

Comisión II.

LAS SOCIEDADES EN FORMACIÓN. REFLEXIONES RESPECTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. UN ASPECTO QUE AFECTA EL RÉGIMEN DE LOS ACREEDORES SOCIALES Y PERSONALES: LA INSCRIPCIÓN PREVENTIVA

ALFREDO L. ROVIRA.

1. — La ley 19.550 (en adelante "L.S.") ha instaurado una sistemática en cuanto al procedimiento de constitución de las sociedades comerciales que se basa en la inscripción registral del contrato social como requisito esencial para que nazca la sociedad bajo el tipo que los socios han querido adoptar.

No se trata de discutir si existe o no un sujeto de derecho antes de la inscripción del contrato social, sino de determinar cuáles son los efectos de tal registración. Al respecto, el art. 7, L.S., es terminante: "La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio".

Lo que acontece durante el proceso que se inicia desde que los socios suscriben el acto social constitutivo hasta que se logra la inscripción, ha dado pie a vastas elucubraciones doctrinarias. Una de las varias cuestiones capitales se centra en la determinación de cuándo es que debe considerarse que la sociedad queda definitivamente constituida bajo el tipo social adoptado.

El interrogante, que merece a mi juicio una única respuesta, se enraiza en la naturaleza constitutiva de la inscripción del contrato social.

La disposición contenida en el art. 7 es concluyente: recién una vez cumplida la inscripción en el Registro Público de Comercio nace la sociedad regularmente constituida. La retroactividad de los efectos de tal inscripción es, por consiguiente, incompatible con el régimen legal.

No se desconoce que parte de la doctrina (S.R. Perrotta, *Breves estudios sobre la sociedad comercial*, "L.L.", t. 139, p. 880; Jaime L. Anaya, *Las sociedades en formación ante el decreto-ley 19.550*, "Rev. Der. Com. y Obl.", año 9, nº 51, p. 268), en virtud de lo normado por el art. 5 de la L.S., considera aplicable la retroacción de los efectos registrales por imperio de lo normado por el art. 39 del Código de Comercio, al cual el art. 5, L.S., se refiere.

A mi juicio, las formalidades de la inscripción (y eventualmente de la publicidad) que corresponde según el tipo social adoptado, son siempre imperativas. De ello resulta que la sociedad que no las haya cumplido acabadamente no esté legalmente constituida bajo el tipo social adoptado. Mientras el medio jurídico-económico no tome conocimiento de la existencia de la sociedad porque no actúe, es decir, porque la sociedad en proceso de formación no se exterioriza, no existe problema alguno; pero si lo hace, es decir, comienza a celebrar actos relativos al cumplimiento de los objetivos perseguidos por los socios, se plantea la pregunta respecto de cuál habrá de ser el régimen jurídico que le será aplicable a las consecuencias de tal actuar.

La L. S. no trae un capítulo o sección aplicable exclusivamente a la "sociedad en formación". En rigor de verdad, sólo al referirse a la inscripción preventiva las menciona (art. 38). Tal circunstancia, que fue criticada por la doctrina (ver: Anaya, ob. cit.), encuentra solución dentro de la estructura de la L.S. En efecto, no se requiere una norma especial que regule exclusivamente los actos que la sociedad celebra "en formación", pues se trata de una sociedad que al operar sin hallarse regularmente constituida se somete a las disposiciones de las sociedades irregulares, es decir, a las normas que la L.S. trae para el actuar de aquellas sociedades que realizan estos actos siendo imperfectas.

Lo expuesto es perfectamente compatible con la normativa de la L.S. Los socios que deseen fundar una compañía deben hacerlo para constituir legalmente una sociedad de alguno de los tipos previstos por la L.S. En consecuencia, mientras las formalidades legales no estén cumplidas, el nexo así concertado no opera sus efectos propios y plenos. El esquema de nuestra L.S. tiende a impedir que la sociedad que se constituya actúe hasta tanto quede organizada regularmente. Es más, la L.S. no desea que comience a funcionar; por ello, si lo hace las somete a las reglas de los arts. 21 y ss., y tratándose de sociedades que deseen constituirse como anónimas, además, a lo dispuesto por el art. 184, párrafo segundo. Lo antes expuesto no

debe llevar a la confusión conceptual de considerar a la "sociedad en formación" como sinónimo de "sociedad irregular".

Siguiendo a Perrotta (ob. cit.), podemos caracterizar a la sociedad irregular como "a aquella agrupación que infringiendo las normas legales sobre las formalidades de constitución, actúa normalmente como si estuviera regularmente creada". Esta caracterización es enteramente aplicable a la sociedad disuelta que en vez de encauzar y desarrollar los actos liquidatorios continúa desempeñándose dentro del marco de su objeto social como si gozara de personalidad y capacidad plenas.

