

PROCESO FORMATIVO SOCIETARIO

RAÚL R. GARCÍA CONI.

I. — El proceso formativo de una sociedad comercial supone el cumplimiento de un tracto complejo, cuyas etapas deben estar concatenadas sin solución de continuidad, hasta culminar con su inscripción en un Registro Público.

Excluimos de nuestro concepto a las sociedades civiles, que no trataremos aquí.

Si proceso viene de procesión u ordenamiento de algo que se dirige en busca de un objetivo definido, es obvio que el periplo de una sociedad en formación debe estar a cubierto de vicisitudes e interferencias, no sólo en pro de la sociedad misma sino también porque ello interesa a la comunidad toda.

Algunos autores consideran que el Registro de Sociedades (generalmente emplazado en un registro mercantil genérico) tiene características "constitutivas" y que mientras la inscripción no se produzca la sociedad es "irregular", inclusive en las pocas legislaciones que han normado sobre la etapa preinscriptiva.

A nuestro juicio debemos erradicar este criterio equívoco, reservado el concepto de "constitutivo" para los registros que no reconocen la preexistencia del derecho real sino que lo hacen nacer, transformando la inscripción en una condición modal que sustituye a la *traditio* (para nosotros sin ninguna ventaja).

En los registros de cosas es importante definir el momento del tránsito entre los derechos personales y los derechos reales, dado que la conversión modifica el *status* de los derechos como "intereses jurídicamente protegidos" (Ihering), pero nada de ello es aplicable a los entes societarios.

En cuanto a la oponibilidad a terceros consecuente a toda inscripción, ella es un efecto de la conocibilidad pública que campea tanto en los registros constitutivos (publicidad constitutiva) como en los declarativos (constitución publicada), pues la tésis de ambos consiste en combatir el clandestinismo. Si alguna semejanza

queremos encontrar con los registros mercantiles, no cabe duda que éstos *declaran* derechos preexistentes que seguirán siendo obligacionales aunque se tornen oponibles contra terceros.

En principio, antes de su inscripción en el registro mercantil las sociedades no pueden perjudicar a terceros, salvo que cuenten con otro tipo de registración para que ciertos derechos surtan efectos *propter rem*, como la prevista en el art. 38 de la ley argentina 19.550, sin precedentes en el derecho comparado, aunque encontramos un instituto similar en la ley registral francesa de 1855.

Nuestra ley nacional de sociedades comerciales tiene el mérito, casi sin parangón, de "regular" el iter constitutivo de la sociedad en formación, pero esto señala una paradoja: "Si irregular es lo que no está reglado (anómia), ¿podemos llamar irregular a una sociedad cuyo proceso formativo se rige por preceptos explícitos?" "Lo mismo podríamos decir de las sociedades de hecho", irregulares por atipicidad, pero a la que nuestra recordada ley dedica varios artículos en su sección I (arts. 21 a 26 incl.).

Quizá no sea apropiado continuar usando el "vocablo irregular" para referirnos a las sociedades de hecho o en formación, pero debemos admitir que la ley argentina significa un progreso en relación a sus similares de otros países. Así lo reconoce el español Manuel de la Cámara Álvarez al afirmar: "El tratamiento de las sociedades irregulares propiamente dichas adolece de claridad porque no suele estar prevista legislativamente, para ellas, una disciplina peculiar. La vigente ley 19.550 sobre sociedades comerciales, vigente en la República Argentina, es una excepción ejemplar al respecto (cfr. arts. 21 a 26 de dicha ley)".

En el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino a celebrarse en Guatemala (5 al 13 de noviembre de 1977), el tema II se refiere a "la validez de las actas y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el registro mercantil", y estamos seguros que el despacho preparado bajo la dirección del coordinador argentino Dr. Osvaldo S. Solari puede ser de utilidad para el Primer Congreso de Derecho Societario (tema II) al que destinamos este ensayo.

II. — Si admitimos que la constitución de una sociedad mercantil con tipicidad legal es previa a su inscripción y requiere todo un proceso formativo, deberemos cuidar la terminología a emplear.

1 En sus directivas como coordinador internacional del tema II para el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino, "Boletín Informativo", nº 47, del Consejo Federal del Notariado Argentino.

“Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta 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” (art. 1, ley 19.550), pero “la sociedad sólo se considera *regularmente constituida* con su inscripción en el Registro Público de Comercio” (art. 7, *id.*).

