

Comisión II.

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

NORBERTO RAFAEL BENSEÑOR.

(Aporte del Colegio de Escribanos de la Provincia
de Buenos Aires)

I. Introducción.

Categoricamente puede afirmarse que la actividad mercantil argentina se desarrolla a un ritmo vertiginoso. Ello se demuestra cabalmente, con sólo comprobar el número de sociedades que diariamente se constituyen, modifican, incrementan su capital o realizan alguna mutación estructural.

Este movimiento afecta sin duda al notariado. Aunque el documento público se impone obligatoriamente sólo en las sociedades accionarias, es cada vez más frecuente el número de interesados que acuden a las notarías en procura de consejo, asesoramiento y asistencia, aun en aquellos casos en que esta forma de instrumentación deviene optativa, prefiriéndosela por las virtudes que de ella se desprenden.

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

Desde el ángulo de nuestra profesión, este aspecto ofrece una realidad peculiar que escapa tal vez a la observación de otros espe-

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

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

Siempre es útil merituar los resultados obtenidos por una norma legal, confrontándolos con los datos tomados de la realidad. Cuanto más nos alejamos de ella, corremos el riesgo de convertir los textos legales en frases líricas desprovistas de toda repercusión comunitaria. Nada peor que tomar distancia de la realidad, le puede suceder a una ley. El desuetudo es el peor castigo que sólo puede inferir a una norma jurídica. Significa que ni siquiera es reemplazada por un medio idóneo, originado en el ámbito del propio derecho. Implica, de por sí, el rechazo que la comunidad hace de una regla que no satisfice sus inquietudes ni necesidades.

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

- 1) estar acorde con las tendencias y modos de ser de la sociedad que ha de regir;
- 2) que la redacción de sus disposiciones sea clara y precisa;
- 3) que en el ordenamiento y la distribución de las materias se haya procedido con método¹.

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

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

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

La ley 19.550, que en la República Argentina regimienta todo lo atinente a las sociedades comerciales, consagra una sección al supuesto de la sociedad no constituida regularmente. Mas, previo a entrar en algunas consideraciones relativas a ella, intentaremos conceptuar qué se entiende por sociedad "en formación".

II. *Conceptuación.*

De conformidad con el art. 1 de la ley 19.550, habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en dicha ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

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

El apartamiento del tipo determina la nulidad de la sociedad así constituida (art. 17), lo que también se produce si se constituye

¹ R. M. Salvat, *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general, t. I, p. 126.

una sociedad prevista con ingredientes ajenos a su tipo (v.gr., representar el capital de la S.R.L. con títulos negociables o no organizar la S.A. con los tres órganos típicos).

Debe advertirse que en la ley se distingue claramente la "irregularidad" de la "nulidad", conceptos que en el régimen del Código de Comercio se confundían, lo que originaba una suerte de remisión al régimen de nulidades del derecho civil, inconciliable con las problemáticas del derecho societario.

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

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

El iter constitutivo comprende una etapa instrumental donde queda plasmado el consentimiento de los constituyentes en crear el sujeto de derecho cumpliendo con los requisitos que la ley determina (art. 110) y otra posterior que supone la presentación del contrato para su registración, con la previa publicación, en su caso.

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

En este último caso la cuestión queda conectada con el régimen de las sociedades no constituidas regularmente, tratadas en la sección IV de la ley 19.550.

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

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

En el primer caso se trata de aquellas que no habiendo alcanzado la instrumentación se proyectan con un objeto mercantil fren-

te a la realidad económica por medio de signos, estigmas y modalidades societarias, que hacen presumir su existencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Características diferenciales.

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

	<i>Sociedades de hecho</i>	<i>Sociedades no constituidas regularmente</i>
Objeto	Necesariamente comercial	Civil o comercial
Capital	sí	sí
Tipicidad	no	sí
Organización	no	sí
Prueba	Amplia y compleja	Documental
Participación en ganancias y pérdidas	sí	sí
Instrumento	No existe	Lo tienen

IV. Personalidad.

Tras haber efectuado diversas concepciones informadas en los lineamientos precedentes, se hace preciso abordar el incipiente problema de las sociedades irregulares.

El tema en cuestión ha sido objeto de diversos tratamientos en el derecho comparado y en la doctrina argentina.

