiva, de capital e industria, (127 - 143), sin que por ello quede limitada la personalidad social. La pluralidad de la representación - si se cumple orgánicamente y como debe suponerse en lo normal - resultaría ser una ventaja en ciertos casos y no a la inversa; además abre posibilidades de continuidad en las sociedades de dos socios. Finalmente, nadie suele invocar cargos que no tiene, a menos de proceder incorrectamente.

Artículo 25: Este artículo muestra siempre que la existencia es anterior a la prueba al menos en orden lógico; en lo óntico se confunden (ídem est esse ac probare). La norma tiene su motivación en las posibles irregularidades de la irregular sociedad de hecho.

Artículo 26: Considera a la sociedad como regular en la situación excepcional de choque de intereses entre acreedores de la sociedad y particulares de los socios, norma que protege a los terceros de modo efectivo contra aquéllos, en las situaciones conflictivas que se produzcan. Los bienes que tienen el dominio registrado no ofrecen dudas en cuanto a la titularidad registral derivada de actos extrarregistrales; por la inscripción el Registro de la Propiedad realiza publicidad y oponibilidad contra terceros, acreedores o no. La posición acerca del art. 38 - 3 LS que considera corresponde inscripción provisoria y no definitiva complica enormemente las cosas en la hipótesis del artículo, es a saber: entre acreedores sociales y de los socios, por más regular que se la considere a ciertos efectos.

DE TODO ESTO CONCLÚYESE: Que el legislador ha previsto situaciones anómalas que, en el curso de los días y dentro de la rutina ordinaria de comportamiento, no se dan por ser excepcionales. Pero ninguna sociedad - salvo la de hecho y la accidental - escapa a la obligatoriedad de la inscripción.

En consecuencia, el intérprete se ha visto presionado en su pensamiento desembocando en concepciones que aumentan todavía más el problema, en vez de simplificarlo. Además, no entiendo por qué se ha tratado esta sección IV como si fuera una isla y no una península; el período que media

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

entre la constitución instrumental y la inscripción debería ser estrecho y corto. Quizá debemos admitir que más que las interpretaciones fuera bueno y saludable buscar afanosamente y propiciar toda medida que contribuya a una eficaz y rápida entrada al continente de la vida regularizada.

CAPÍTULO II. EXISTENCIA, PERSONALIDAD Y CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD INEF

Este capítulo está dedicado a probar, en la medida posible, que la sociedad con inscripción en formación (INEF), antes de ésta, existe, revela personalidad e igualmente la capacidad que le corresponde y que no se encuentra limitada ni es precaria, al menos en el sentido indicado por la EM.

14. Existencia de la sociedad con INEF

La EM (1, 2) declara haber adoptado la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica en el sentido de que, superando los derechos constitucionales, la sociedad constituye una realidad jurídica, medio técnico para realizar el fin lícito propuesto.

Simultáneamente cabe recordar que toda interpretación o ley que impone una constitutividad a requisitos que no advienen simultáneamente sobre las declaraciones de voluntad de las personas escapan bastante a la realidad jurídica.

Por ejemplo: la inscripción constitutiva de título del registro automotor: cuántos automotores siguen a nombre de Juan Pérez o Manuel González, que se han vendido ya varias veces. Otro tanto cabría decir del registro de sociedades, e inclusive con mayor razón porque tiene menos fuerza que el primero.

Excluyendo a las sociedades de hecho y las accidentales o en participación, las demás precisan de la instrumentación para constituirse. Esa instrumentación sí tiene carácter sustantivo y, aun cuando sea derecho formal, produce consecuencias en el ámbito del derecho material y procesal.

El instrumento privado o público - que Carnelutti y algunos autores estiman es sólo ad regularitatem - también parece ser ad entem constituendum. Así surge de la norma comercial (4 LS); además lo comercial sigue los fundamentos de la norma civil, que, afirma, todo hecho voluntario es tal cuando se exteriorice (913, Cód. Civil).

La exteriorización de la voluntad es formal cuando su eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de voluntad (916, Cód. Civil) y la recordada norma comercial exige la instrumentación privada o pública y es tan necesaria que la sociedad se inscribe porque se exterioriza en un instrumento (7 LS).

Es necesario tener presente que, en realidad, en los registros se asientan los derechos pero no porque el registrador los haya percibido o haya intervenido frente a los socios, en el caso, sino porque se hallan en un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documento portante: los registros en definitiva y como dice Núñez - Lagos son mundos de papel, no de voluntades directas.

Hasta la instrumentación podría ser sólo sociedad, p. ej., civil; para que tal sociedad sea comercial debe adoptar uno de los tipos previstos en la ley. Esta adopción tipificante es lo que inserta a la sociedad en el ámbito comercial, pues inclusive las asociaciones quedan sujetas a las normas societarias con la adopción del tipo (1 y 3 LS). Pero la adopción surge clara y precisa, constante y constituida por un instrumento privado o público.

Cierto es que el artículo 25 establece que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba; pero - como hemos visto - la norma prevé el caso para las sociedades de hecho; no es aplicable, por supuesto, a las que tienen instrumentación porque ésta es la prueba evidente. La situación varía, sin embargo, entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa. Hay un distingo importante que no es sólo mental, tiene consecuencias prácticas. El aforismo citado antes dice: *Idem est esse ac probare*: ser y probarse es lo mismo; en contradicción está el otro: *Idem est non esse ac non probare*: es lo mismo no ser que no probarse.

En jurisdicción voluntaria la distinción es mental: la existencia es primero y luego se prueba; es decir, porque la sociedad existe por eso se prueba. En lo óntico, la prueba, sobre todo si es instrumento notarial, muestra la existencia y la constituye en sí y por sí. O sea, es realmente constitutiva.

En vez en jurisdicción contenciosa es al revés: porque se prueba, existe. Entiéndese más fácil en penal: desde el indicio podemos concluir el delito. En lo comercial, el planteo del artículo 25 se hace precisamente para las entidades que no están documentadas ni exigen inscripción; por eso mismo: "porque se prueba, habrá sociedad de hecho".

De modo que, en mi estima, con las formas *ad regularitatem* no se ha abierto una nueva especie, sino una calificación más de las formas de ser y formas de valer: hay algunas de éstas, que añaden la regularidad.

El instrumento de la forma comercial (4 LS) es constitutivo de la sociedad: en consecuencia, la sociedad existe precisa y vitalmente con ese instrumento. Si le agregamos la inscripción, le habremos añadido la forma *ad regularitatem*, es decir, la sociedad se regulariza a ciertos efectos limitados a la oponibilidad frente a terceros.

¿Qué conclusión se colige de todo esto? Si la inscripción fuera constitutiva y diera existencia a la sociedad, ¿cómo sólo se dice que regulariza?

¿Qué es lo que regulariza sino algo anterior? ¿Qué ficción jurídica es, no ya realidad, la que surge del artículo 7 interpretado como constitutivo, cuando es sólo calificativo: y sólo añade forma de valer?

"La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción": la regularidad es sólo una calidad que se atribuye a un ente que debe servirle de sustrato. De lo contrario la expresión lingüística incurre en contradicción gnoseológica. Nunca podría regularizarse algo que no exista.

En la EM (II, 1 - 2) dicese que esa regularización se realiza en razón del carácter constitutivo que en materia de sociedades tiene la publicidad que se efectúa a través del registro, pero a renglón seguido se contradice al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afirmar que la inscripción no produce efectos saneatorios.

Luego si la inscripción no sanea las nulidades que pueda tener el instrumento y el acto constitutivo, es indudable que, a pesar de la inscripción que regulariza puede haber una sociedad totalmente irregular en sí, que no esté regularizada por la inscripción. En definitiva parece afirmarse lo siguiente: contra toda evidencia, la inscripción no puede regularizar una sociedad, irregular en su contrato.

Este reconocimiento es extraordinario por varios motivos: primero, porque es un argumento irrefutable contra el carácter constitutivo de la inscripción; luego, porque reconoce abiertamente que ni el juez ni el órgano de contralor pueden subsanar ninguno de los defectos del acto constitutivo que en - la hipótesis que me interesa - se realiza ante notario. ¿Y qué constituye entonces?

Y aquí surge lo interesante: normalmente se habla del órgano de contralor y del registrador como únicos controles de legalidad de aspectos fiscales, únicos legitimadores, únicos calificadores. ¿No se ha pensado que tanto uno como otro tienen ante sí un instrumento que precisó documentador? ¿Y ese documentador no ha tenido que calificar, legitimar, legalizar, exigir pagos impositivos? ¿Quién estuvo en el nacimiento de la voluntad con su mayéutica?

Luego: la sociedad existe por la sola existencia del instrumento, antes de la inscripción*(428).

15. Personalidad de la sociedad con INEF.

Se ha criticado, por cierto con toda razón, las expresiones de la EM referentes a la mal llamada sociedad en formación. En varios lados, se afirma que las sociedades no constituidas regularmente invisten calidad limitada y precaria (II, 1 - 2). En otra parte, con iguales calificativos dicese tienen personalidad, pero precaria y limitada (IV, 1 - 4); en oposición se informa que la regularidad depende de la inscripción y con ella se adquiere la personalidad plena (II, 1 - 2).

José Carlos Carminio Castagno ha precisado con toda exactitud que la personalidad se tiene o no se tiene: no puede cuantificarse. El mismo advierte que la capacidad reconoce dimensión variable, pero el accidente de mayor o menor capacidad, en nada altera la esencia de la persona. Parece que en derecho hay conceptos todavía no muy perfilados e inclusive que las especialidades - con razonable terminología propia - deberían inclinarse por la propiedad y claridad, so pena de producir confusiones.

No voy a repetir los argumentos del capítulo anterior, pero sí a recorrerlos brevemente porque en este punto cabe contradecir la precariedad y limitación atribuidas, desconociéndose el principio iusfilosófico de la personalidad que es una y no tiene medida.

La precariedad atribuida por el "posible" retiro de los socios es, en la realidad jurídica, absurda: con ese criterio, todas las sociedades, precisamente en sus comienzos, estarían basadas en la duda y desconfianza de sus integrantes: todas ellas nacen sin inscripción. Para el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

logro de un fin común, es imposible pueda ni siquiera pensarse en la constitución de una sociedad, donde con plurilateralidad contractual, se pretenda la unión de voluntades, si existiera de ordinario la inmediata "posibilidad" del socio disidente.

Por ello, debe rechazarse quizá como poco seria la imputación de precariedad que el intérprete recoge como si fuera real. Ajustándose a la realidad "posible" el legislador ha previsto la situación excepcional de falta de entendimiento, con una medida excepcional. Pero a menos de destruir todos los fundamentos teóricos y las razones vitales que las personas físicas tienen para constituir una sociedad como medio práctico para cumplir sus fines, el intérprete no debe admitir que casi todas las sociedades incurran en la hipótesis normativa. Es al revés, en casi todas las sociedades, ningún socio pide la disolución.

Dos serían las causas de la limitación de la personalidad: la representación por cualquier socio y la responsabilidad solidaria e ilimitada (RESOLI) contraídas por éstos en las operaciones sociales, sin poder invocar las limitaciones fundadas en un contrato no inscrito.

La posibilidad de representación por cualquier socio no limita en nada la personalidad: quiere decir, en todo caso, que el órgano de gobierno no es único. Esto que se imputa a desventaja en algunos casos puede ser ventajoso.

Por último la RESOLI la tienen algunos tipos de sociedades, antes y después de la inscripción. En los demás, si consideramos el fin práctico de la voluntad de los fundadores, no hay ninguno que la tenga en cuenta.

El legislador las ha previsto para casos excepcionales y anómalos. Pero el intérprete no tiene derecho para transportar esa RESOLI, aceptada de facto y sin discusión, por cada socio en la realidad, a la categoría de un inconveniente máximo para la personalidad de la sociedad.

Luego de la constitución instrumental existe: la sociedad y los socios. Hay varias personalidades diferentes: la sociedad como ente creado por la unión de voluntades, pero perfectamente diferenciado de aquéllos y cada uno de los socios que son entes personales físicos, distintos de la persona moral.

Atribuir limitación a la personalidad de la sociedad, porque la persona de los socios y la de quienes contrataron en nombre de la sociedad, asuman RESOLI constituye un transporte incorrecto de la imputación de un sujeto (persona física) a otro sujeto (persona jurídica).

Parecería que la EM de motivos va más allá: no sólo hay transporte, sino casi identidad por vaso comunicante: la persona social se encuentra limitada porque las personas físicas que la integran se encuentran limitadas: pero, ¿es que constituyen una sola persona?

Concluyendo: es válido afirmar que la mal llamada sociedad en formación por estar con INEF, goza de personalidad, a secas, sin más ni menos. Antes de la inscripción es un sujeto de derecho. Ese carácter es único y concluido: la que puede estar limitada es la capacidad que se desarrolla con el alcance fijado en esta ley (2 LS).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

16. Capacidad de la sociedad con INEF

La sociedad con INEF existe y, como sujeto de derecho, goza de personalidad. La ley y la EM nos han permitido descubrirlo: pero utilizando de trampolín los mismos inconvenientes marcados; lo que afirma la existencia y personalidad son aquellas anomalías y vicios que precisan de un sustrato sustantivo, so pena de rodear a un fantasma (suppositum legade).