No sólo el estatuto original; tampoco las modificaciones ni las designaciones o cesación de administradores pueden ser oponibles a terceros mientras no estén *inscritas regularmente* (arts. 12 y 60, ley cit.).

Como “el instrumento de constitución debe contener... la organización de la administración...” (art. 11, ley cit.), mientras la sociedad no esté inscrita, sus directivos carecen de verdadera representatividad.

La “regularización” de una sociedad, como la “legitimación” de un tercero para los registros inmobiliarios declarativos, se produce por asimilación gradual, es decir que la sociedad será cada vez menos irregular a medida que avanza el proceso inscriptivo y aquel tercero será cada vez menos “externo” cuando se aproxima a su registro tutelar, el que ya comenzó a protegerlo a través de la retroprioridad y de la reserva de prioridad indirecta (arts. 5 y 25, ley 17.801).

Como la expresión “contrato social” no es del todo correcta, porque los socios más que ponerse de acuerdo “sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (art. 1137, C. Civ.), “se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios...” (art. 1, ley 19.550), lo que significa que no existen prestaciones y contraprestaciones ni intereses contrapuestos, sino objetivos comunes.

Para nosotros este primer paso, graficado en un instrumento más o menos idóneo, debe denominarse “acta fundacional”, pues si bien es de naturaleza pluripersonal no se trata de un contrato propiamente dicho.

Si se parte de un instrumento auténtico y con fecha cierta *ab initio*, virtudes que sólo proporciona la escritura pública, pensamos que la inscripción practicada en tiempo y forma debiera surtir efectos desde el momento de su otorgamiento, o sea, “con efecto retroactivo al tiempo en que se verificó la fundación” (art. 47, C. Civil), es decir que las sociedades así instrumentadas “se considerarán registradas a la fecha de su instrumentación” (art. 5, ley 17.801).

También creemos que en estos casos de máxima calidad documental, el texto de los edictos puede reducirse a la mínima expresión, ya que la versión integral del estatuto societario figura anticipadamente en un registro público (protocolo notarial) al que puede recurrirse en busca de la información completa.

Por otra parte, cuando existe matricidad no será necesario que el registro archive un ejemplar del estatuto (sistema de enlegajamiento), por cuanto en estos supuestos basta con la inscripción (propia-mente dicha) sin tener que llegar a la trascripción (cuyos inconvenientes se atenúan pero no desaparecen con el enlegajamiento).

Dicho de otra manera, no se justifica requerir para la escritura pública las exigencias genéricas que sí son necesarias para los instrumentos privados en cuanto a la extensión de los edictos y a la mecánica registral².

III. — Hasta que desemboca en su inscripción específica, la sociedad no adquiere su plena capacidad funcional (art. 7, ley 19.550), pero dentro de la dinámica propia del derecho mercantil es indudable que sin el ejercicio inmediato de la actividad para la que fueron creadas, muchas sociedades llegarían a la inscripción en estado de bancarrota.

Sabemos que las personas (jurídicas o físicas) son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 30, C. Civ.), pero mientras las personas físicas cuentan con la presunción del *favor capacitatis*, las de existencia ideal en formación tienen mucha mayor capacidad para obligarse que para adquirir derechos.

Las personas físicas por nacer³ adquieren derechos pero no pueden obligarse, mientras que las personas de existencia ideal aún no inscritas pueden ser más deudoras que acreedoras, por cuanto la apariencia jurídica juega a favor de los terceros, y desde el punto de vista del crédito pasivo se las juzga "como si se tratara de una sociedad regular, excepto respecto de los bienes cuyo dominio requiere registración" (art. 26, *in fine*, ley 19.550).

Si existen bienes inscritos a nombre de la sociedad (regularizada o no) existe también la debida conocibilidad pública para que la situación jurídica de esos bienes sea oponible a terceros (art. 2505 del C. Civil y normas concordantes).

² Sobre este punto nos remitimos a nuestros ensayos publicados en "El Derecho", del 6/3/68, y en el diario "Clarín", del 17/11/68.

³ Evitamos llamarlas de existencia visible por cuanto sólo pueden ser vistas con rayos equis.

El problema estriba en establecer si el ente societario, de menuda capacidad, está o no en condiciones de aceptar una transferencia de dominio, que requiere un acto consensual y sinalagmático.

El estatuto de toda sociedad contiene un mandato a sus directivos, pero la personería de éstos requiere la previa inscripción de la sociedad. Por ello, mientras tal inscripción no se produzca no existe representación suficiente para adquirir bienes y habrá que recurrir a la figura del gestor de negocios que compre "para la sociedad... en formación".