Hans Kelsen² enseña que la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de indi-

² H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Ed. Eudeba, 1963, p. 127.

viduos. Ella —sostiene el autor— es a veces la personificación de un orden jurídico parcial, caso del estatuto de las asociaciones y a veces el orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales, y es lo que se denomina habitualmente con el nombre de “Estado”. Agrega que para la teoría pura del derecho la persona física y la jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico.

Sobre la base de tales premisas, existieron autores que se inclinaron por negar la posibilidad de que estas sociedades tengan personalidad, argumentando en tal sentido que si precisamente el orden jurídico establece medios para la creación de la persona, no es la expresión de la voluntad de las partes la que le da nacimiento, creándolas. Por esta razón, el actuar en abierta oposición de las normas legales no puede originar una persona moral.

Otros tratadistas establecen que la disposición del art. 296 del Código de Comercio, al expresar que ninguna acción entre los socios o de éstos contra terceros, que funde su intención en la existencia de la sociedad, será admitida en juicio, fue el fundamento de las teorías negativistas de la personalidad, admitiendo en tales casos una “mera comunidad”³.

Mas, si se reconoce la preexistencia de los actos de nacimiento social atribuyéndole a la personalidad jurídica el carácter de medio técnico para el desenvolvimiento de las actividades, puede válidamente entenderse que ella no es exclusiva de las sociedades regulares, sino también de aquellas que sin haber cumplido cabalmente las normas legales tienen real existencia dentro del orden jurídico.

El Dr. Zavala Roriguez (ob. cit.) se adhiere, sin más, a considerar que efectivamente las sociedades irregulares ostentan la característica de la personalidad, citando en prueba de ello numerosos pronunciamientos judiciales que admiten la posibilidad de que un socio pueda contestar en nombre de la sociedad las demandas que se incoaren contra ésta, como también aquellos otros que resolvieron que la voluntad social se forma por la mayoría, y no por la unanimidad, o también la circunstancia de que un socio absuelva posiciones por la sociedad.

Otros prestigiosos comercialistas⁴ no dudan en reconocer que la irregularidad de la sociedad no es impedimento para el reconocimiento de su personalidad y existencia como sujeto de derecho,

³ Zavala Rodríguez, *Cód. Com. com.*, t. I, p. 314.

⁴ C. Malagarriga, *Derecho comercial*, t. I, p. 676.

por lo cual, aunque se sostenga que su personalidad es precaria y limitada, ella existe como tal.

Fue precisamente la doctrina francesa la que ofreció, sin duda, una interesante evolución. Gran parte de sus autores sostuvieron que una ley sanciona con la nulidad a la sociedad irregular, puesto que se la considera contraria a los intereses generales del crédito, pero a la postre mitigan ese concepto vertido cuando se trata de proteger a los terceros comprometidos.

Advirtamos en esta etapa que los antecedentes extranjeros no deben ser fundamentos exclusivos de doctrinas a aplicar en nuestro medio jurídico. Las particulares situaciones que a veces determinan sus vertientes son difícilmente trasplantadas a otras realidades sociales. En Francia es destacada la importancia de orden fiscal y de policía societaria que se asigna a la registración mercantil.

Pese a ello, Segovia, Obarrio y José María Moreno se inclinan por la sanción de nulidad dentro del régimen del Código de Comercio, mientras que Siburu, Halperin, Fernández, Garo y Faré, entienden que las sociedades irregulares eran meramente rescindibles.

La jurisprudencia que precedió a la sanción del nuevo régimen legal de las sociedades en nuestro medio, se inclinó decididamente hacia el reconocimiento de la personalidad, aun cuando algunas restricciones pesaran sobre ellas. El concepto de la autonomía patrimonial es lo que avala moderadamente el reconocimiento de la personalidad jurídica, en esencia.

La exposición de motivos de la ley 19.550 afirma el reconocimiento de la personalidad de las sociedades irregulares, y todo el articulado de la sección IV motiva claras referencias a la posibilidad de concebir estas sociedades como exhibiendo dicho atributo.

Dentro de la sistemática de la ley, la personalidad reconocida es precaria en tanto cualquiera de los socios puede exigir en todo tiempo su disolución, tal como lo dispone el art. 22, aunque frente a terceros debe cumplirse con el requisito de la publicación e inscripción que el art. 98 legisla para todas las sociedades en general.

Su carácter de limitada surge del hecho de que ciertos efectos de la plena personalidad no llegan a alcanzarse.