Cómo se manifiesta esa personalidad en serie lineal tiene dos atributos fundamentales de expresión; uno es la capacidad, otro la legitimación. La primera es genérica y actúa en abstracto como posibilidad. La segunda es especial y puede obrar en concreto como realidad. De la capacidad mana la legitimación, como el torrente del hontanar primitivo.

José Carlos Carminio Castagno afirma que la capacidad es el ámbito asignado por el ordenamiento normativo a la persona para ejercer la función jurígena atribuida, consistente en participar en relaciones de derecho. Reiteramos expresiones del mismo: la mayor o menor capacidad en nada altera la esencia de la persona.

Desarrollamos este párrafo en tres contenidos: referentes a la capacidad: a) los del Código Civil; b) los de la ley 19550 y c) en particular, lo que brota de la sección IV en estudio.

a) Código Civil: Define a la persona como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (30). Es decir, se plantea aquí la "posibilidad" de hechos, actos y negocios jurídicos como aptitud de la persona para ser sujeto atributivo, lo que alcanza por la legitimación.

Distingue luego la norma dos clases de personas: las físicas y las jurídicas. Afirma, coherentemente, que pueden adquirir los derechos y contraer las obligaciones que este Código regla, en los casos, por el modo y en la forma que él determina (31).

Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes (31 y 33, II - 2), reputándose aforísticamente que la capacidad se presume y la incapacidad debe establecerse taxativamente, siendo aquélla la regla y ésta la excepción, por ser materia que interesa al orden público.

Más adelante explora y ejemplifica la capacidad al afirmar que respecto de los terceros, las personas jurídicas gozan en general de los mismos derechos que las personas físicas para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones o intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles y criminales e inclusive pueden ser demandadas y hacerse ejecución en sus bienes (41/42). Esto es: la persona respira capacidad como atributo esencial.

b) Ley 19550: En concordancia, establece que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley. En la EM se afirma adoptarse la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica: la sociedad constituye una realidad jurídica (medio técnico), no es una ficción de la ley ni una realidad física.

Se indica que el legislador se aparta de la solución ofrecida por el art. 33, Cód. Civil, porque la normativa comercial va más allá, al limitar la calidad del sujeto a los alcances fijados en la ley y pone como ejemplo la calidad limitada y precaria que, como sujeto de derecho, invisten las sociedades no constituidas regularmente (21).

A esta altura uno podría preguntarse si la calidad, o mejor la capacidad, está limitada "taxativamente", o sea: de cuál de los artículos surge en claro que la sociedad no constituida regularmente tenga menos capacidad que la regular para adquirir derechos o contraer obligaciones. No ignoro hay limitaciones concretas, ej., art. 30, que al permitir a las SA y SCA formar parte de sociedades por acciones, se la niega para formar parte de otras. Pero me refiero a las limitaciones de capacidad que surgirían de la sección IV. ¿Dónde están? ¿Cuáles son?

c) Sección IV: Si un socio exige efectivamente la disolución de la sociedad (21) y debemos interpretar que la capacidad de la irregular se limita, también es exactamente colegible que se limita la capacidad de la sociedad regular por las causas del art. 94.

El hecho de que parezca más fácil pedir la disolución conforme al art. 21 no prueba que la capacidad sea más limitada y precaria, sobre todo, teniendo en cuenta que - en la mayoría de los casos - tendrá intervención el juez, quien deberá atenerse al principio de conservación de la empresa.

Con el mismo criterio de posibilidad, tenemos los casos de los arts. 27 y 29, sociedad entre esposos, y el art. 94, inc. 2, decisión de un socio cuando fueren dos y el art. 94, inc. 8, cuando la sociedad se reduce a un socio: la personalidad también aquí sería precaria, por más regular que fuere la sociedad.

O sea, estoy planteando una cuestión de equivalencias: una excepción no constituye norma; en todo caso, es equivalente a otra excepción. En la ecuación de anomalías, las excepciones son iguales y actúan como vasos comunicantes: como dice el adagio popular, la excepción confirma la regla.

Que los socios queden solidaria e ilimitadamente obligados sin que puedan invocar las defensas ni límites del contrato social, no prueba que la capacidad social sea limitada y precaria: esto - ya lo hemos visto - es confundir, como si fuera una sola persona, a los socios y a la sociedad, y ello inclusive en la teoría del órgano.

Por otro lado, lo que demuestra es que la sociedad ha adquirido algún derecho o contraído alguna obligación por medio de los socios, precisamente durante el período en que se dice tiene la capacidad disminuida, siendo así que la consecuencia de la operación social recae sobre los socios y no sobre la sociedad.

Aquí también puedo recordar que estoy planteando una cuestión de equivalencia: una anomalía no constituye normas, etc., etc. Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad, con la lealtad y diligencia de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un buen hombre de negocios (59), asumen consciente o inconscientemente la obligación solidaria.

Y ello es una demostración palpable de otra cosa: enfrentados con la disyuntiva: la RESOLV o la muerte de la sociedad por inanición, prefieren aquélla, justa y correctamente, porque ¿para qué constituyeron la sociedad si la actividad propia de su objeto y el medio técnico para cumplir el fin propuesto, debe detener su manifestación vital hasta una inscripción que resulta tardía?

La ley 21768, relativa a los Registros, dice claramente en la nota de elevación que "la experiencia ha demostrado los inconvenientes del sistema actual, por el doble control de legalidad en materia de sociedades". La misma EM propicia la unificación (II, 1, final).

Es indudable, pues, que la capacidad de la sociedad irregular es igual a la capacidad de la sociedad regular; como esta tiene los límites que le fija la propia norma legal (no hay límite taxativo diferencial), la naturaleza del ser persona jurídica y todos los poderes, que surgen de su legitimación.

17. Manifestaciones de la capacidad

José Carlos Carminio Castagno expresa que la legitimación es la aptitud de un ente determinado para asumir cierto rol en una situación jurídica concreta, con sujetos y sobre objetos igualmente precisados. Apliquemos estos conceptos al caso: ¿está legitimada la sociedad con INEF para realizar operaciones determinadas?

Hay varias operaciones diferenciadas por su carácter obligatorio o voluntario: las primeras incluyen lo necesario para la constitución y las segundas comprenden sólo las que surgen del objeto social, denominadas en la norma "operaciones sociales".

Me voy a limitar al tratamiento general del tema porque la legitimación es motivo de estudio más adelante. Pero entiendo es de provecho adelantar algo para reforzar el contenido del presente capítulo. Veremos: a) actos necesarios ante los órganos, prescindiendo de aportes; b) actos voluntarios y c) resumen. Termina en conclusiones.

a) Actos necesarios administrativos. En primer lugar el acto más necesario es el nacimiento del propio ente. Cuando hubiere de intervenir un notario, en función asesora, tanto si desemboca en escritura pública como no, debe calificar, legalizar y legitimar la posición de cada uno de los socios en la plurilateralidad del contrato e igualmente lo relativo a la administración.

Para el acto ante notario están legitimados aquéllos que cumplen las condiciones normales en todo acto notarial en que se constituye negocio jurídico. En general la escritura sigue el esquema del art. 11 LS que fija y determina algunas de las calidades inherentes a la persona: razón social o denominación, domicilio, objeto, etc.

Cuántas veces el asesoramiento notarial en la mayéutica aplicada al nacimiento de la sociedad no ha contribuido a la adopción de un tipo, diferente de la primera intención de los socios. ¿A menudo no interviene en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

carácter docente en la realización de los negocios sociales, asegurando la vida de la sociedad y explicando a los socios sus responsabilidades?

En muchas oportunidades, se enfrenta con una ley que es uno de los primeros en aplicar inmediatamente: debe interpretar la norma, con escasos antecedentes, o cubrir lagunas buscando recursos donde no los hay, o asumir él también los riesgos porque en el campo de la autonomía, y en ámbito notarial, las voluntades no pueden esperar se diere sentencia o se asiente jurisprudencia.

En este mismo tema, cuántas contradicciones no ha habido en la normativa: se exigió domicilio concreto, luego no; se admitió reactivación, luego se desechó...¿Serían necesarias varias escrituras para una única constitución si todas las observaciones se presentaran en conjunto, e inclusive - por el tiempo transcurrido - si el criterio del ente administrativo cambió?

Y aquí viene poner de relieve la función creadora de derecho que tiene el notario. Este tema mismo lo prueba, inclusive si las herejías (así me atrevo a llamarlas porque son muchas) que surgen de este estudio contribuyeran a cambiar no sólo interpretaciones, sino consecuencias en el orden práctico, precisamente para regular mejor y no para ahogar la vida jurídica, cambiando ideas que parecen negar la realidad.

El notario se encuentra en inmediatez con lo normal y debe exhibir su criterio sobre lo que percibe desde su punto de vista: y aquello que resalta en su ámbito es la buena fe, el acuerdo de voluntades, la seguridad para el presente y el futuro, el esfuerzo y el trabajo en pro de la actividad jurídica, y, en todo, buscando la vida, y no la enfermedad.

Así, pues, hemos visto uno de los actos necesarios precisamente aquél que da nacimiento a la sociedad, instrumentando la unión organizada de dos o más personas y de sus bienes, conforme a los tipos legales, y en las condiciones que surgen del art. 1: a ese acto auroral asiste: el notario con la diligencia que de él se espera.

Algunas de las sociedades, con determinado tipo constituido en el instrumento y anterior a la inscripción, se presentan ante el órgano de contralor: son sociedades por acciones. Una ley especial, la 18805, establece la finalidad, organización y facultades de la Inspección General de Personas Jurídicas.

Los representantes estatutarios, a falta de apoderados, hállanse autorizados para realizar los trámites integrantes de la inscripción ante el órgano de contralor: se notifican de resoluciones, pueden apelar de ellas, realizan pagos, desglosan documentos, formulan peticiones, agilizan el procedimiento.

Acuden ante el juez de Registro asumiendo carácter de representantes de la sociedad; solicitan; bajo las órdenes de aquél hacen publicar los estatutos (167 - 2), y en fin, gestionan la inscripción definitiva que - conforme art. 2505, Cód. Civil - contribuye a la oponibilidad de la sociedad frente a terceros y en esto, básica y fundamentalmente, consiste la regularización de la sociedad.

Todos estos trámites son manifestaciones evidentes de la personalidad de la sociedad, distinta de los socios, que exhibe la capacidad y legitimación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de realizar los actos necesarios para inscribir ante el órgano de contralor y ante el juez de Registro y que inclusive realiza presentaciones en apelación. Si dirigimos nuestras miradas a las relaciones de los socios con la sociedad (sección VI) ante nosotros brota una multitud de actos que éstos realizan en carácter de aporte a un ente que tiene definida personalidad y capacidad y que es distinto de ellos, no se confunde ni en su patrimonio, ni en su individualización y frente al cual asumen obligaciones que perduran más allá del aporte.

En estos actos se exhibe una personalidad inconfundible y una capacidad adecuada a la posición de la sociedad dentro del trámite; pero mirando el fondo del problema, no se ve haya disminución ni de una ni de otra: al contrario, son obligatorias.

b) Actos voluntarios que resumen: En la sección IV se mencionan los actos voluntarios, constituidos por las operaciones sociales que realizan los socios y quienes contraten en nombre de la sociedad, antes de la inscripción; por esta causa asumen la RESOLI y no pueden invocar el contrato no inscrito en lo que pueda defenderlos.

Pero "la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados": la propia ley en el último inciso del art. 23 cita los contratos celebrados que, en el párrafo anterior, denomina operaciones sociales por lo que entiendo son del objeto de la sociedad, preciso y determinado.

Por una especie de prueba ad absurdum, los actos voluntarios u operaciones sociales realizados por los socios determinan que la sociedad sea irregular: pero, ¿qué es preciso para esa irregularidad, sino que la sociedad manifieste su capacidad y legitimación por medio de contratos concretos? ¿En qué norma exacta se declara la incapacidad de la sociedad con INEF respecto de las operaciones sociales?

Resumiendo, podemos decir lo siguiente en razón de los actos necesarios ante notario, ante el órgano de contralor y ante el juez de Registro, la sociedad actúa y se presenta como tal; el caso de la SA, que es el más claro, reconoce para tales trámites al representante, estatutario o no, inclusive tercero mandatario, persona física distinta de la persona societaria.

Los socios en el mismo concepto de sociedad se obligan a realizar aportes y estas obligaciones comienzan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad: esa fecha y la hipótesis del art. 38 es el reconocimiento del aporte sobre bienes inscribibles antes de la inscripción que regulariza; luego los aportes se hacen a un ente distinto: la sociedad, capacitada y legitimada para recibirlos.

Toda la sección IV se refiere a la sociedad no regularmente constituida: de modo diáfano se presenta la existencia evidente de una sociedad que tiene vitalidad y se halla legitimada para realizar los actos voluntarios u operaciones sociales, y para actuar en juicio, activa y pasivamente.

18. Conclusiones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La sociedad con INEF es sujeto de derecho, goza de personalidad, está capacitada y legitimada, todo ello antes de la inscripción: a) hay una forma instrumental constitutiva; b) la regularización recae sobre algo preexistente;

c) los representantes ante los órganos administrativos lo son de la sociedad; d) los actos necesarios son hechos a nombre y en favor de la sociedad; e) el ser irregular se predica de un sujeto sustantivo que califica; f) la sociedad puede realizar contratos, es titular de derechos reales y tiene legitimación judicial.