A veces el gestor señala que su comitente (la sociedad) lo ha provisto de los fondos necesarios, pero este agregado, además de innecesario, puede ser contraproducente, pues si la sociedad no se regulariza, esa manifestación impedirá al gestor (a cuyo nombre se anota el dominio) conseguir créditos inmobiliarios, por cuanto la mentada sociedad tendrá, como ente lequía, el privilegio que el art. 3927 del Código Civil acuerda al "que ha dado dinero para la adquisición de un inmueble...".

La transferencia del aporte a una sociedad en formación, aceptada por quienes todavía no tienen legitimación registral (art. 7, ley 19.550), podrá ser aceptada por el registro inmobiliario, pero el título será observable en cuanto a la personería, puesto que "la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes" (art. 4, ley 17.801).

Para evitar observaciones al título y la vía indirecta de la gestión de negocios, la ley 19.550 ha concebido un procedimiento idóneo, un atajo jurídico diríamos, que permite afianzar los aportes societarios aun antes de que se produzca su transferencia.

Salvo el caso del aporte de créditos, de los "que la sociedad es cesionaria por la sola constancia en el contrato social" (art. 41, ley 19.550), los otros aportes no dinerarios están sujetos a las formalidades que les son específicas (art. 44, *id.*), o sea, en consonancia con "los requisitos dispuestos por las leyes de acuerdo a la distinta naturaleza de los bienes" (art. 38, II, ley *cit.*).

Aun en el caso del aporte de créditos debiera "cumplirse con los requisitos de transferencia que corresponda al documento donde conste dicho crédito"⁴.

Los aportes son exigibles desde la inscripción de la sociedad si los socios no hubieren dispuesto otra cosa (art. 37, ley *cit.*), pero se

⁴ Emilio Cornejo Costas, en *Derecho societario*, Depalma, 1975, p. 121.

procura asegurar la oportuna trasferencia al patrimonio social, ya sea mediante depósitos de dinero (verb. art. 187, *id.*), inventarios y valuaciones si se aporta un fondo de comercio (art. 44, *id.*) y cuando para la trasferencia de los bienes "se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación" (art. 38, III, ley cit.), por el que —según la exposición de motivos de la ley— "se soluciona el problema de la inscripción preventiva de los bienes registrables durante el proceso de constitución".

En relación con el art. 38, Cornejo Costas (*ob. cit.*) afirma que "en derecho registral no hay inscripciones preventivas, sino anotaciones preventivas y tiene importancia la diferencia pues la inscripción provisoria, en el caso que nos ocupa, transmite en tal carácter el dominio, en cambio cuando es preventiva (insistimos en que no hay inscripción preventiva, sino anotación preventiva) se previene (caso de un embargo) pero no se transmite".

En rigor la imprecisión terminológica del artículo en estudio no la encontramos en lo de "preventivas" en vez de "provisorias", sino en el empleo del vocablo "inscripciones", cuando se trata de una verdadera "anotación". Si bien en sentido genérico suelen emplearse como sinónimos, la diferencia técnica entre "inscripción" (como asiento autónomo) y "anotación" (como asiento condicionado) ha sido bien determinada en la VI Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Mendoza, 1969), y a la luz de ese pronunciamiento no tenemos dudas de que el art. 38 alude a una verdadera anotación.

Odriozola, único de los autores intelectuales de la ley nacional de sociedades comerciales que tocó el punto antes de la sanción de la ley 19.550, dice: "Se ha regulado también la inscripción preventiva de los bienes aportados, cuando para su trasferencia se requiera la inscripción en registros. Se evita con ello la disposición del bien por parte del aportante, en el período previo a la registración, o que el mismo quede afectado por acciones de terceros, (art. 38)"⁵.

IV. — Debido quizá a su carácter novedoso, el art. 38 (apartado III) de la ley 19.550 ha suscitado diversas interpretaciones que requieren esclarecimiento y que justificarían la modificación del artículo.

Predomina el criterio (receptado en algunas disposiciones técnico-registrales) de que la norma del art. 38 significa lisa y llana

⁵ Carlos S. Odriozola, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", año 1, nº 5, Buenos Aires, octubre de 1968.

mente habilitar a la sociedad en formación para adquirir el pleno dominio de los bienes registrables aportados, superponiéndose el momento "aporte" con el momento "tráferencia".

Algunos entienden, sin embargo, que el dominio adquirido en tales condiciones sería revocable si la sociedad no llega a su regularización definitiva.