Los efectos naturales de la representación no se producen por ello totalmente, ya que los socios y el representante que contrataren a nombre de la sociedad quedan obligados solidariamente por las operaciones sociales, no pudiéndose exigir la previa excusión de los bienes de la sociedad, ni tampoco invocar las limitaciones de responsabilidad que surjan del propio contrato social.

La sociedad queda obligada por el acto o contrato que cualquier socio efectúa, y en este caso tampoco podrán esgrimirse las limitaciones antes expuestas. Ningún socio puede aducir las defensas o derechos que surgen del contrato social, pero la sociedad puede ejercer los derechos que surjan de los contratos celebrados.

Como excepción a lo expuesto, la liquidación de la sociedad se ajustará a lo que disponga el contrato y los preceptos legales.

Halperin⁵ resume como rasgos característicos de la personalidad los siguientes:

- a) posibilidad de estar en juicio representada por cualquier socio (art. 24);
- b) imposibilidad de embargar bienes sociales por deudas de un socio, ni aun en caso de quiebra (art. 26);
- c) preferencia concedida a los acreedores sociales para percibir sus créditos sobre el haber social.

Para Colombes⁶, la personalidad de este tipo de sociedades es una cuestión de grados.

Discrepamos con tal autorizada opinión. El concepto de personalidad trae ínsito el de existencia en el mundo jurídico; la graduación de ella no cabe en el ámbito existencial sino en el de la consistencia. De tal forma lo que admite grados es la capacidad propia.

Finalmente acotamos que la recepción amplia de la personalidad jurídica dentro de nuestra ley civil (art. 33 del Código Civil) avala plenamente la posición afirmativa acerca de la real personalidad de las sociedades irregulares.

V. La contratación durante el iter constitutivo.

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

A tal fin, a modo de prelación, debemos señalar que el enunciado "validez" tal vez genere una noción inadecuada de la cuestión. No significa arribar a la nulidad o anulabilidad de los actos, con todos los efectos y consecuencias que se producen por aplicación del derecho común. Más bien el sentido de la proposición busca deter-

⁵ Isaac Halperin, *Curso de derecho comercial*, vol. I, p. 331.

⁶ G. R. Colombes, *Curso de derecho societario*. Parte general, 1972.

minar la oponibilidad que resultan de dichos actos y la imputación que de ellos pueda realizarse en la sociedad una vez constituida regularmente.

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

1. *Actos necesarios.* — Son todos aquellos que en forma directa o indirecta se vinculen con el cumplimiento de las etapas necesarias para lograr una constitución regular y también los actos conservatorios de los bienes recibidos.

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

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

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

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

VI. *Imputación. Responsabilidades.*

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

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

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

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

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

Esto se produce como consecuencia de lo siguiente:

a) las derivaciones del proceso de constitución no pueden arrastrar en sus resultados a los terceros;

b) rigen para el caso las disposiciones del art. 23, ya que en el instante de producirse los actos la sociedad no se hallaba constituida regularmente;

c) producida la regularización, la sociedad deviene en obligada directa por los actos de su constitución, quedando liberados los representantes y los socios, en tanto actuaron en la órbita de su competencia.

Dentro del mismo supuesto se ubica el caso en que se aportaran inmuebles cumpliendo el procedimiento del art. 38 de la ley 19.550.

La referencia que efectúa dicha norma a la sociedad en formación implica consagrar un típico caso de actuación legítima de ella. En tal situación, la sociedad en formación adquiere el inmueble aportado "previamente", siendo ésta la correcta acepción que debe darse al término "preventivamente" adoptado por la norma legal. Con la regularización de la sociedad el inmueble queda automáticamente registrado a nombre de ella, sin necesidad de una nueva aceptación.

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

El cumplimiento total del proceso inscriptorio de estas sociedades determina su regularización, sin eficacia retroactiva, pero la sociedad deviene en sucesora de la sociedad irregular preexistente. En este ámbito el art. 86 establece que los derechos y obligaciones de los socios empiezan desde la fecha fijada en el contrato social. El precepto toma su vertiente del principio consensualista consagrado en el art. 403 del derogado Código de Comercio. Sin embargo, este precepto es inaplicable para las sociedades anónimas en razón de que disposiciones específicas y peculiares rigen para tales casos.