Así, Colombres (ver: G. R. Colombres, *Curso de derecho comercial*, p. 180) resume los vicios que pueden conducir a la irregularidad, a saber: a) no utilización de la forma instrumental requerida; b) incumplimiento de exigencias de publicidad, incluida la registral; c) ausencia de un acto de cooperación (acto de autorización, aprobación u homologación).

Existiendo tales defectos (alguno o todos), el actuar de tal clase societaria se verá regulada por la sección IV del capítulo I.

Ahora bien, nótese que por imperio legal la sociedad irregularmente constituida debe acomodarse a alguno de los tipos autorizados. Es decir que tal clase societaria no es una excepción a la regla de la tipicidad que la L.S. impone como principio general para todas las sociedades comerciales (art. 1, L.S.). La tipicidad es el nexo que vincula a las "sociedades en formación" con las "irregulares". Ambas deben organizarse bajo alguna de las formas previstas por la L.S.; de lo contrario no habrá irregularidad ni sociedad alguna, sino sociedad nula por falta del tipo.

Pero tal nexo tampoco las identifica *ab initio*. La exposición de motivos de la L.S., cuando comenta la mencionada sección IV del capítulo I, aclara que lo que se ha tratado es de reconocer "una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelven en su torno", con ello se abre el camino a nuestra interpretación.

Hemos indicado que la L.S. no desea que las sociedades actúen sino hasta tanto se hallen regularmente constituidas; sin embargo, y como es lógico, no puede impedir que, no obstante ello, operen.

Si la "sociedad en formación" culmina su proceso de constitución regular, sin haber celebrado acto jurídico alguno, el *iter* constitutivo carecerá de implicancias prácticas. Al contrario, si durante tal proceso la "sociedad en formación" operó, tal actuar la hace automáticamente acreedora a verse encuadrada en la definición de so-

ciudad irregular y por ende a las normas que regulan a esta clase societaria.

Esta conclusión refrenda mi anterior opinión en sentido contrario a admitir la retroacción de los efectos de la toma de razón del acto social constitutivo. En efecto, admitir la retroactividad por la aplicación lisa del art. 39 del Cód. Com. implica negar la sección IV, capítulo I, pues de tal forma nunca podría existir sociedad irregular, o en el mejor de los supuestos, tal conclusión implicaría aceptar la subsanación de la irregularidad societaria, cuestión ya negada en la doctrina y jurisprudencia.

2. — Una de las novedades que consagró con encomiable finalidad la L.S. fue la “inscripción preventiva” a nombre de la sociedad en formación, en el registro que corresponda, de la transferencia del bien registrable aportado.

El caso mayoritario, sin duda, es el de los inmuebles, que tienen, conforme al régimen actual (arts. 2505 y concs., Cód. Civil), un registro jurídico de ellos. Lo cual no implica, claro está, negar que otros bienes, también sujetos a registración, puedan ser objeto de “aporte” para la formación del capital de una sociedad en gestación.

Se procuró, mediante esta novedad, preservar a los socios, así como a los terceros contratantes con la sociedad en proceso de formación, de la común circunstancia que anteriormente se daba, de encontrarse, en el momento de ejecutar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el socio (de aportar) como por la “sociedad” (actuando), que por no haberse “efectivizado” el aporte, los bienes registrables que se aportaban a la sociedad, se convertían en bienes “ilusorios”.

El Registro Público de Comercio de la Capital Federal como la Inspección General de Personas Jurídicas exigen previo a la registración u otorgamiento del conforme administrativo, la acreditación, ante esos organismos, de la “inscripción preventiva”.

Sin embargo, la exigencia legal que quiso ser una contribución a la seguridad jurídica ha planteado en la práctica innumerables problemas. Al no poderse determinar con precisión la forma y efectos de tal inscripción, Ruiz de Erénchum, en “La Ley”, t. 155, p. 898, *El art. 38 de la ley de sociedades comerciales y la necesidad de compatibilizar el derecho civil y comercial*, indicó:

“La realidad actual, e inmediata, ha sido de lo más dispar. Al no existir, como decimos, una explicitación legal, o doctrinaria por lo menos, sucede que cada uno de los que constituyó sociedad

bajo el nuevo régimen plasmó en los documentos, según le pareció, este recaudo. La más completa y total anarquía vino de inmediato a llenar el vacío legislativo, máxime cuando en el campo del derecho registral el concepto jurídico de «inscripción preventiva» tiene un marco técnico determinado, que por cierto no es muy encuadrable dentro de lo que la figura comercial comporta”.