De acuerdo con esta postura, el art. 38 está de más, ya que no agrega nada a una presunta capacidad adquisitiva de la sociedad irregular. A lo sumo legitimaría a los "representantes" de la sociedad, pero si ése hubiera sido el propósito del legislador hubiera sido más racional establecer inequívocamente la potestad adquisitiva de las sociedades, aun antes de la inscripción de sus estatutos.

El otro extremo, dentro de la hermenéutica, es el de quienes sostienen que el precepto del art. 38 tiene carácter preambular e imperativo y que se necesitará, en su momento, la tráferencia propiamente dicha.

Por último, algunos creemos que se trata de un procedimiento optativo, que no excluye ni impone la tráferencia del aporte *simultáneamente* con la configuración societaria ⁶.

Si vale como alternativa, la norma del art. 38 equivale a una anotación con efectos *propter rem* que confiere carácter preferencial al derecho societario con respecto al que puedan alegar los acreedores particulares de los aportantes, a la vez que impide a éstos que realicen incorrectos actos de disposición de los bienes prometidos.

Según la interpretación mayoritaria del art. 38, para que el acto fundacional tenga fuerza trásmisiva del aporte inmobiliario habría que descartar la posibilidad de que el estatuto se confeccione por instrumento privado (opción prevista en el art. 4 de la ley 19.550), puesto que la trásmisión de bienes raíces requiere, en principio, que haya escritura pública (arts. 1184 y 2609, C. Civil).

La ley ha sido congruente consigo misma, pues si la sociedad puede constituirse por instrumento privado había que establecer un procedimiento adecuado para que los aportes inmobiliarios tuvieran recepción registral sin contrariar los preceptos del Código Civil.

El registro inmobiliario sólo acepta documentos auténticos, basados en la fe pública judicial, notarial o administrativa (art. 3, ley 17.801) y, excepcionalmente, documentos autenticados (art. cit., *in*

⁶ Nuestro pensamiento está explicitado en *Art. 38 de la ley 19.550. Implicancias registrales*, presentado a la XX Jornada Notarial Bonaerense (San Martín, 1976), y en *Matriculación, aporte e hipoteca del fondo de comercio*, que presentamos a la II Conferencia Nacional de Fondos de Comercio (Rosario, 1976).

fine), y a esta última categoría pertenecen los instrumentos privados con las firmas certificadas por autoridad competente (también judicial, notarial o administrativa).

La jurisprudencia ha establecido que si bien la certificación de firmas es, en sí misma, un instrumento público (art. 979, inc. 2, del C. Civil), el documento al que se incorpora ese "postizo" (Olivares y Gavira) seguirá siendo instrumento privado.

Tradicionalmente los instrumentos auténticos (autenticidad originaria) se utilizan para las *inscripciones* consecuentes a la constitución o modificación de los derechos reales inmobiliarios, mientras que los autenticados (autenticidad sobreviniente) dan lugar a ciertas *anotaciones*, como ocurre en el caso de ventas de lotes en mensualidades (ley 14.005) o de venta de unidades de propiedad horizontal no tradibiles (ley 19.724), con cuyos efectos *propter rem* guarda analogía la previsión del mentado art. 38.

Si el aporte registrado a tenor del art. 38 tuviera el carácter irreversible de las inscripciones, que necesitan del retrato para desandar lo recorrido, estaríamos fomentando que tales aportes se efectúen de uso y goce y no en propiedad (art. 45 de la misma ley 19.550) para asegurar el recupero del bien en caso de que la sociedad no llegue a regularizarse.

Si a ello añadimos que el plazo de presentación del estatuto social al registro mercantil no ha sido especialmente regulado por la ley 19.550, por lo que rige el término genérico de 15 días (arts. 39 y 40 del Código de Comercio), mientras que para la inscripción en el registro inmobiliario se cuenta con un plazo de 45 días, (art. 5, ley 17.801), llegaremos a la conclusión de que el art. 38 —si se trata de una inscripción definitiva— está reduciendo a un tercio teórico el lapso de presentación contemplado por la ley nacional de registros inmobiliarios⁷.

En la práctica el período de procesamiento de la inscripción inmobiliaria impedirá la presentación tempestiva al Registro Público de Comercio, sin que pueda comenzarse el trámite por este Registro porque entonces fallará el cumplimiento de uno de los requisitos que el juez de registro debe verificar (art. 6, ley 19.550).