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

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

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

Si bien no cabe discutir su procedencia y validez, es aconsejable que si en tales circunstancias la sociedad debe recurrir a una instrumentación notarial, su aplicación solamente se ciña a los casos urgentes o de absoluta necesidad, procurando dotar a las relaciones jurídicas formadas a través del documento, de seguridad, certeza y perdurabilidad.

b) Sociedades por acciones (anónimas).

La ley 19.550 ha tratado en los arts. 182, 183 y 184 los distintos casos.

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

Según el art. 168, son considerados promotores los firmantes del programa de fundación.

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

En dicha asamblea se aprobará o no la gestión de los promotores. Labrada el acta se procederá a obtener la conformidad administrativa, la publicación e inscripción según los arts. 10 y 167 (art. 180). Los promotores entregarán al directorio la documentación relativa a la constitución de la sociedad y demás actos celebra-

dos durante su formación. Los directores devolverán a los promotores la documentación relativa a los actos no ratificados por la asamblea (art. 181).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En último caso, se entiende que podría existir a lo sumo una sociedad de hecho entre los fundadores, ya que la ley estructura todo el sistema sobre la base de la responsabilidad ilimitada y personal de ellos.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que siempre los terceros podrán accionar contra la sociedad anónima en la medida de su enriquecimiento, medie o no asunción.

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

El art. 26 de la ley 19.550 ha despertado sorpresa por su redacción y mucho más por la interpretación que sobre él han formulado algunos especialistas.

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

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

Sin embargo, es la parte final del artículo la que crea una suerte de confusión. Tanto es así que caracterizados estudiosos argumentan que se confirma de tal manera la incapacidad de derecho de la sociedad irregular para adquirir bienes cuyo dominio requie-

⁷ I. Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 141.

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

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

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

El art. 2 de la ley enfatiza el car3cter de sujeto de derecho de la sociedad con el alcance fijado en 3l. El art. 23, al disponer que la sociedad no constituida regularmente y sus integrantes no podr3an valerse de los derechos o defensas que su contrato les ofrece, est3 estableciendo una sancion. En este sentido se impide utilizar las limitaciones contenidas en el contrato plurilateral y que pueden oponerse a los terceros en su perjuicio, sin haberse cumplimentado con la publicidad y registraci3n que imperativamente se organiza, en aras de la seguridad y el inter3s en general.

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

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

Por tanto, no puede neg3rsele a ella un factor preponderante dentro de las relaciones entre los acreedores sociales y los particulares, ya que los derechos que cada uno de ellos pretendiera ejercer sobre dichos bienes, estar3n directamente relacionados con la titularidad que los asientos registrales proyecte hacia el exterior (conf. arts. 2505, 3515, C.C., y ley 17.801).

En materia de bienes muebles no registrables, su posesión equivale a título (art. 2412, C.C.), pero la tradición que se otorgue de un bien raíz seguida del instrumento público de enajenación, necesita del perfeccionamiento —no convalidante— que le otorga la registración, a tenor de la legislación vigente y su doctrina, que no pueden desconocerse ni dejar de respetarse en el ámbito societario mercantil.

Esta interpretación queda corroborada por la disposición del art. 142 de la ley 19.551, de concursos, que dispone que si existieren en poder del fallido bienes de terceros, éstos podrán reclamarlos si hubieran sido entregados al fallido por título no destinado a transmitir el dominio.

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

VIII. *El art. 38 de la ley 19.550. Prenociones.*

La moderna legislación societaria argentina puso especial énfasis en amparo de los terceros en lo atinente a la formación del capital.

El art. 1 de la ley que tratamos, conceptúa el término "sociedad comercial" e indica en su caracterización la necesidad de que dos o más personas se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios.

La suma de los aportes constituye lo que se denomina "capital social", constituyendo éste un numeral o más bien una expresión nominal de carácter variable, hasta tanto se modifique el contrato, ya sea por aumento, reducción, ingreso de socios, etc. Este concepto basta para distinguirlo del patrimonio societario, que está formado en su parte activa por el haber y en su parte pasiva por las obligaciones que gravitan sobre aquél.

De tal modo puede considerarse indispensable la existencia del aporte para que tenga vida la sociedad, a punto tal que el art. 16 utiliza la prestación del socio como parámetro a fin de determinar si la causal de nulidad que afecta su vínculo, causará la nulidad, anulación o resolución del contrato.

Vivante define el aporte como la obligación de dar, de hacer gozar a la sociedad la prestación prometida, diferenciando la entrega y el pago como actos posteriores de ejecución.