A título de curiosidad y antes de cerrar este capítulo tengamos a la vista el art. 5 - 3 que dice: "Las mismas inscripciones se efectuarán en el Registro Público de Comercio correspondiente a la sucursal". A fuer de coherentes deberemos admitir - que conforme a la EM y a un sector de la doctrina - la sociedad regularmente constituida en ámbito de la sede, sería irregular en el de la sucursal mientras no logre la inscripción.

Su personalidad, plena en la sede, sería precaria y limitada en la sucursal; sus socios, v. gr., de responsabilidad limitada en la sede, la asumirían solidaria e ilimitadamente en la sucursal, al realizar allí operaciones sociales; cualquiera de los socios la podría representar en la sucursal. En tren de anomalías podremos pensar en una sociedad cuya sede es pantalla o fachada, y precisamente su actividad mayor que pueda merecer sospecha la desarrolla en la sucursal.

Todas estas conclusiones deberían colegirse de la doctrina que sostiene que el registro es constitutivo, porque es indudable que si las inscripciones de la sede son distintas de la sucursal - y así parece -, sigue en vigencia que "la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio" (7 LS).

En vez, si aceptamos que la personalidad, la capacidad y la legitimación, se hallan unificadas indivisiblemente y nacen en el momento constitutivo instrumental, se evitan esas conclusiones que constituirían una prueba ad absurdum de que efectivamente ellas son anteriores a la regularización en el registro, que tiene otros efectos.

CAPITULO III. LEGITIMACIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Ladaria Caldentey piensa que la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto; implica el resultado de una comparación entre un acto determinado y un poder jurídico de obrar. Recuerdo también los conceptos de José Carlos Carminio Castagno (Nº 16).

La sociedad, debidamente instrumentada, ¿qué legitimación tiene durante el período anterior a su inscripción, es decir mientras no se halla regularizada por esa carencia formal? ¿Qué actos puede realizar en la esfera de su capacidad, y conforme a su posición respecto de ellos? Hemos visto hay varias clases: a) los obligatorios, en función de medio, o sea los necesarios para la constitución: aportes, trámites de inscripción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ante organismos administrativos. b) Actos voluntarios, o sea los que realiza la sociedad dentro de su objeto, comenzando el giro social en relación a los terceros; las operaciones sociales que constituyen la tupida red de que habla Vivante.

Existe un tercer grupo, pero me parecería se halla incluido dentro del primero: los actos necesarios, también en función de medio, para cumplir los obligatorios: si la sociedad debe tener un domicilio (11, 2) es indudable que, según fuere su importancia, tendrá implementos adquiridos por ella (a pesar de que el art. 183 habla de reembolso de gastos realizados por los directores).

Son medios indispensables para que se pueda cumplir en mínima medida todos los pasos necesarios y obligatorios para concluir los trámites sociales, pero me parece quedan enmarcados en el primer grupo, del cual son concomitantes.

Vamos a ver, pues, lo relativo a: a) actos necesarios para la inscripción y aportes; b) actos voluntarios, sobre las operaciones sociales; legitimación extraordinaria.

19. Actos necesarios para inscripción y aportes

Vemos estos dos tipos de actos:

a) Legitimación para obtener inscripción: aunque no todas las sociedades deban hacerlo, las sociedades por acciones deben presentarse no sólo ante el juez de Registro, sino también ante la autoridad de contralor.

El contrato constitutivo será presentado a la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos fiscales (167 - 1). La ley 18805 fija como misión especial de la Inspección General de Justicia intervenir en la creación, funcionamiento, disolución y liquidación en jurisdicción nacional de las sociedades por acciones.

La Inspección según la norma debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales: uno de ellos, sin el cual la sociedad es nula, es la adopción de un tipo legal, e inclusive si la sociedad tiene objeto prohibido en razón del tipo, es nula de nulidad absoluta (17 - 20).

Conformada la constitución, el expediente pasará al juez de Registro, quien dispondrá la inscripción si la juzgara procedente, y si el estatuto previene un reglamento, éste se inscribirá con idénticos requisitos (167 - 2/3). Aquí hemos pasado ya ante el organismo inscriptor.

Si bien en la práctica se da el doble control de que habla la EM y los autores, formulando crítica al sistema, a los efectos del estudio que realizamos, también el juzgado debe verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, entre los cuales el tipo.

Por último, si no hubiere mandatarios especiales, designados para realizar los trámites, se entiende que los representantes estatutarios se encuentran autorizados para hacerlo (167 - 4).

Hallamos aquí una legitimación especial: la de los representantes estatutarios. La norma entiendo influye en alguna manera sobre el art. 24

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que admite en el período de irregularidad la representación por cualquier socio. Pensando en lo notarial, estimo que, en principio, debería ser rechazada toda representación por cualquiera, y buscar primero aquéllos que se consignan en el instrumento constitutivo.

Por último, en el caso de que hubiera recursos ante la justicia, tanto el representante estatutario por sí, como los apoderados que nombre, se hallan legitimados para actuar judicialmente en todo lo relativo a rechazos de inscripción.

En resumen: la sociedad, irregular por falta de inscripción, se halla perfectamente legitimada, en forma directa, para realizar trámites administrativos ante el órgano de control, ante el juzgado de comercio y ante la justicia para lograr la regularidad.

b) Aportes: el aporte, como obligación y como realidad, es un elemento esencial, de modo que incide en la sociedad; ha sido imperativamente impuesto en el concepto de sociedad (1 LS), pues son ellos los que se aplican a los fines propuestos.

Y no sólo interesan a la sociedad, sino también a los socios en el contrato plurilateral y también a los terceros que con ella contratan; la inscripción preventiva - a la cual nos referimos luego - pretende ser una garantía inclusive para los terceros.

Lo único que varía es el momento en que se realizan: hay algunas prestaciones que son simultáneas y otras no, de conformidad con el tipo preexistente a la inscripción.

En las sociedades por acciones y en las S.R.L. el cumplimiento del aporte debe ser coetáneo y celebrado en el mismo acto constitutivo; los arts. 149 y 187 exigen la integración de un porcentaje del aporte dinerario; si fuere en especie deben integrarse totalmente.

Esto permite concluir:

1) que el tipo se halla formado antes de la inscripción de lo contrario no sería exigible la suscripción e integración del aporte en especie ante una sociedad, cuyo tipo todavía no se halla configurado, sino sólo en formación.

2) Otra conclusión es que ese aporte se realiza en el acto constitutivo instrumental, sin necesidad de esperar a la inscripción; es indudable que ese aporte es propiamente fundacional, nada tiene que ver con la inscripción y es recibido por una persona.

Todo esto configura la existencia de un sujeto de derecho que tiene personalidad sin gradaciones, está capacitada para recibir aportes y siendo en especie, legitimada para aceptarlos en el mismo acto instrumental. Llegamos a la misma demostración con el art. 36, cuando afirma que los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad, complementada con el artículo 37 que establece la exigibilidad desde la inscripción si no hubiere plazo fijado. Parecería que el legislador ha previsto que los aportes se realizarán normalmente durante el proceso inscriptorio, porque el art. 36 asienta la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actitud normal y del art. 36, sanciona el entuerto. Parece imposible que en el mismo acto de constitución alguno de los socios comience a mostrar que le falta la *affectio societatis*.

No preciso detallar las amplias especificaciones de los diversos aportes que constan en los arts. 36 y siguientes; basta sólo con mencionar el fondo de comercio y los bienes registrables, créditos, títulos y todo el régimen especial de evicciones frente a la misma sociedad.

Todos configuran la existencia de una personalidad, con la capacidad y legitimación que surge de la propia ley 19550. Hay aportes especiales conforme a los distintos tipos de sociedad que, por ende, se hallan formados antes de la inscripción.

c) Aportes en propiedad: por último, cabe destacar el art. 45, paralelo al 1703 del Cód. Civil: "Se presume que los bienes se aportaron en propiedad, si no consta expresamente su aporte de uso y goce". Digamos algo sobre los registrables.

Uno de los caracteres del derecho de propiedad es ser exclusivo; en consecuencia, cuando en el acto constitutivo se transmite un inmueble a una sociedad, en calidad de aporte, y por ser tal bien se realiza la transmisión por medio de una escritura, el inmueble pasa a ser definitiva propiedad de la sociedad, y se considera registrado el acto (20, 17801).

Advirtamos que la sociedad no está en formación, está formada; tiene personalidad y como sujeto de derecho es titular activo y pasivo también de derechos reales, hasta obligatorios como son los aportes, actos necesarios no para la constitución de la sociedad (pueden ser sólo obligaciones) sino para integrar el capital efectivo.

Quienes piensan que la sociedad o el tipo está en formación, siempre argumentan con una pregunta: ¿y si la sociedad en definitiva no se forma? ¿A quién se transmitió la propiedad: a un ente que no llegó a tener existencia conforme a la ley de sociedades? Este argumento demuestra el absurdo mismo de la posición.

¿Por los indicios y por cualquier medio de prueba se puede probar la existencia, personalidad, etc. de una sociedad de hecho, y teniendo ante la vista el instrumento constitutivo, se niega la existencia, personalidad formada, etc. de una sociedad tipificada?

El art. 45 es claro y el 1184 afirma rotundamente en el inc. 1, que la escritura pública produce la transmisión de bienes en propiedad, lo que significa que conforme al art. 2609, alguien la pierde.

En el caso tenemos: a) título causal: transferencia por aporte; 2) título instrumental: la escritura; 3) posesión por hipótesis; 4) debe inscribirse para perfeccionar la transmisión respecto de terceros.

Fijémonos que toda la cuestión del aporte de bienes registrables ha volcado su atención al art. 38 - 3 con relación a "la inscripción preventiva" a nombre de la sociedad en formación, y ambas expresiones: "preventiva" y "en formación" han producido una cantidad de literatura confusa, como confusa es la EM en este sector.

Pero nadie ha planteado la cuestión en el plano anterior a la inscripción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ahora bien, tengamos en cuenta que la inscripción lo es de un acto extrarregistral, cuya voluntad ha sido manifestada, en el supuesto, ante notario en una escritura traslativa de dominio (1184, 1).

Lo que se inscribe realmente en el Registro de la Propiedad es el derecho, pero éste le aparece al registrador en un documento portante de hechos, actos, dichos y manifestaciones de voluntad que no han pasado ante él, sino ante el notario, produciéndose los efectos que la norma civil determina y fija. Detener, pues, la inscripción definitiva de una transmisión por aporte de un bien registrable, es estar negando lisa y llanamente que la escritura ha producido el efecto de transmitir el dominio, contra toda la normativa del Código Civil. En la práctica, éstas son las únicas escrituras que - en cierta doctrina - no produce su efecto propio, sino supeditándolas a una inscripción en el Registro Público de Comercio, que nada tiene que ver con la presunción de que los bienes se aportaron en propiedad, como reza el art. 45 de la propia ley de sociedades.

Lo que correspondería negar en esa doctrina que sustenta la sociedad en formación o el tipo en formación es la propia escritura de aporte: ¿cómo es posible tener temor de que "no se forme" por falta de inscripción en el Registro Público de Comercio, una sociedad que según la propia norma es recipiendaria de aportes en una escritura que otra normativa: la civil, dice que tiene tales efectos y que las titularidades son de personas físicas o jurídicas?

También es incorrecta a nuestro criterio la opinión que niega la consolidación definitiva de la transferencia de dominio de los bienes aportados a la sociedad con anterioridad a la culminación del "proceso constitutivo" (que no es tal), porque luego de la instrumentación lo que se halla en formación y en proceso de constitución es la inscripción y no la sociedad: por eso hablo de la sociedad con INEF.

La falta de inscripción sólo fija la inoponibilidad del contrato social en sus defensas y límites, pero en ninguna manera limita los derechos emergentes de los contratos celebrados sobre bienes que deben inscribirse definitivamente a nombre de la sociedad, a secas, indicándose en todo caso que se trata del aporte art. 38 - 3, precisamente para impedir su disposición antes de la regularización.

Cierto es que algunos se levantarán contra esta especie de "inhibición particular" tan condenada, porque defienden a carta cabal la libre disposición de los bienes, pero a renglón seguido sostendrán con toda fuerza que una escritura que produce la transmisión de la propiedad de un inmueble a la sociedad, sólo merece una inscripción provisoria, eternizada hasta la otra, porque tal vez, acaso, por ventura "no se forme la sociedad".

20. Actos voluntarios sobre operaciones sociales

Algunos autores afirman que, durante el período que media entre la constitución instrumental y la inscripción de la sociedad, no es posible que los socios realicen actos que no sean los indispensables para obtener la regularización en el registro público.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dicen inclusive que si fueren realizados, correrían exclusivamente a cargo de quienes actuaron en nombre de la sociedad, pues la personalidad de ésta sólo tiene vigencia para lograr la inscripción y no puede proyectarse a otros actos negociales.

Esto es eliminar de raíz la realidad jurídica, precisamente aquélla que se invoca en la EM para ubicar el contexto general de la ley. La misma EM sobre la sección IV menciona la tupida red de negocios, de modo que el legislador ha captado la realidad viviente.