Fundamentalmente deben señalarse los siguientes aspectos:

- 1) ¿Cuál debe ser el contenido del documento a registrar?
- 2) ¿Cuáles son los efectos de la inscripción preventiva?

La primera pregunta plantea la necesidad de contar con un instrumento de contenido idóneo para proceder a dar cumplimiento con lo normado por el art. 38, L.S. A mi juicio, sólo podrán ser registrados bajo el régimen de inscripción preventiva aquellos instrumentos de constitución de los cuales resulte indubitablemente la voluntad del aportante de transferir a favor de la sociedad a crearse el bien registrable en carácter de aporte, siendo tal manifestación aceptada por los demás consorcios. Tratándose de bienes inmuebles, ello hará de uso indispensable el instrumento público y por demás habrá de dejarse constancia de todos aquellos datos del bien de forma que la referida escritura pueda surtir las veces de escritura traslativa de dominio. Ello debe ser así por cuanto los efectos de la inscripción preventiva se transforman en los propios de la inscripción de un acto traslativo del dominio, toda vez que el *iter* constitutivo se hallé acabadamente cumplido.

El segundo interrogante es de difícil solución a la luz de las actuales normas legales.

Al no haberse dado a la “inscripción preventiva” un claro encuadre o tipificación dentro de las figuras registrales conocidas en el derecho civil, se plantean notorios problemas de interpretación respecto de los efectos de tal inscripción.

No se deduce directamente del art. 38, L.S., que la sociedad en formación a favor de quien se hubiere inscrito preventivamente el bien adquiera derecho prioritario alguno sobre él; mucho menos que tal sociedad obtenga de tal modo su propiedad.

Ello, en consecuencia, conduce a la encrucijada que se daría en caso de que un tercero acreedor del aportante trabara un embargo sobre el bien aportado. ¿Sería éste factible? En mi opinión debería ser así, salvo que sus efectos quedarían en suspenso hasta la culminación o no del *iter* constitutivo.

Pero esta solución no es dable bajo las actuales disposiciones legales.

A mayor abundamiento, tal inscripción preventiva implica sacar al bien aportado de la órbita patrimonial del aportante de forma tal que se impida, verbigracia, que éste lo trasmita, constituya gravamen sobre él, etc. Si la respuesta fuera afirmativa, lo cual así debería ser a mi juicio a fin de satisfacer el objetivo propuesto por el legislador, no cabe duda alguna que se impone fijar un término de vigencia a la "indisponibilidad" del bien aportado. Lo contrario sería beneficiar los actos de connivencia entre el aportante y la sociedad en formación, en perjuicio de los terceros.

Si deseamos establecer una coherencia entre las diversas normas societarias. (art. 26, L.S.); es indudable que no podemos reconocer que una sociedad en formación adquiera, por la vía de la "inscripción preventiva", la propiedad del bien aportado.

En efecto, si con el aporte inscrito preventivamente, la sociedad en formación adquiere la propiedad del bien registrable aportado, si ésta dispusiere de dicho bien así recibido, estaríamos violando la norma del art. 26, L.S.

En efecto, hemos sostenido que la "sociedad en formación", cuando actúa en el medio jurídico-económico, se somete en cuanto a las consecuencias de su operar a las disposiciones que rigen los actos de las sociedades irregularmente constituídas. Por ende:

a) no debe reconocerse en la inscripción preventiva un instrumento de adquisición de derecho de propiedad alguno por parte de la sociedad en formación respecto del bien registrable aportado;

b) debe reconocerse que tal inscripción preventiva implica un derecho de prioridad de la sociedad en formación para: 1) adquirir el dominio por sobre cualquier otra "promesa" de venta o transferencia que el aportante hubiere hecho en favor de terceros; 2) hacer valer sus derechos sobre el bien registrable aportado con preferencia a cualquier tercero que atacando los bienes del aportante, con posterioridad a la "inscripción preventiva", deseara hacer valer sus créditos personales contra el socio para ejecutar tal bien, embargarlo, etc.; 3) tales derechos, en favor de la sociedad en formación, deben tener una vigencia temporal (v.gr., 1 año) a contar desde la fecha de inscripción preventiva, con caducidad automática si no se acredita la constitución regular de la "sociedad en formación" dentro de tal plazo. Así evitará que la seguridad jurídica societaria conduzca a la inseguridad jurídica del comercio en general.