IX. Bienes aportables.

El sistema de la ley consiste en regular con bastante precisión qué clases de bienes pueden aportarse, relacionándolas con el tipo societario.

En efecto, sintetizando, los aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer (art. 38).

En las sociedades con responsabilidad limitada (S.R.L.; anónima, en comandita por acciones —en la parte comanditaria—) los aportes deben ser bienes determinados, pasibles de ejecución forzada (art. 39), con lo cual aquel que fuera de industria quedará reservado para las sociedades de interés únicamente.

La ley presume que los bienes se aportaron en propiedad, si en forma expresa no consta que lo fueron en uso o goce, con la salvedad de que en esta última modalidad sólo se permite en las sociedades de interés, debido a la responsabilidad personal y subsidiaria de sus socios. En las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones solamente podrán ser aportados en tal concepto como prestaciones accesorias y en las condiciones que reglamenta el art. 50.

La ley establece las condiciones de aporte de los derechos, créditos, títulos, bienes gravados y fondos de comercio.

Determina que la entrega de bienes en uso o goce puede exigir su restitución en el estado en que se hallaren al tiempo de la disolución de la sociedad (art. 49).

X. Cumplimiento del aporte.

Como regla general, el art. 38 de la ley 19.550 prescribe que la efectivización del aporte deberá ajustarse a los requisitos dispuestos por las leyes, según la distinta naturaleza de los bienes.

Concluye indicando que cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación.

Nuevamente nos hallamos aquí en presencia de una solución legal que ofrece numerosas contradicciones, a tal punto que hasta la propia opinión de uno de los redactores del proyecto, luego convertido en ley, nos ofrece serios reparos.

Como primer análisis advertimos que el artículo en cuestión comienza reconociendo que la efectivización del aporte debe cumplirse respetando la naturaleza propia del bien:

El derecho común se ha encargado de establecer las formas y requisitos, cuya observancia deben guardarse en la transmisión. Así,

por ejemplo, en materia de inmuebles los arts. 1184, 2609 y 2505 del Código Civil prescriben la escritura pública como medio idóneo, seguido de la tradición y su posterior inscripción perfeccionadora, y no legitimante.

Igualmente en materia de automotores, patentes, marcas y derechos relativos a la propiedad intelectual, se asignan determinadas solemnidades en cuanto a su instrumentación seguida de su registración ante las autoridades respectivas.

Todo ello se justifica plenamente en una legislación como la nuestra, inspirada en modernas concepciones, que no podía por ello alterar los modos trasmisivos establecidos debidamente en el derecho común.

Debemos reconocer que la doctrina comercial argentina, al tiempo de la sanción de la citada ley, no había avanzado lo suficiente como para conceptuar en forma clara, valiente y definida la capacidad de las sociedades en formación, para adquirir "en propiedad" los bienes registrables. Así las cosas, la obligación de integrar esa clase de bienes se cumplimentaba, mediante la puesta a disposición, por parte del socio, de ellos, asumiendo el compromiso de suscribir una vez inscrita regularmente la sociedad, el respectivo instrumento de traslación.

El sistema apuntado favorecía la actuación de aquellos terceros que por deudas particulares del socio podían lograr, sin más, el embargo y ejecución del bien prometido a la sociedad.

Los autores del proyecto, seguramente inspirados en tales situaciones, pergeñaron la técnica de la inscripción "preventiva" como medio de evitar la desaparición de los bienes que constituían el aporte.

Evidentemente la protección se alcanza, discrepando los autores en cuanto a la verdadera naturaleza jurídica de dicha inscripción, como también sobre los medios a utilizar para su logro.

Halperin, insistiendo en la concepción de que las sociedades en formación tienen incapacidad jurídica para adquirir, entiende que el remedio establecido por el mencionado art. 38 es un recurso práctico que consigue su propósito.

Pese a ello, entiende que la ley ofrece algunos interrogantes. En efecto, se pregunta, ¿quién dispone la inscripción preventiva?, y se contesta: que según los casos, la autoridad administrativa que conforma el contrato está facultada para disponerla.

Se cuestiona que tampoco se previó la duración de la inscripción ni su eventual prórroga, a lo que rápidamente responde que

deben aplicarse las leyes pertinentes según la naturaleza del bien a registrar. Si se trata de inmueble aplica el término de la inscripción preventiva que consagra el art. 33 de la ley 17.801.