Con ese criterio, no se sabría a qué santo viene la sección IV que es, precisamente, la que de modo efectivo y real reconoce la legitimación que tiene la sociedad, irregular por falta de inscripción, para realizar actos voluntarios sobre operaciones sociales.

Si ese criterio fuera cierto deberíamos admitir que sólo son posibles los actos necesarios, esto es, a saber: los internos, y que la sociedad no podría tener más contactos que con los órganos administrativos para inscribirse y con los propios socios para el aporte.

Veremos, pues, estos puntos: a) la sociedad está legitimada para realizar actos voluntarios válidos; b) existe una falsa conexión que traba el pensamiento; c) la sección IV es la prueba más evidente de la legitimación; d) pero debe hallarse limitada por su objeto; e) legitimación extraordinaria.

a) Legitimación para realizar operaciones sociales: los arts. 23 y 24 y el 26 al hablar de acreedores introducen en el campo de la sociedad no constituida regularmente, a los terceros; estos terceros no son ni los órganos administrativos, ni, por lo general, los socios.

Son terceros auténticos. Si la sociedad puede ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados (23 - 2) es indudable que los ha celebrado, valga la redundancia. Pero esto supone haber aceptado la legitimación para tales contratos.

Y cuáles son: bastará repasar algunos códigos: compraventa, cesión de créditos, permutación, locación, mandato...; compraventa mercantil, fianzas, seguros, préstamo, depósito, prenda... La expresión "contratos" es suficientemente amplia como para que uno los reduzca.

Estos contratos muestran a las claras la legitimación de la sociedad para celebrarlos. E indudablemente no se relacionan ni con los trámites necesarios para la inscripción y tampoco con el sector de aportes.

Son tan importantes para la vida de la sociedad que el mismo legislador ha debido admitirlos precisamente en el sector de la sociedad no constituida regularmente, porque referir la legitimación contractual a la sociedad regularizada es obvia; no tendría sentido.

El art. 23 - 2 afirma que la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados, esto es, no sólo legítima para el contrato, sino también para la exigencia aun judicial de los derechos nacidos en los contratos.

En resumen, pues, parecería que la sociedad está legitimada notarialmente para los contratos que deben pasar por actos fedatarios: ejemplo: compraventa de inmuebles, préstamos hipotecarios, permutas, poderes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contratos de sociedad con otras, etc.

También lo está judicialmente para iniciar juicios, v. gr., por escrituración, hipotecarios, de división de condominio, testamentarios como beneficiaria de legados, adquirente en subasta pública, pedido de quiebras, juicios ordinarios, ejecutivos, etc.

¿Por qué, pues, se sigue afirmando por algunos - ya menos que antes - que la sociedad "en formación" no puede realizar contratos, cuando de modo expreso el art. 23 - 2 en su última parte, los supone ya realizados para darle el ejercicio de los derechos que nacen...? ¿De qué podrían nacer, si no los pueden realizar?

b) Artículo 26: en cuanto a éste, nos permitiremos explayar interpretación que quizá pueda aclarar en algo el confuso panorama que se le ha atribuido por diversos autores.

Es aquél que considera regular a la sociedad, inclusive en caso de quiebra, frente a las relaciones entre acreedores sociales y acreedores particulares de los socios "excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración".

Entiendo que este artículo busca definir y separar los patrimonios de la sociedad y de los socios, en relación a los acreedores de ambos para evitar confusiones de titularidades que permitieran a los acreedores atacar indistintamente a una u otros.

Pero el último inciso fija la excepción, porque precisamente respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración no existe posibilidad de patrimonios cuya titularidad sea confusa y mienta en particular la registración, porque ésta es la encargada de fijar la oponibilidad contra terceros, fueren o no acreedores.

Esto me permite interpretar: que la sociedad adquirió bienes por medio de los contratos realizados con terceros, antes de hallarse regularizada por la inscripción en el registro público de comercio, esto es, la hipótesis se refiere a la sociedad irregular.

Pero por más irregular que fuere, en el acto notarial, la invocación y justificación suficiente de la personería del representante legal de la sociedad que actúa a nombre de ella, permite inducir fácil e inequívocamente la titularidad, v. gr., del derecho de propiedad.

Ese instrumento portante entrando en el Registro, en el período correcto, debe inscribirse a nombre de la sociedad, porque el acto ha sucedido extrarregistralmente, de acuerdo con las normas permisivas que emergen de esta sección IV.

Es más, pudiera ser que la falta de inscripción definitiva, impidiera en algún modo la legitimación activa que hemos visto tiene la sociedad para ejercer los contratos emergentes de los contratos celebrados conforme al art. 23 - 2.

Esa inscripción definitiva a nombre de la sociedad, pendiente de inscripción, publicita tal hecho a los terceros y los acreedores de la sociedad positivamente pueden saber que ese dominio está en cabeza de ella no siendo posible que los acreedores de los socios puedan atacar una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

propiedad que no integra su patrimonio, sino el de la sociedad.

En resumen, el art. 26, final, permite inducir correctamente que la sociedad no constituida regularmente puede no sólo celebrar contratos con terceros, sino ser titular de derechos reales, habiendo visto que también se halla legitimada para actuar judicialmente.

b) Falsa conexión que traba el pensamiento: La legitimación de la sociedad y la problemática derivada de la falta de inscripción, en la mayoría de los casos, aparece conectada falsamente con un tema que hemos visto ya nada tiene que ver con la inscripción: se trata de la responsabilidad solidaria e ilimitada (RESOLI).

La pregunta que se formula es ésta: ¿la sociedad con inscripción en formación está legitimada para realizar actos voluntarios, a pesar de que tales operaciones sociales obliguen solidariamente a los socios y a quienes contrataron en nombre de la sociedad?

Pero si comenzamos a distinguir - aun en este período - a los socios de la sociedad, ¿quién ha de impedir que uno o varios socios prefieran asumir esa responsabilidad, enfrentados con este dilema: o la actividad económica social quiebra o asumimos la RESOLI?

Y otra vez - como lo he dicho refiriéndome al consentimiento conyugal general - viene la norma legal, y sobre todo, la pléyade de intérpretes oficiosos, la jurisprudencia que siempre trata casos anómalos y, todos juntos, guardan al socio de una sociedad con INEF dentro de los hilos que, con excelente intención, protegen a una persona contra su mismo afán de responsabilidad, pero en definitiva concluye por paralizarlo como los hilos de la araña.

Reconocen algunos autores y así lo he insinuado antes, este tema ha sido falseado por una especie de daltonismo jurídico, pues por todos lados guiña el semáforo su rojo incendiario: responsabilidad solidaria e ilimitada, RESOLI, RESOLI...

Y nace la pregunta: ¿qué tiene que ver esa responsabilidad por más solidaria e ilimitada que sea, asumida por los socios, con la personalidad de la sociedad con INEF? ¿En qué disminuye su capacidad, en qué impide su legitimación?

¿Qué problema mayúsculo ofrece sólo durante el período con INEF y no durante los otros, en todo caso? ¿Qué tiene que ver con el tipo de la sociedad? ¿En qué incumbe a la sociedad formada? ¿Por qué no permitimos que cada uno, autónomamente, asuma el riesgo de ser correcto? ¿De dónde surge que deba ser ya desleal y negligente? ¿O es que en el período con INEF todo socio lo es?

c) La Sección IV prueba evidentemente la legitimación: Ya hemos visto los arts. 23, 24 y 26, final: ellos nos han presentado a los terceros; nos permitieron concluir la legitimación de la sociedad con INEF para realizar los actos voluntarios. Ahora vamos a ver que la imputación de anomalía prueba lo mismo.

El art. 23 - 1 informa que los socios y quienes contrataron en nombre de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad asumen la RESOLI por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56, ni las limitaciones que se funden en el contrato social.

Si la hipótesis es que, durante el período en que la inscripción se forma, los fundadores ni los representante puedan realizar otros actos que los necesarios para lograr aquélla, ¿a qué viene esta previsión de la norma?

Pero ella nos permite inducir claramente que por celebrar operaciones sociales, en el período con INEF, los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad asumen la RESOLI.

La norma no impide de ninguna manera la legitimación social en las operaciones sociales: al contrario, la afirma al fijar una sanción - si cabe el concepto - precisamente por realizar esas operaciones: como si dijéramos, para caer en irregularidad es conditio sine qua non celebrar operaciones sociales.

Es muy justo que ni los socios ni la sociedad puedan invocar derechos o defensas nacidos del contrato social contra cualquier tercero, porque al no estar inscrito el contrato no resulta oponible.

Pero no confundamos: del hecho de que no se puedan invocar defensas ni derechos en favor de los socios ni de la sociedad, no significa que ésta no tenga personalidad, ni capacidad, ni legitimación, ni tipo: lo único que se produce es la apertura de un doble centro de imputación diferenciada: la sociedad y los socios.

No quiero insistir en la legitimación judicial activa y pasiva que hemos visto derivan de los derechos contractuales, de la inscripción de bienes registrables, e inclusive en los casos de quiebra (ley 19551, artículos 3, 4).

Y esa legitimación es directa, entendida como reconocimiento expreso hecho por la norma a la sociedad como titular de una esfera jurídica, de la posibilidad de realizar en nombre y por cuenta propios, por medio de su órgano, actos jurídicos determinados: las operaciones sociales.

d) Limitación por el objeto: Una de las irregularidades en que puede caer una sociedad regularizada por inscripción es la realización de actos notoriamente extraños al objeto social, o que no se hallen ligados con el mismo en forma necesaria o conveniente, si esto se ha decidido en directorio.

También, por supuesto, podríamos hallarnos con una sociedad con INEF, no constituida regularmente en igual condición. Pero, a mi entender y refiriéndome propiamente al ámbito notarial, debería exigirse que el acto voluntario, realizado por la sociedad fuera de las "operaciones sociales" del art. 23 - 1.

En realidad, la designación del objeto, preciso y determinado, regla las facultades de los administradores, fija la legitimación del ente societario, siendo él precisamente el límite de la capacidad social para configurarla como medio técnico de consecución del fin social. Debe, pues, concluirse que la legitimación para realizar actos voluntarios que tiene la sociedad con INEF es, como por su concepto se colige, especial y delimitada con precisión por su objeto social.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Antes de la ley 19550 era frecuente la constitución de alguna sociedad, v. gr., que no tuviera objeto inmobiliario, pero bastaba que el directorio y el presidente tuvieran facultades (art. 1881, Cód. Civil) para que, desvirtuando su objeto: p. ej., bancario, se dedicara al negocio de inmuebles. (Ahora parecen hacerlo más cómodamente, por medio de la financiación de obras).

En resumen, pues, la sociedad con INEF se halla perfectamente legitimada para realizar los actos necesarios para la inscripción y, aunque cayendo en irregularidad y precisamente por ella, también está perfectamente legitimada para realizar los actos voluntarios acerca de las operaciones sociales configuradas por su objeto.

Pero, reitero una vez más, esta circunstancia abre un doble centro de imputación de la RESOLI que, en modo alguno, temen asumir quienes obran como buenos hombres de negocios (59).

A la inversa, por más regularizadas que sean las sociedades inscriptas en el Registro Público de Comercio, nada garantiza que sus representantes legales procedan con visión negocial: estamos muy cerca de caídas de financieras y bancos, para poder negarlo.

e) Legitimación extraordinaria: El art. 24, mentado por la EM como demostración de la personalidad precaria y limitada de la sociedad irregular, que no produce la plenitud de sus efectos normales, me parece sea un caso típico de legitimación extraordinaria.

Esta es el reconocimiento de la posibilidad de realizar un acto jurídico eficaz sobre una esfera jurídica ajena, en nombre propio, en virtud de una apariencia de titularidad, o en nombre ajeno, en virtud de una representación aparente. Nos interesa en particular la apariencia de representación, informando que no estoy seguro lo sea.

La norma dice que en las relaciones con los terceros de una sociedad con INEF, cualquiera de los socios la representa, pues por hipótesis es irregular; ello es considerado inconveniente y una manifestación de la anomalía configurada por la sociedad no regular.

Ahora bien, en una sociedad de dos socios, es indudable que la representación por el socio no representante estatutario debe admitirse porque la norma así lo precisa y, en tal caso, es beneficiosa.

Este artículo, que se considera negativo, también puede tener efectos positivos; si el representante estatutario o contractual por desidia no opera, o por enfermedad o por cualquier motivo, el otro socio podría salvar a la sociedad.

En tal caso, existe lisa y llanamente una legitimación extraordinaria porque el acto jurídico resultaría eficaz para la esfera jurídica de la sociedad, en virtud de la representación aparente.

Sin justificarla del todo para el ámbito notarial, aunque dudo pudiera rechazarse, en caso de evidente ventaja para la sociedad y sin perjuicio para ninguno, entiendo que el art. 24 estatuye también una representación legal en el período de INEF.

CAPÍTULO IV. TIPO, RESPONSABILIDAD E INSCRIPCIÓN

La sociedad, pues, existe, tiene personalidad y capacidad legitimada para la realización de los actos necesarios y aun para las operaciones sociales. Todo ello demuestra que la sociedad está debidamente formada, antes de la inscripción.

En efecto, en el instrumento tenemos: a) el acuerdo de dos o más personas en forma organizada; b) que han adoptado uno de los tipos previstos en la ley; c) y se han obligado a realizar aportes; d) para aplicarlos a la producción e intercambio de bienes o servicios; e) participando en los beneficios y soportando las pérdidas (1 LS).