Por su parte, el Dr. Ruiz de Erenchum⁸ admite la posibilidad de que por aplicación del mencionado art. 38 se pueden instrumentar verdaderos actos jurídicos transmisivos de dominio o rogaciones de asiento de promesas de aporte, que se anotan al margen del asiento principal del dominio, a cuyo efecto podrá utilizarse, entre otros, el documento privado, si la naturaleza de la sociedad lo permite.

Realmente no dudamos en sostener nuestro total desacuerdo con ambas tesis.

La exégesis del art. 38, *in fine*, debe necesariamente vincularse con su párrafo segundo, en cuanto exige el cumplimiento de los requisitos dispuestos por las leyes según la distinta naturaleza de los bienes y también con aquellas normas de la legislación societaria que imperativamente determinan la integración total, en el acto constitutivo de los aportes no dinerarios. La afirmación precedente está corroborada por las disposiciones de los arts. 149, *in fine*, y 187, *in fine*, que determinan la obligación de integrar totalmente los aportes no dinerarios.

Asimismo, el art. 45 define la situación caracterizando el aporte de bienes como transmisivos en propiedad si no constare expresamente que se entregaron en uso o goce.

Aplicando una correcta interpretación de estos preceptos, surge sin hesitación que lo que realmente se produce es "una transmisión de dominio a título de aporte a favor de la sociedad en formación", y no una simple promesa de aporte, como parecen caracterizarlo los autores citados.

Así como la ley busca, en todo momento, procurar la realidad tangible del bien aportado, al ordenar el depósito de dinero en el banco oficial respectivo (arts. 149 y 187), no hallamos razones valederas para justificar que en materia de bienes, cuyo dominio requiere registración, se sustituya la transmisión por la simple promesa, aunque produzca algunos efectos reales. Cabe señalar que una auténtica obligación de aportar puede tener acogida en la constitución de una sociedad colectiva, debido a su peculiar caracterización (art. 125).

⁸ "Fides", año 1976, p. 86.

Teniendo en cuenta que en la primera parte de este trabajo hemos afirmado que las sociedades en formación podían intervenir en relaciones jurídicas inmobiliarias, alguien podría preguntarse: ¿cuál es la verdadera función del art. 387? Contestamos diciendo que esa función es precisamente demarcar el ámbito propio y legítimo de actuación de las sociedades en formación, sin que sea necesario recurrir al régimen de la irregularidad, ya que la adquisición del aporte se efectúa para obtener una constitución regular, y como dijimos anteriormente, la voz "preventivamente" debe entenderse como "previamente".

Consecuencia de esta afirmación son las siguientes conclusiones:

e) El asiento registral que corresponde practicar en estos casos es una inscripción definitiva, con lo cual se excluye todo régimen basado en inscripciones provisionales, notas marginales o anotaciones preventivas.

b) Para que opere la transmisión es preciso utilizar el documento idóneo a tal fin, y que en el caso de inmuebles es la escritura pública, excluyéndose el ingreso al registro de documentos privados.

c) Cuando se opere la constitución regular de la sociedad, mediante la finalización del proceso inscriptorio, debe reingresar la documentación portante del acto trasmitivo, juntamente con los documentos o certificaciones que acrediten el cumplimiento del requisito nombrado en primer término, con el solo objeto de que el registrador, por medio de nota marginal, consigne tal circunstancia y así lo exprese en el título.

XI. *Efectos de la inscripción del art. 38 de la ley 19.550.*

Resta considerar los efectos de la mal denominada anotación preventiva prescrita en el art. 38 de la citada ley.

El Departamento Legal de nuestro Colegio, por intermedio del Dr. Augusto Mallo Rivas, produjo un orientador dictamen sobre la temática. Fue publicado en el "Boletín Informativo", nº 817.

Por sus claros fundamentos, compartimos la interpretación que le asigna al instituto, considerando que ese aporte doctrinario y pragmático a la vez, ha puesto término a las grandes divergencias que se generaron en torno del tema.

Sus conceptos cobran adecuada fluidez, en razón de que se adaptan adecuada y plásticamente a las orientaciones no sólo de la disciplina comercial sino también a las del derecho registral.

Sin embargo, nos permitimos disentir levemente, en un solo aspecto. El autor considera que el dominio que adquiere la asocia-

ción de los fundadores es revocable (art. 2663, *in fine*, C.C.) y que el título está signado por la eventualidad de que no llegue a constituirse la sociedad.

Si tal suceso aconteciera desaparecería la causa de la enajenación y su consecuente adquisición (art. 499, C.C.).

Ante tal criterio, señalamos que el art. 2663, *in fine*, juzga revocable el dominio cuando el actual propietario puede ser privado de él por una causa proveniente de su título.

Si la sociedad no se llegara a constituir regularmente, en el interin, podría estarse en presencia de una sociedad incluida en el régimen de la irregularidad (arts. 21 y ss. de la ley 19.550).

Como consecuencia de esta situación, el ente social tiene una vida precaria que puede cesar en cualquier momento por la voluntad de alguno de sus integrantes.

Esta acción de disolución que el art. 22 otorga a cualquiera de los socios ha sido denominada por Colombres (ob. cit., p. 180) como resiliación, la que produce siempre la disolución total, y no una resolución parcial.

Por ello, el ente irregular entra en liquidación (art. 22, ley cit.), la cual se producirá a partir de la fecha en que el socio notifique tal decisión a todos los consocios y respecto de los terceros, cuando según el art. 98 se cumpla con el requisito de publicidad a inscripción.

Las normas que se aplicarán en tal evento serán las que establezca el respectivo contrato, y en su caso las de los arts. 101 y siguientes de la legislación societaria.

Los fundamentos aquí vertidos a su tiempo fueron admitidos por la Dirección del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, quien dictó la disposición técnico-registral 2/77, que deroga normativas anteriores, adoptando en definitiva las pautas expuestas que sirvieron de base para redactar el despacho final y las conclusiones de la XX Jornada Notarial Bonaerense de la Provincia de Buenos Aires, reunida en San Martín en el mes de julio de 1976.

XII. Conclusiones.

I. Frente a la disímil interpretación que ofrecen algunos artículos de la ley 19.550, la labor asesora del notario cobra singular importancia al evitar que los requirentes, en materia societaria, adopten formas no coincidentes con la realidad de sus negocios.

II. Las sociedades irregulares tienen personalidad, aunque debe reconocerse que ella está signada por las características de preca-

riedad y limitación. Ostenta como rasgos característicos de ella, la posibilidad de estar en juicio representada por cualquier socio, la preferencia de los acreedores sociales para percibir sus créditos sobre el haber social y el impedimento que los acreedores particulares del socio no pueden embargar los bienes sociales, ni aun en caso de quiebra.

III. En tanto y en cuanto las sociedades en formación realicen actos de su objeto quedan sometidas al régimen de las sociedades irregulares, previsto en la sección IV de la ley 19.550, salvo algunas excepciones tratadas peculiarmente.

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

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

VI. La propia regulación que la ley 19.550 efectúa en los arts. 182, 183 y 184 para las sociedades anónimas en período de formación, impide generalizar para este tipo social las conclusiones antes expuestas, determinando por ello la necesidad de realizar un particular análisis de la cuestión.

VII. A tal fin es preciso verificar si los actos realizados por los administradores, promotores, fundadores y directores están vinculados con el proceso de constitución y los bienes recibidos o, al contrario, exceden dicho ámbito.

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

VIII. Tales consecuencias encuentran su fundamento en la circunstancia que el sistema estructurado en la ley 19.550 para las so-

ciudades anónimas durante el iter constitutivo, reposa en la actuación personal y la responsabilidad solidaria e ilimitada de los promotores, fundadores y directores.

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

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

XI. El cumplimiento del art. 38, *in fine*, de la ley 19.550 implica una verdadera transmisión de dominio a título de aporte, en favor de la sociedad en formación. Por ello, el asiento registral que corresponde practicar en estos casos es una inscripción definitiva, con lo cual se excluye todo régimen basado en: a) inscripciones provisionales; b) notas marginales; c) anotaciones preventivas.

XII. A los fines de operar la transmisión es preciso utilizar al documento idóneo a tal fin, que para el caso de inmuebles será la escritura pública, excluyéndose el ingreso al registro de documentos privados.

XIII. Cuando se opera la constitución regular de la sociedad, mediante la finalización del proceso inscriptorio, debe reingresar la documentación portante del acto transmisivo, juntamente con los documentos o certificaciones que acrediten el cumplimiento del requisito mencionado en primer término, con el objeto de que el registrador, por medio de nota marginal, consigne tal circunstancia en el asiento y en el título.