¿Cuál de estos elementos constitutivos es el que no estaría configurado para que la sociedad se considere no formada por carecer de inscripción?

¿Por ventura una SA va formándose paulatinamente? Según esto, que sería al comenzar, ¿en el medio del camino no tiene tipo? ¿Qué caracteres poseería al inscribirse, que no haya tenido desde el inicio?

Por ello, la incidental frase del artículo 38 - 3 "sociedad en formación" es incorrecta y carece de sustento jurídico y tampoco lo tiene real. Pero ha sido tal el entusiasmo por algo en formación, que se desvió el concepto y, sacándolo de la sociedad, se le endilgó al tipo: TIPO EN FORMACIÓN. Y se dice que la precariedad o limitación ataca a los efectos propios del tipo y a la imputación diferenciada.

Vino en ayuda generosa de esta idea la RESOLI (responsabilidad solidaria e ilimitada), afirmándose en definitiva: antes de la inscripción, la sociedad tiene el tipo en formación; prueba principal de ello es la solidaridad e ilimitación en la responsabilidad de los socios actuantes.

Este capítulo tendrá por finalidad alcanzar la demostración de lo contrario: la sociedad, instrumentada conforme al art. 4 LS, tiene su tipo perfectamente formado. La RESOLI nada tiene que ver con el tipo y ni el tipo ni la responsabilidad se configuran con la inscripción.

Así, pues, tres serían las partes: a) tipo e inscripción; b) responsabilidad a inscripción; c) tipo y responsabilidad. La tentativa consciente es demostrar que ninguna tiene relación con las otras y que actúan independientemente.

21. El tipo no tiene que ver con la inscripción; luego está formada antes de ella, en el instrumento constitutivo

La prueba se habrá de tomar de las mismas expresiones y del contexto de la EM y de la misma ley, que resultan con suficientes argumentos para llegar a demostrar en forma clara y sencilla la tesis.

a) EM: Se expresa que en la búsqueda de la seguridad jurídica se ha exigido "la adopción de tipos legislativamente establecidos ad solemnitatem" (l, 1); de antemano podemos notar que el solo concepto de "tipo en formación" choca con esta solemnidad constitutiva.

Más adelante: al estudiar el art. 11, se establecen los requisitos que debe

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contener el contrato constitutivo, "sin perjuicio de los que en forma especial se exijan para algunos tipos societarios" (II, 3). Demostración palmaria que el tipo nace en y con la sociedad, pues los requisitos específicos allí deben encontrarse.

En la sección IV se regulan las sociedades no inscriptas "como integrando una categoría de sociedades viciadas en su forma y sometidas a un régimen único, cualquiera haya sido el tipo adoptado".

Es tan fuerte la conclusión de lo precedente que se verá más claro si cambiamos sólo una palabra: "sometidas a un régimen único, a pesar del tipo": es decir, la EM de motivos quiere quitar la fuerza que emerge del tipo adoptado. Esto no permite concluir que el tipo se halle en formación, sino al contrario que ya está plenamente formado.

En efecto, en el párrafo siguiente se afirma que se trata de "sociedades constituidas conforme a algunos de los tipos permitidos, pero afectada por vicios en la constitución", por falta de inscripción.

Por último, en IV, 6 se lee: "La ley, acorde con el principio de la tipicidad explícitamente impuesto por el art. 1º, declara que cualquier sociedad constituida con vicios de forma, bajo alguno de los tipos autorizados, queda sujeta a las disposiciones de la sección" y hemos visto que el concepto forma no se refiere al tipo.

Es claro que en la EM no se considera que el tipo social se encuentre en formación durante el período preinscriptorio. Al contrario, se afirma que la irregularidad recae sobre la sociedad no inscripta con un régimen único: pero una SA irregular no se confunde con una no inscrita, ni una SCA irregular es una colectiva sin inscribir.

Por más irregulares que sean y aun cuando el régimen sea único, lo es en cuanto al tratamiento de la irregularidad, es decir, la falta de inscripción; pero es imposible que la falta de ésta determine que el tipo de la sociedad está en formación. Esto surge mucho más claro de la propia ley.

b) Ley 19550: El tipo tiene extrema importancia; es el elemento que configura en la sociedad su carácter comercial, y por tal hecho, legal, se le distingue de toda otra; es más, la tipificación de la LS es tan fuerte que atrae a sociedades que, de suyo, no son comerciales.

El art. 1º es claro: hay sociedad comercial, cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley... Pero el art. 3º constituye el summum: "Las asociaciones, cualquiera fuera su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo alguno de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones".

Preguntemos: ¿estas asociaciones, antes de la inscripción en el Registro Público de Comercio, qué son: asociaciones nada más, porque tienen carácter civil, y aún no están inscriptas? ¿O se les aplica las consecuencias del tipo definido y adoptado a todos los efectos que no sean de irregularidad?

Todo el art. 11 prácticamente configura la sociedad formada en su tipo, ya que al tiempo que enmarca lo genérico, exige también que el contenido debe ser sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Veamos algún caso.

¿Todas las sociedades deben publicitar su contrato constitutivo? Parece que no, sino las SRL y las sociedades por acciones (10); inclusive la ley 21357 ha regulado la norma. Evidentemente actúan como tipificadas.

Los esposos pueden integrar entre sí determinadas sociedades, pero se les prohíbe adoptar determinados tipos de carácter personalista (27).

¿Habremos de decir que el tipo se halla en formación? Porque el caso es claro: en la constitución deben adoptar tipos establecidos, ya que los otros se les prohíbe mucho antes de la inscripción.

Las SA y las SCA pueden formar parte de sociedades por acciones: es decir, las que se constituyen deben responder a tipos determinados y aquí sí tenemos un límite a la legitimación, pero en modo alguno se debe a la irregularidad, sino precisamente al tipo formado.

En el sector de aportes (38 - 1) hay algunos tipos de sociedad en los que se exige exclusivamente obligaciones de dar; algunos aportes deben ser simultáneos con la constitución: ¿no es cierto que el tipo ya está formado, antes de la inscripción?

Los aportes de las SRL y SA deben ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada. Y si el aporte se fijó en la constitución y también es simultáneo, ¿cómo podemos aceptar que el tipo esté en formación?

¿Por qué el órgano de contralor interviene sólo en algunas sociedades, si no precisamente por la tipificación que tienen al constituirse (167)? Debe rechazarse la idea de tipo en formación los tipos están formados en el instrumento, constitutivo realmente.

También los artículos de la sección IV permiten llegar a la misma conclusión; el 21 se refiere a las sociedades de "los tipos autorizados" que no se constituyan regularmente; vuelto de otro modo, las sociedades no constituidas regularmente son, sin embargo, sociedades de tipos autorizados.

Por vía negativa se afirma la esencialidad del tipo en el art. 17: es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley. Esto aclara mucho: la sociedad que no adopte al constituirse un tipo legal no es irregular, es nula.

Igualmente el art. 20 afirma que las sociedades que tengan un objeto prohibido en razón del tipo, son nulas de nulidad absoluta. Podríamos preguntarle a la teoría del tipo en formación lo siguiente: ¿Cómo podemos saber si el objeto es prohibido, antes de inscribir, con el tipo en formación?

¿O se permitirá la inscripción primero, para verificar luego la existencia de objeto prohibido por el tipo? Se exige que el juez compruebe el cumplimiento de todos los requisitos legales (6 LS). Uno de ellos es el tipo adoptado. ¿Cómo se comprueba un tipo en formación?

En definitiva: ¿qué es lo que está en formación? El art. 7º dice que la sociedad se considera regularmente constituida con su inscripción. La sección IV se aplica a las sociedades no constituidas regularmente. Se impone una conclusión simple: ¡luego lo que se está formando es la inscripción! Es la sociedad con INEF.

22. Responsabilidad e inscripción

Afirmar que entre el momento de la constitución instrumental y la inscripción, la sociedad se halla en formación es erróneo; está formada. Aseverar que se halla en formación el tipo es también otro error porque como la personalidad el tipo no se puede cuantificar.

Pero - según algunos autores - la RESOLI que se tiene durante el período de irregularidad no sólo por los actos voluntarios (23), sino aun por los necesarios (183 - 1) es consecuencia de la falta de inscripción.

Siguiendo la EM, algunos han admitido que la personalidad de la sociedad no inscrita es limitada porque no se producirá la plenitud de sus efectos normales, entre los cuales se destaca que los socios queden solidariamente obligados (EM, IV).

Aquí se ha ligado la responsabilidad con la inscripción: en los tipos societarios en que la responsabilidad es limitada y no solidaria, no se producirán los efectos del tipo por falta de inscripción.

Tendré, pues, que probar que de las normas legales se colige que la responsabilidad no tiene que ver con la inscripción; ni la limita, ni la elimina, ni libera de ella. Vamos a ver dos grupos: a) sociedades con RESOLI; b) sociedades sin RESOLI.

La solución que la ley adopta en cuanto a la responsabilidad de socios y sociedad frente a terceros - cuya buena fe presume -, permite extraer este principio general: El tercero parece mucho más seguro en sus relaciones con una sociedad irregular que con una regular. En efecto, en los actos voluntarios u operaciones sociales, puede atacar no sólo a la sociedad sino también a cada uno de los socios responsables ilimitada, directa y solidariamente.

A pesar de que parezca absurdo, la protección mayor se tiene precisamente en el trato con la sociedad irregular. En consecuencia, el planteo desde el punto de vista del tercero ofrece ventaja y, por ello, no lo tendremos en consideración. También dejo de lado que antes de la inscripción la RESOLI es directa y luego de inscrita, es subsidiaria.

a) Sociedades con RESOLI: Los socios colectivos, los comanditarios de la comandita simple y por acciones, los capitalistas en las de capital e industria contraen RESOLI por las obligaciones sociales (125 - 134 - 315 - 141).

Con la única distinción apuntada de la subsidiariedad, el régimen de la RESOLI lo tienen los socios de las sociedades indicadas, antes y después de la inscripción: es decir, que salvo el primer aspecto, se mantiene la RESOLI igual.

Esto muestra de manera clara que los expositores en la EM estuvieron pensando en determinadas sociedades, siendo así que aquél debe ser general para toda la ley. Se trata de una tipificación mental que prueba una vez más la existencia de tipo antes de la inscripción.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) Sociedades con limitación: En la SRL los socios limitan su responsabilidad a la integración de las cuotas que suscriben o adquieren (146); en la anónima los socios la limitan a la integración de las acciones suscriptas (163); los comanditarios responden sólo con el capital propio (134 - 315).

Parecería que el tratamiento especial de la EM se dirige a éstas; afirmase que la inscripción produce la imputación de responsabilidad conforme al estatuto o al contrato, lo cual significaría que la inscripción fija aquélla con un tipo que inclusive recién estaría formado.

Pero no hay tal fijación: la omisión del tipo (SRL - SA - SCA) hace responsables ilimitada y solidariamente al administrador junto con la sociedad, por los actos que concertare en esas condiciones (147, 164, 317).

Este parecería ser un argumento a favor de quienes piensan que, formado el tipo por la inscripción precisamente por haberlo omitido, se cae en la RESOLI y, en apariencia es así, pero tampoco la inscripción libera de ella.

Cuando la sociedad inscrita se disuelve por reducción a uno del número de socios, éste tiene RESOLI por las obligaciones sociales contraídas durante los tres meses (94, 8).

Los administradores deben iniciar la liquidación de sociedad por vencimiento del plazo, y cualquier operación ajena a esos fines les atribuye la RESOLI frente a terceros y a los socios (99). De estas sociedades vencidas, existen multitudes.

Ni la inscripción ni el tipo protegen a ninguno de los administradores y representantes sociales que faltan a sus obligaciones de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios (59).

Pero es que se trata de sociedades inscriptas y se dice que la inscripción relacionada con la RESOLI, elimina la situación existente durante el período de INEF, y simultáneamente regula de modo diferente lo relativo a responsabilidad: del doble centro de imputación pasamos simplemente a la imputación centrada en la sociedad. Mas no es así según acabamos de ver. Más evidente todavía y de modo patente es el art. 184: "Inscrita la sociedad, los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución. 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".

Conclúyese, pues, que la inscripción no tiene que ver con la responsabilidad. Y que la irregularidad por la falta de aquélla, no deja de producir los efectos normales del tipo social, sino que conlleva una sanción precisamente por la irregularidad: la solidaridad e ilimitación para forzar la inscripción y, sobre todo, para asegurar al tercero.

El art. 184 es claro: La RESOLI que recae sobre los representantes que actúen en operaciones sociales del objeto, sigue existiendo luego de la inscripción, lo que en definitiva es reconocer con textuales palabras que la inscripción no libera de la RESOLI y, por ello, no están en relación.

Esto se produce precisamente en la SA que sería una de las cuatro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diferenciadas (SCA, SCS y SRL) e igualmente con los socios comanditados y los industriales que tienen RESOLI.

23. Tipo de responsabilidad: nada que ver

Se me ha ocurrido este contacto ya que pareciera surgir de algunas doctrinas que la RESOLI es propia y específica del tipo, siendo un factor de tipificación.

Tal postura parecería en principio razonable, pero si ahondamos el pensamiento, tampoco el tipo ni la responsabilidad tienen que ver entre sí.

Presta confusión la doctrina que separa en general las sociedades en dos grupos: sociedades con intereses, más personales, y sociedades de acciones; en las primeras aparece más la affectio societatis, se da precisamente la RESOLI.

Pero un solo argumento evidencia la falta de relación: los tipos son excluyentes entre sí, a punto tal que un tipo niega el otro; esto es, ninguna sociedad podría asumir más de un tipo al mismo tiempo, aunque podrá transformarse.

Ahora bien, hemos visto que en las sociedades tipificadas como colectiva, en comandita simple y por acciones, de capital e industria, existe responsabilidad solidaria e ilimitada: es decir, cuatro tipos de sociedades diferenciados y una sola clase de responsabilidad.

Luego la responsabilidad no tiene que ver con el tipo porque no produce tipificación ninguna. La prueba es que con ese mismo carácter e inclusive en algunos artículos con remisión tópica (134, 141, 315 se remiten al 125), existe igual responsabilidad en varios de los diversos tipos. A la inversa, el mismo socio comanditario en una simple o por acciones, tendrá RESOLI si se inmiscuye en la administración (137).

Para terminar, una última reflexión: el art. 27 permite a los esposos integrar entre sí sociedades por acciones y SRL y les prohíbe adoptar aquéllas que tienen RESOLI para ambos.

Según esto, deberíamos concluir que ninguna sociedad constituida entre cónyuges puede realizar operaciones sociales antes de la inscripción, porque todos los socios contraen responsabilidad solidaria e ilimitada: esto es, ambos: marido y mujer tienen esa responsabilidad que parece prohibirles el art. 27.

Tampoco podrían integrar marido y mujer una SA como fundadores y directores porque en la constitución simultánea ambos son responsables ilimitada y solidariamente por los actos practicados y por los bienes recibidos (183 - 1).

CAPÍTULO V. REGISTROS: a) PÚBLICO DE COMERCIO; b) DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Los capítulos precedentes han desarrollado la existencia, personalidad, capacidad y legitimación de la sociedad con INEF; también hemos visto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que ni el tipo ni la responsabilidad se conectan entre sí ni con la inscripción que regulariza.

Corresponde abrir el panorama sobre las registraciones del Registro Público de Comercio y del Registro de la Propiedad Inmueble. En particular, me limito a este último Registro por ser de primordial interés notarial. El desarrollo abarca los siguientes párrafos: Registro Público de Comercio. Art. 38 - 3.

24. Registro Público de Comercio

Este Registro tiene por fin publicitar e inscribir las sociedades, constituidas fuera de él en los documentos portantes de las voluntades de los socios y de todos los caracteres que configuran a una persona jurídica determinada.

Como hemos rechazado antes que, a pesar del art. 38 - 3, no hay "sociedad en formación", cosa que alguna doctrina ha aceptado y también me parece correcto no haya "tipo en formación", a esta altura alguien podrá preguntar: ¿Qué pensamos está en formación? ¿O está todo formado?

No, es indudable que no todo está formado. Para llegar a la conclusión simple a que arribamos será necesario imaginar una persona que, afanosa, busca los anteojos montados en su nariz o inquiera por el sombrero que porta en la cabeza.

¿Qué está en formación? Pues simplemente: la inscripción. Por eso he llamado a esta sociedad, con inscripción en formación (INEF). En efecto, si la sociedad está formada y el tipo formado y le falta la inscripción que se tramita en un tiempo, es ésta la que está en formación.

Pero veamos: a) qué es la inscripción; b) inoponibilidad; resumen de situaciones, antes de la inscripción, según sección IV.

a) ¿Qué es la inscripción: ¿será un elemento de la sociedad? No lo parece. Si lo fuera sería necesario estuviera ya en el contrato inicial. Mas por fuerza no está en él, ya que adviene sobre el contrato instrumentado, inclusive sin fuerza saneatoria.

¿Será un elemento del tipo? Menos todavía: una SA no lo es por hallarse inscripta; ni la SRL agrega nada a su tipificación cuando se regulariza en el Registro. Si no inscribiéramos una SCA los caracteres contractuales la configuran como tal, no la inscripción.

Tampoco tiene nada que ver con la responsabilidad, punto que debe aclararse en definitiva, porque junto con el concepto "en formación" ha sido la cortina de humo que, a mi entender, impide ver claro el panorama.

A pesar de afirmarse que las irregulares integran una categoría de sociedades sometidas a un régimen único (EM, IV, 1 - 2), cuando la misma EM se refiere a los arts. 38 y 39 relativos al aporte, dice:

"La diferencia entre este régimen de aportes (39 LS de las SA y SRL) y el fijado con carácter general en el art. 38, aplicable a sociedades del tipo de la colectiva, obedece a que en éstas puede admitirse una mayor liberalidad, dada la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios".

En lo cual, si bien con relación al aporte se está afirmando que en las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedades no regularizadas, la RESOLI se halla en las del tipo colectivo, y no se encuentra ni en las sociedades por acciones ni en la SRL: esto, antes de la inscripción.

b) Inoponibilidad: Y entonces, ¿qué es lo que añade la inscripción? ¿Qué virtud especial se logra con ella? Si faltando la inscripción existe inoponibilidad, la sociedad inscrita por cierto es oponible a los terceros. Y esto es lo que añade: la oponibilidad.

Esta oponibilidad no tiene que ver con la administración interna y sí con la representación: o sea, responde a la idea generalizada de toda inscripción: la inscripción está referida a los terceros y a la oponibilidad o inoponibilidad frente a ellos, aun cuando debemos recordar que el contrato no inscrito no es oponible entre socios (8, b).

Para mejor estudiar el tema veamos los dos momentos: antes de la inscripción y después de la inscripción, contemplando los efectos o carencia de efectos que se produce.

Antes de la inscripción, cualquiera de los socios puede exigir la disolución de la sociedad (22); una vez inscrita, si fueren varios los socios, uno solo no podrá en manera alguna pedir la disolución; tomando como pauta la disolución posible de la SA es necesaria la decisión de los accionistas en asamblea extraordinaria (94, 1; 235, 4).

Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad irregular quedan solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del art. 56, ni las limitaciones que se funden en el contrato social no inscripto (23 - 2).

Inscrita la sociedad, los socios no tienen obligación ninguna por las operaciones sociales que sólo afectan el patrimonio de la sociedad, siempre tratándose del buen hombre de negocios.

Inscrita la sociedad y habiéndose dictado sentencia contra ella, ésta tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, pero previa excusión de los bienes sociales, según el tipo (56).

Los directores de una SA responden ilimitada y solidariamente por las operaciones sociales anteriores a la inscripción, pero luego de inscrita, quedan exentos si, conociendo la resolución que provoca mal desempeño, dejan constancia escrita de su protesta y demás condiciones normativas (274).

Antes de la inscripción, cualquiera de los socios puede representar a la sociedad en las relaciones con los terceros (24); pero una vez inscrita, solo corresponde la administración y representación a los socios que por estatuto o contrato las tenga (arg. a contrario art. 12).

Y así podríamos seguir desarrollando toda la sección IV: en ella se define la consecuencia de la falta de inscripción en las sociedades no constituidas regularmente. Por oposición, la inscripción elimina los inconvenientes que determina esa irregularidad.

Los terceros antes de la inscripción, presumida su buena fe por la norma, ya que no debe investigar aquella situación interior de la sociedad, pueden

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

atacar indistintamente a la sociedad o a los socios.

La ley de sociedades, durante el período en que éstas no se hallan constituidas regularmente por falta de inscripción, busca la protección del tercero y, dejando la mala fe a cada socio y a la sociedad, les organiza una serie de inconvenientes que presionen su voluntad de inscribir rápidamente.

25. Artículo 38 - 3: Registro de la Propiedad Inmueble

Trataremos el tan remanido artículo, que en el ámbito notarial fue uno de los primeros que mereció atención, desviándola de los valores de la propia escritura "traslativa de dominio", la cual aparece detenida en su efecto preciso: la traslación del dominio erga omnes (1184, 1, Cód. Civil) que no lograría oponibilidad por el provisorio de la inscripción.

Vamos a pasar por alto las críticas que se hicieron a la frase "inscripción preventiva" porque no encaja con ninguna de las previsiones de la ley registral, en que las inscripciones son definitivas o provisorias. Esto me hace recordar las críticas al "consentimiento conyugal" del art. 1277, diciendo que se confundía con el "consentimiento contractual", absurda crítica porque la calificación lo hace inconfundible.

Sin pretender defenderme en la gramática, pero sí en la lógica que ella sigue y, sobre todo, en los nuevos contextos referidos al lenguaje, la calificación limita al sustantivo y lo precisa de modo inconfundible. Y aquí se ha procedido en forma similar y siguiendo normas pedagógicas seculares: de lo conocido a lo desconocido.

Los autores se han devanado los sesos tratando de encajar la "inscripción preventiva" entre las conocidas y, por fin por interpretación propia, se dijo tratábase de "inscripción" provisorio, por lo de inscripción o de anotación "preventiva" por igual léxico.

¿Pero se investigó la mente del legislador? ¿El fin que buscaba se cumple con la anotación preventiva o con la inscripción provisorio? No: así como la RESOLI atrajo la atención como si fuera un incendio, la sociedad "en formación" pobló los conceptos y palabras de trasgos y fantasmas: ¿y si no se forma?

¿Cómo inscribir definitivamente un documento portante, a nombre de una sociedad que quizá, por ventura, tal vez, no llegue a formarse? Si así se hiciera, ¿qué procedimiento debería seguirse luego de comprobada la "no formación"? ¿Por qué perjudicar al aportante?

Realmente es absurda la inconsecuencia que se observa: se hace cuestión de una inscripción como si efectivamente trasladara el dominio. Pareciera que todo el Código Civil ha sido cambiado por ciertos grupetti de la ley de sociedades, "sociedad en formación" - "inscripción preventiva" - "limitada y precaria"...

¿Cómo es posible darle tal importancia a esa inscripción y olvidarse que conforme al art. 1184, 1, Cód. Civil, mucho antes de la inscripción, la escritura pública ha producido la "transmisión del inmueble en propiedad" (y art. 45 LS)?

Si Manuel García ha transferido bienes registrables a la sociedad "La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Puerta del Sol, S.A." en concepto de aporte, suscribiendo la escritura pública traslativa, ¿de quién es el título? ¿Por ventura, debido a que la sociedad no se inscribe, salió el dominio por "La Puerta del Sol, S.A." y volvió a alumbrar a Manuel García?

¿Y la escritura? ¿Qué efecto tuvo? ¿Ninguno, o supeditado a la inscripción de la sociedad? ¿Cómo se va a hacer la vuelta: por retransmisión o por retracto y quiénes deberían comparecer a ese acto: todos los socios dispersos, los representantes estatutarios, cualquiera de los socios, conforme art. 24? ¿Debería preverse tal situación en las propias constituciones y darse allí los poderes?

En vez, una vez transmitido el dominio pleno a "La Puerta del Sol, S.A.", si no llegó e inscribirse la sociedad, ¿qué impedimento hay en que el mismo Manuel García o cualquier otro, pida la disolución (22 LS) y, una vez inscrita, luego se liquide adjudicándosele al mismo Manuel García o quizá a otro según las circunstancias?

¿De qué han de servir las normas de la sección IV: sólo para lo negativo? ¿No podrá extraerse de ellas algún valor que positivamente arregle algo? Es necesario reaccionar del exceso de anomalías que los intérpretes le han atribuido: impiden el raciocinio, y coartan la imaginación.

Vamos a ver en este párrafo: a) "inscripción preventiva"; h) la inscripción del aporte debe ser definitiva; c) Disposición técnico - registral 2/77, provincia de Buenos Aires; d) cómo proceder, si la sociedad no se inscribe.

a) "Inscripción preventiva": Aparte de las críticas que ha merecido la expresión, dos son las corrientes de interpretación que, dejándose llevar por las palabras, han procurado encajar en figuras conocidas: anotación preventiva e inscripción provisoria.

Anotación preventiva: comporta un concepto de temporalidad en la toma de razón de un derecho, registrado en documento portante de situaciones jurídicas, y se la practica en el caso de derechos personales o medidas precautorias con reflejo registral.

Inscripción provisoria: sin confundirse con la anterior porque es una inscripción, se practica para proteger la titulación a la espera de subsanación de defectos o eliminar oponibilidades; también entra en ella el concepto de transitoriedad.

En realidad, los intérpretes que han asumido esta doble vía coinciden precisamente en el factor temporal y se han remitido a las figuras porque contienen la idea de tiempo, sobre el cual recae el acento de sus doctrinas.

¿Y qué los ha inducido a elegir dos figuras temporales? La frase "sociedad en formación": es indudable indica realización dinámica, no concluida y entre las coordenadas jurídico - humanas ese dinamismo importa fuerza que atraviesa el tiempo.

Sin embargo, nos parecería que la idea de tiempo no es la que debe predominar. De la EM en el lugar (VI, 3) surge que al legislador le preocupa la protección de los terceros que pueden contratar con la sociedad, idea principalísima en la sección IV.

Algunos de los miembros integrantes de la Comisión Reformadora han

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manifestado que el fin perseguido es sustraer ese bien aportado a la acción de los acreedores particulares del suscriptor; de lo contrario este acreedor podrá perseguir el bien y malograr la constitución de la sociedad (Halperín; iguales conceptos, Odriozola y otros).

En puridad de verdad, esto significa que se busca la protección de la sociedad para que concluya su inscripción y, de ese modo, lograr la oponibilidad frente a los terceros, ya que si el bien aportado fuere esencial, la sociedad no puede constituirse.

Los autores que no reconocen la posibilidad de que la sociedad contrate durante el período con INEF, afirmarán que la inscripción preventiva no tiene finalidades cautelares. Pero es indudable que la sección IV los contradice.

Esta califica a la sociedad como irregular; los aportes normalmente no se realizan después de la inscripción, sino antes de ésta, inclusive en algunos casos deben ser simultáneos, con la constitución (149 - 187) y se hallan sujetos a control de las autoridades que intervienen.

Si, pues, conforme pensamos, la finalidad del legislador ha sido garantizar la propia existencia de la sociedad, ya que ante un acreedor particular podría no constituirse, es correcto se haya llamado a tal inscripción "preventiva".

Y tanto: también protege a los terceros porque la inscripción del bien a nombre de la sociedad en forma definitiva, les da una garantía de cumplimiento, inclusive forzado, de los contratos realizados.

Más aún, no sólo es garantía para la sociedad y para los terceros: garantiza a los otros socios, en el sentido de que la sociedad se integra con los aportes que han convenido, y cada socio conoce su aporte y sabe que cada uno de los otros también aporta: ¿no es un contrato plurilateral? ¿Dónde se ve la efectividad sino en el aporte cumplido?

Mucho más aún: defiende el patrimonio y los intereses que el socio aportante pueda tener en la sociedad, porque el dominio no será suyo, sino de la sociedad. Se han constituido sociedades regulares que, bajo el velo de la personalidad social, han permitido hacer desaparecer patrimonios enteros: ¿No podremos pensar que los aportes son reales, voluntarios, sin perjuicio a terceros y, en todo caso con ventaja para todos? ¿Por qué impedir la inscripción definitiva?

Negarle carácter tuitivo a la "inscripción preventiva" que defiende a los terceros, a la sociedad, a los socios y al propio aportante, es despreciar el valor mayúsculo que se ha querido darle.

Preferir, en vez, el concepto de temporalidad porque la sociedad está "en formación", es caer en el galimatías de una anotación preventiva o de una inscripción provisoria que habrá de renovarse cada ciento ochenta días, al menos, sin solución de continuidad y sin conformar a nadie.

En efecto, la posibilidad de decaimiento de la inscripción por un plazo fijado y mecánico, hará irrumpir un desbordamiento perjudicial que atacará al socio aportante que tuvo affectio societatis, a los otros socios que desean la integración efectiva del capital por todos, a la sociedad que podría correr el riesgo de nulidad si fuera esencial y a los terceros que podrían ver burlada su buena fe.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) La transcripción del aporte debe ser definitiva: corresponde formular varios distingos según fuere el momento del aporte y del documento portante. Ambos aspectos definen y aclaran no sólo la teoría sino también la realización práctica del art. 38.

Se exige obligación de realizar aportes (1 LS), es decir, no pareciera necesario se cumpla en el instrumento constitutivo, salvo modalidades fijadas para los diversos tipos. Así, los arts. 147, 189 y 316 exigen que las SRL, SA y SCA integren el aporte en la constitución.

Esto significa que cuando se presentaren instrumentos constitutivos en que los socios se obligan a realizar aportes, pero no los cumplen entonces, debería tomarse nota al margen del dominio, p. ej., de las inscripciones, siempre que estén mencionadas en el contrato social, inclusive con referencia a la inscripción dominial.

Pero - como establece el art. 5º de la DTR. 2/73 de la provincia de Buenos Aires - "la existencia de una anotación... no obstaría a la inscripción y/o anotación de actos que modifiquen, transmitan, constituyan o extingan derechos reales sobre el inmueble objeto de la anotación preventiva, sin perjuicio de las normas de fondo que en cada caso sean pertinentes".

En consecuencia, no se cumple con la intención tuitiva del legislador. Tampoco debemos exagerar su sentido, ya que habiéndonos colocado desde el comienzo en la tesitura del buen hombre de negocios, oportunamente se habrá de realizar el aporte en forma correcta.

Pero es indudable que la obligación asumida no transfiere nada: simplemente liga las voluntades contractuales y hace nacer derechos y acciones; se trata del nacimiento de un centro de irradiación jurídica, pero si fuera un inmueble, no transmite nada.

Cuando, a la inversa, el aporte sea hecho en el propio instrumento constitutivo, debería seguirse las normas legales en cuanto a los caracteres de los documentos portantes; así, un instrumento privado en que se constituya una SRL no servirá para la transmisión de dominio de un inmueble, aun cuando esté descrito; habrá de hacerse escritura pública.

Hecho el aporte en el documento pertinente; escritura pública o resolución judicial (1184, 1/2609 - 10), con las formalidades de ley y demás condiciones (3, 17801) debe inscribirse la transmisión del derecho operada extrarregistralmente, en forma definitiva, a nombre de la sociedad de la cual es propiedad (38 y 45 LS).

Una vez inscrito el dominio en cabeza de la sociedad, que el registrador, respetando la norma pondrá "en formación", no deberá permitirse la disposición del mismo, sino cuando se comprobare ante aquél que la sociedad se halla inscrita en el Registro Público de Comercio, en función o bien en disolución también inscrita (98 LS).

De esta manera por la inscripción definitiva se ha logrado la protección que el legislador quiere para los terceros, la sociedad, los socios y el socio aportante y se evita la constitución de un patrimonio lleno del aire de anotaciones preventivas o de inscripciones provisorias, que marchan dando tumbos ante cada vencimiento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Una última reflexión para quienes estuvieren contra la inscripción definitiva: en las SRL y las sociedades por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada (51), es decir, se abre la posibilidad de juicio ejecutivo.

Si en uso de la legitimación judicial activa, la sociedad, por medio de sus representantes estatutarios o por mandatarios especiales (167 - 4) inicia la ejecución y logra la transmisión judicial del inmueble, antes de que la sociedad sea regularizada, ¿cómo habrá de ser el asiento registral: una anotación preventiva o una inscripción provisoria? ¿Qué le van a decir al juez: que la cosa juzgada no da para más?

¿Y por qué esta cosa juzgada habrá de tener más efecto que la propia voluntad de aportante? ¿No la manifiesta clara y precisamente? ¿Qué es lo que dio pie para el forzamiento judicial, sino las mismas palabras sacramentales que surgen del instrumento constitutivo que sirven a Su Señoría para juzgar? ¿Por ventura, ante el registrador deben ser más forzantes? ¿Venir acompañadas de ceremonias innecesarias?

Para terminar me permito reproducir la Disposición Técnico Registral 2/1977, del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, que me parece magnífica pues recogiendo las definiciones de la XXII Jornada Bonaerense de Pergamino, las ha aceptado y claramente dice así (Boletín Colegio de Escribanos, Legislación, año V, N° 214, VII/77):

c) Disposición Técnico Registral 2/77:

La Plata, 11 de mayo de 1977.

Visto: La toma de razón prevista por el artículo 38 de la ley N° 19550 y

Considerando:

Que el espíritu de la ley de sociedades comerciales, resultante de la interpretación orgánica y sistematizada de sus artículos 6°, 36, 149 y 187, tiende a la protección del patrimonio de las sociedades en formación y de los terceros que con ellas contratan; de manera tal que la sociedad cuente en su haber con los bienes aportados desde el momento mismo de su constitución, sin riesgo de futuras anotaciones de medidas cautelares o disposición de los bienes a terceros por parte de los aportantes, con el consiguiente perjuicio;

Que si bien la legislación vigente permite la constitución de sociedades por instrumentos públicos o privados, el único medio idóneo de transmitir el dominio es el instrumento público cuando se trata de bienes inmuebles, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1184 del Código Civil;

Que debe considerarse que las sociedades en formación tienen capacidad para adquirir derechos, y, en consecuencia, integrar su acervo con el dominio de bienes inmuebles, como ya se ha previsto en la disposición técnico - registral N° 6/76;

Que, por ello, únicamente merecerán la toma de razón prevista en el artículo 38 de la ley 19550, los instrumentos públicos que sean portadores

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fehacientes de transmisiones de dominio a favor de una sociedad en formación, que debe ser el adquirente en ese acto;

Que teniendo en cuenta lo ordenado por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, el artículo 2º de la ley 17801 y concordantes, como así también lo expuesto precedentemente, la anotación del inmueble a favor de la sociedad en formación prevista por el artículo 38 de la ley 19550, deberá efectuarse por medio de inscripción definitiva de la transmisión de dominio, previa la calificación registral prevista por la ley 17801 (art. 9º, inciso b);

Que resulta necesario, a efectos de evitar interpretaciones erróneas, dejar sin efecto las disposiciones técnico - registrales N° 2/73 y N° 6/76.

Por ello, el Director Provincial del Registro de la Propiedad

Dispone:

Artículo 1º - Sólo merecerán la anotación prevista por el artículo de la ley 19550 los instrumentos públicos que sean portadores fehacientes de transmisión de dominio en las que resulten adquirentes sociedades en formación.

Art. 2º - La mención al cumplimiento del recaudo del artículo 38 de la ley 19550 se hará efectiva simultáneamente con la inscripción definitiva que corresponda al título respetándose el trámite normal de calificación previsto en el artículo 9º de la ley 17801.

Art. 3º - Para la anotación de transferencia de inmuebles matriculados y a matricularse, deberá volcarse en el rubro "Titularidades sobre el dominio" el nombre de la sociedad en formación, debiendo referirse expresamente el asiento al artículo 38 de la ley 19550. Para la anotación de transferencia de inmuebles que se encuentran bajo el sistema de la ley 2378, se procederá a la inserción de la rogatoria en el protocolo correspondiente.

Art. 4º - Tales circunstancias deberán publicarse en los certificados e informes, y hacerse constar en los documentos inscriptos.

Art. 5º - Deróganse las disposiciones técnico - registrales N° 2/73 y N° 6/76.

Art. 6º - Insértese en el bibliorato correspondiente como disposición técnico - registral. Notifíquese a las Subdirecciones de Área y a todos los Departamentos de esta Dirección Provincial. Comuníquese al Registro Público de Comercio y a los Colegios Profesionales. Cumplido, archívese.

Mario Sacerdote,
Director Provincial del Registro de la Propiedad
de la Provincia de Buenos Aires

d) Cómo proceder si la sociedad no se inscribe; o si se inscribe: Para afirmar las conclusiones a que hemos llegado, es conveniente recorrer tramos posteriores a los que se han practicado hasta ahora. En efecto, la imaginación aparece detenida y no va más allá del concepto "en formación" y la supuesta hipótesis del "no formada", pero no curioseá detrás del muro.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1) Sociedad no inscrita: Supongamos un aporte simultáneo. Se trata de inmueble a sociedad anónima que se constituye; en el propio instrumento notarial se realiza la transferencia de dominio y entra al registro inmobiliario, inscribiéndose a nombre de la SA..., art. 38.

A este supuesto, debemos añadir que la sociedad no se ha podido regularizar en el Registro Público de Comercio, sin importar la causa por la cual no se inscribe, pero admitiendo que los socios son buenos hombres de negocios.

Prefiero colocarme siempre en este planteo porque es más simple y común; permite trabajar en un campo determinado. Si nos colocáramos en la peyorativa se hace difícil imaginar nada porque el mal tiene muchos rostros, incluso inimaginables. Prosigo.

Lo que corresponde es que cualquiera o todos los socios mejor exijan o decidan la disolución, la cual tiene efecto entre ellos a partir de la notificación fehaciente, y respecto de los terceros desde la inscripción, previa publicación en su caso (24 y 98).

La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles (101). Y cabe pensar: de manera curiosa, algunos juzgan que la sociedad tiene "el tipo en formación", antes de inscrita; ¿logrará la configuración del tipo al inscribirse su disolución y sin funcionar?

No vale la pena seguir los artículos de la sección XII, parte general. Los pasos: liquidador, obligaciones y facultades; partición y distribución parcial, balance final y distribución, ejecución de ésta y cancelación de la inscripción.

Entre los bienes a distribuir entre los socios, una vez pagadas las deudas, se hallará el aportado por el socio, que se le podrá volver. Pero no tiene derecho a exigir esa vuelta del dominio, que podría no ocurrir conforme con la distribución que se apruebe.

2) Sociedad inscrita: comienza la disponibilidad total del patrimonio. Pero haría falta una sola cosa para cerrar el ciclo: comunicar al Registro de la Propiedad la inscripción del contrato o estatuto social en el Registro Público de Comercio.

Ello puede hacerse respecto de un bien en la propia escritura en que se realice alguna de las operaciones sociales, conforme al objeto, o bien por acta notarial: el presidente de la sociedad hará constar la inscripción de la sociedad y las inscripciones de los dominios, solicitando nota marginal en éstos de aquella circunstancia.

3) Bienes provenientes de operaciones sociales realizadas durante el período anterior a la inscripción; pueden realizarse todos los actos sociales sin que ello implique que recién comience la disponibilidad que, a la inversa del aporte, siempre tuvieron.

En efecto, mientras el aporte garantiza a terceros, sociedad, socios y aportantes, porque constituyen el capital inicial de la sociedad (1 LS), los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes habidos por contratos realizados, constituyen el manejo derivado del objeto social y si he admitido la legitimación para adquirir también la admito para enajenar.

En resumen: los bienes aportados, adquiridos antes de la inscripción, son disponibles luego de ella. Los bienes adquiridos por contratos derivados de operaciones sociales son disponibles antes y después de la inscripción.

**CAPÍTULO VI. CONDUCTA DEL NOTARIO EN ACTOS ANTERIORES A LA
REGULARIZACIÓN**

Este último capítulo es eminentemente práctico; intenta estudiar la actitud del notario frente a los actos necesarios de los aportes, a las operaciones sociales que quiera realizar la sociedad; a la legitimación de personería que debe calificar y declarar bastante; y a la bondad de los títulos que él emite o que puedan ser emitidos por otro notario.

Todo este panorama de practicidad debe hallarse embebido en la licitud, para lo cual convendrá investigar el encuadre de los actos necesarios y voluntarios dentro de la competencia material del notario, y la permisividad expresa de la norma legal a través del articulado precisamente de la sección IV.

Por último, todo lo que pueda realizar el notario manifestará una vez más su carácter de jurista eminentemente práctico que se aboca a los contenidos normológicos para moldear en ellos la voluntad de las partes en la dimensión sociológica, teniendo como foco iluminador la dikelogía de la propia vida jurídica que busca el equilibrio armonioso de la verdad, en el contexto de la buena fe y del acuerdo, propios de la autonomía.

En consecuencia, la referencia abarca dos partes: a) los principios generales que justifican la competencia material y la licitud; b) los distintos capítulos referidos a la actividad de la sociedad.

26. Competencia material y licitud

Así como no puede intervenir de oficio, tampoco el notario puede negarse a prestar su función que, en principio, es inexcusable, toda vez que medie requerimiento de parte, salvo razones precisas y limitadas para rehusarse; pero si la rogación se halla dentro de su competencia material y conforme a la ley, el deber de función se hace presente y no corresponde la negativa.

a) Acuerdo: El campo propio de actuación del notario es la autonomía fundada en la libre manifestación de la voluntad jurídica de las partes que, en acuerdo mutuo sobre objetos y actos, acuden al oficial público por imposición de la ley o porque así lo quieren.

Para el caso que nos interesa: determinados contratos con precisas consecuencias buscadas por las partes dentro de la normativa legal deben contar con la actuación del notario no sólo para fijar la exteriorización de sus actos voluntarios sino para producir efectos: la transmisión de un inmueble

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por vía autónoma debe realizarse en escritura pública que produce el desplazamiento de la titularidad; así otros.

Por supuesto, dentro de los principios generales del derecho otro límite a la función notarial - común con las demás funciones - es la moral y las buenas costumbres que se vive en un orden público determinado, el cual sanciona de nulidad absoluta las realizaciones que lo contradigan.

En estos dos aspectos: autonomía como competencia material y orden público, y en relación a la intervención posible del notario en determinados actos, la ley de sociedades no tiene referencias particulares de modo concreto, en forma tal que - salvo lo específico - los actos ante notario se guían por otras normas, como pueden ser las del Código Civil, que inclusive complementa al de Comercio.

Cuando el notario perciba de alguna manera la existencia de un ilícito, inclusive posible, y aun cuando no fuere consumado, e igualmente cuando, a pesar de las buenas interpretaciones, no puede amoldar las voluntades de sus requirentes en la norma legal, debe inhibirse inmediatamente y negar su función.

b) Sociedad irregular: ¿Y qué nos dice la norma legal comentada, en particular en la sección IV y en el comentario de la EM? Quiero detenerme en forma precisa en una expresión que aparenta tener un sentido peyorativo y así se le da y, en sí, no lo tiene: "sociedad irregular": es necesario aclarar.

La irregularidad de una sociedad puede tener múltiples motivos; el primero y más evidente se debe al mal uso que pueden hacer de ella quienes la constituyen como fachada de sus actividades ilícitas, aun cuando la sociedad figure con un objeto lícito (19 LS). Todo lo relativo a las nulidades es claro. El notario no puede prestarse a estas actividades que constituyen serias irregularidades de cualquier sociedad, inscrita o no inscrita.

Otra irregularidad que nada tiene que ver con la anterior es aquella con que se considera a las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyen regularmente (21 LS) y de éstas tratamos. Así como se ha criticado la imputación de precariedad y limitación a estas sociedades, debe también criticarse que la irregularidad imputada por la norma se interprete como irregularidad en la conducta.

La irregularidad en este caso débese exclusiva y únicamente a una falta formal: la falta de inscripción y, en vez de formular consideraciones innúmeras acerca de la situación en que incurren los fundadores o representantes en ese período, deberían arbitrarse medios para que pudiera cumplirse presto con ese requisito formal de la inscripción, cuyos lentos y entorpecidos trámites resultan con frecuencia hartos irritativos. Por otro lado recuerdo la sentencia de 1942, reproducida en el parágrafo 8.

La irregularidad del art. 21 significa que falta la inscripción lisa y llanamente; si tiene consecuencias fatales recae sobre aquéllos que obran incorrectamente, pero entonces no importa si están inscritas o no. Vamos a ver ahora, cómo las normas de la sección IV son totalmente permisivas de actividades por parte de las sociedades irregulares e inclusive no existe impedimento alguno porque su realización no se halla limitada ni nulificada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por ninguna norma expresa.

c) Normas permisivas: No hay ningún autor que ignore la multiplicidad de negocios realizados por cualquiera sociedad, irregular por falta de inscripción. Pecaría de falta de realidad jurídica quien opinara lo contrario cuando en nuestras notarías podemos contemplar casi a diario que primero ha sido el negocio y para él se ha buscado la forma societaria. La EM recoge esa realidad y recuerda a Vivante.

En consecuencia, esa vida jurídica que transcurre bullente en la dimensión sociológica ha sido elevada a situación normológica procurando regular las sociedades irregulares, por haber considerado el legislador dikelógicamente que no debe apartarse de la realidad haciendo caso omiso de la múltiple actividad.

Las propias normas de esta sección son sumamente claras: repito que el art. 23 - 2 en la última parte faculta a la sociedad a ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados. Será inútil recorrer una vez más los contratos nominados posibles para la sociedad con INEF; siempre que se hallen encuadrados en su objeto y según el tipo.

El art. 26 también en su última parte habla de los bienes sociales cuyo dominio requiere registración; esa registración no debe referirse necesaria ni menos exclusivamente a los bienes aportados, sino a éstas y a aquéllos que hayan ingresado en la propiedad social por medio de los actos y contratos que surgen del 23 - 2 comentado.

Por último, si no se inscribiera la sociedad, queda la posibilidad de disolución.

27. Actos notariales de la sociedad

El Congreso de Munich rescató para el notario el carácter de jurista práctico. Este párrafo busca precisamente enfocar el tema desde la práctica notarial volcada a esa realidad cotidiana que, en la hipótesis en que nos hemos colocado, encuadra dentro de la competencia material y es lícita porque hay normas permisivas.

Veremos varios puntos: a) actos necesarios; b) actos voluntarios u operaciones sociales; c) representaciones; d) luego de la inscripción que regulariza; e) bondad de estos títulos.

a) Actos necesarios: en principio tratamos, a modo de ejemplo, de los aportes que necesariamente deben hacerse por escritura pública para trasladar la propiedad; hay dos clases de aportes: aquéllos que deben realizarse simultáneamente en la constitución y los posteriores a ésta.

Cuando se trate de aportes realizados simultáneamente en la constitución, deberá seguirse en ese sector del esquema de cualquier escritura traslativa de dominio: descripción del inmueble, voluntad de transmisión a título de aporte, valor, consentimiento conyugal si correspondiere, y todas las legitimaciones notariales.

Si se promete el aporte, oportunamente deberá realizarse la escritura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

traslativa; si la sociedad está sin inscribirse todavía, se aporta conforme al art. 38 - 3 y se inscribe con esa salvedad. A partir de la inscripción entiendo es de libre disponibilidad, debiéndose comunicar la inscripción al registrador en la propia enajenación o en otro acto.

b) Actos voluntarios u operaciones sociales: entiendo existen dos aspectos que contemplar: el tipo de sociedad que se presta para unas operaciones más que otras y, fundamentalmente, el objeto, siendo éstos los principales caminos que enmarcan la actividad de la sociedad con INEF.

Así he interpretado el art. 23 cuando se refiere a las "operaciones sociales", es decir, propias del objeto de la sociedad, o lo que el art. 58 se expresa de modo negativo: operaciones que no sean notoriamente extrañas al objeto social. Inclusive podrían aparentar no serlo, pero estar ligadas: v. gr., la compra de un inmueble para oficinas de una sociedad cuyo objeto es químico.

Esta ligazón debe realizarse indudablemente en el acta de directorio; a pesar de que el presidente sea el representante legal y, por ende, podría actuar sólo informando él en la propia escritura la ligazón, entiendo de todo punto de vista adecuado exigir acta especial para este caso.

c) Representantes: deben serlo los estatutarios o contractuales que actúan en calidad de representantes legales o sus mandatarios especiales (147 - 4 LS). En este aspecto, me apoyo en la opinión de Claudio Alberto Solari del Valle que piensa en la representación normal de cualquier sociedad.

Es más, he sostenido más arriba que la posibilidad del art. 24 no puede quedar descartada en forma absoluta. Si la EM estima es un inconveniente, en casos determinados representaría la solución única y valedera para graves problemas, inclusive de subsistencia de la sociedad.

El notario deberá comprobar, en la medida posible, la causa real por la cual es imposible la comparecencia del representante estatutario o contractual y verificada con diligencia, no creo podría negar su función ante insistencia del requirente.

No será necesario abundar en literatura acerca del directorio no inscripto, que, hago notar, es el primero surge del propio estatuto o contrato no hallándose inscrito aun. Luego de otras reuniones notariales que han definido la cuestión no creo haya problemas en este aspecto.

d) Falta de libros: efectivamente no estando inscrita la sociedad no tiene tampoco libros rubricados. Si fuere imprescindible realizar actas serán necesariamente volantes, por cuya razón convendrá proceder de varias maneras, siendo la solución más eficaz la intervención del notario.

En efecto, puede acudir al notario para que, presente durante la sesión, proceda a labrar acta de las consideraciones y decisiones de la asamblea o de directorio, siendo la facción protocolar o extraprotocolar, aun cuando es muchísimo más recomendable aquélla.

Caso de que no interviniera notario, el acta podrá ser labrada y suscrita por los directores; si tuviere cabida podrá certificarse la firma de éstos en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reconocimiento que ante notario puedan hacer de ellas.

Tanto ésta como la que no tuviere legitimación de firmas, convendrá sean protocolizadas e insertas en el protocolo y en el texto del acta notarial respectiva. Posiblemente sea conveniente poner cláusula obligacional que imponga la reproducción del acta en el libro respectivo, una vez se provea.

e) Sociedad regularizada o no por la inscripción: no es necesaria ninguna aceptación ni corresponde ratificar los actos: simplemente se comunica al Registro de la Propiedad la inscripción en el Registro Público de Comercio, lo que podrá hacerse por acta notarial, en la cual se refieren las inscripciones dominiales de la sociedad inscrita.

En el caso de que hubiere alguna disposición singular de un inmueble podrá producirse la información en el propio instrumento notarial que constituye la venta del inmueble, en la inscripción que figura a nombre de la sociedad pendiente de inscripción o por aporte.

Cuando la sociedad no se regularice correspondería la liquidación en la forma común, previa inscripción de la disolución para tener efectos contra terceros.

f) Bondad de los títulos: no creo puedan observarse los títulos que obtenga una sociedad en concepto de aporte como tampoco los que ingresan en su patrimonio por compra, permuta, etc.; igualmente serán perfectos aquéllos en que la sociedad es vendedora, deudora hipotecaria, etc.

Habrà de tenerse cuidado en que los representantes sociales sean los legales, con facultades suficientes, constantes en actas protocolizadas. Creo que el notariado presta en ese caso su seguridad a la actividad social, lícita, correcta que encuadra dentro de la ley.

De este modo, obrando con prudencia y cautela, ayudará efectivamente a la vida de la sociedad, durante un período que ha sido duramente considerado para todas, por la anomalía de las menos. Y esta actitud conciliadora, positiva y de espíritu emprendedor deriva naturalmente de la función notarial.

Fuera de todas dudas deben tenerse los ojos bien abiertos y, ante la menor duda, abstenerse. Pero así como la buena fe es condición de todo contrato fundado en la apariencia, debemos defender la posición del notario que tiene iguales caracteres: buena fe ante la apariencia jurídica.

ÁMBITO Y VIGENCIA DE LA SOCIEDAD CIVIL(*) (429)

JORGE G. PÉREZ DELGADO

1. Cuando el doctor Osvaldo Solari, en representación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, me honró invitándome a participar de este Seminario que comprende un amplio temario del derecho societario, le transmití mi preocupación por la parte que a mí me toca afrontar: las sociedades civiles. Esa preocupación surge del hecho de parecer dudoso si el tema que aquí