El trámite en el Registro Inmobiliario es mucho más breve en el caso de la anotación, que afecta y condiciona pero que no deroga la inscripción dominial, pero de todos modos, aunque sea en forma atenuada, subsiste la antinomia en la cronología inscriptiva.

⁷ El plazo es de 10 días en la transferencia del fondo de comercio.

La principal ventaja de la anotación (que pueda basarse en un instrumento "autenticado") consiste en que no requiere el despacho de lerdas certificaciones administrativas de deudas inmobiliarias y que no crea un oneroso "hecho imponible". Esto permite postergar —sin dilaciones preliminares— los gastos de la trasmisión, que podrá realizarse en el momento oportuno y cuando la sociedad ya sea productiva.

V. — El sistema de la judicatura registral, preconizado indirectamente por la ley 19.550 (verb. art. 61), con precedentes en Capital Federal y extendido luego en algunas provincias (Buenos Aires y Salta, por ej.), complica las cosas, pues la doctrina moderna y el derecho comparado establecen que la registración es un acto de "jurisdicción voluntaria" y que la función calificadora propia del registrador supone un juicio de valor inherente a todo legitimador, pero no un "juzgamiento" en el sentido forense del vocablo.

El Registro Público de Comercio (auxiliar de la Justicia como todo registro inscriptivo) es un órgano administrativo cuyo emplazamiento previsto dentro del Poder Judicial⁸ puede ser trasferido sin dificultades funcionales mediante un simple cambio de organigrama que en nada altera la división montesquiana de los poderes.

Nos enseña Zavala Rodríguez en su comentario al Código de Comercio⁹ que la Cámara Comercial de la Capital declaró que "la inscripción en el Registro Público de Comercio tiene como efecto la *publicidad material* del acto inscrito a fin de regular sus consecuencias ante los terceros, por lo que no importa una valorización jurídica de su validez o legitimidad, materia sobre la que correspondería pronunciarse en la oportunidad en que *se suscite una contienda al respecto*"¹⁰. El mismo autor recuerda que la derogada ley 13.998 disponía que el Registro Público de Comercio "dependerá del P. E. de la Nación y que una ley especial establecerá una nueva organización y funcionamiento (art. 74)". Nos informa también que en el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial los Dres. Martín y Herrera, Williams y Malagarriga presentaron sendas ponencias para la creación de un registro mercantil con carácter nacional, solución que él considera inconveniente¹¹ y nosotros también.

A través del concepto de "judicatura registral" se ha llegado a situaciones absurdas, y si por un lado se pretende desformalizar la

⁸ El art. 34 del C. de Com. determina que en cada jurisdicción habrá uno "a cargo del respectivo secretario", y no del juez.

⁹ Ed. Depalma, 1959, p. 85.

¹⁰ "La Ley", t. 59, p. 713.

¹¹ Carlos Juan Zavala Rodríguez, ob. cit., p. 84

instrumentación del estatuto societario (art. 4, ley 19.550), salvo para la sociedad anónima (art. 165, *id.*), sorprende que por otra parte se exija que "las presentaciones ante el Registro Público de Comercio, donde se *sustenten* o se controviertan cuestiones de derecho, deberán tener patrocinio de abogado" (art. 137 de la ley salteña 5049).

La parte final del art. 137 transcrito es inobjetable; cuando hay controversia el "patrocinio" (de patrono) debe estar a cargo de un letrado que "abogue" por los intereses de su cliente. Pero cuando, fuera de la patología jurídica, se "sustentan" cuestiones de derecho propias de la normalidad (endonorma, y no perinorma), creemos que no puede desconocerse al autor del documento notarial la facultad de inscribir su propia obra (arg. art. 6, ley 17.801), ya que lo hace como proveedor por excelencia de seguridad jurídica. No ejerce el notario que inscribe acto alguno de procuración y, como operador del derecho, tampoco necesita patrocinio.

VI. — Se entiende, por sociedad en formación la que recorre el periplo que se inicia con el acta fundacional y culmina con la inscripción en el registro mercantil.

Su tratamiento legislativo debe ser específico, pues no es lo mismo una sociedad en proceso de regularización que una irregular propiamente dicha. Menos todavía debe confundírselas con la sociedad de hecho.

Si tiene vocación inscriptiva el estatuto societario debe arribar cuanto antes al registro mercantil (o a una sección autónoma de él), para lo cual habrá que remover obstáculos más o menos artificiales, eliminando la superposición de actividades que se advierte entre las direcciones de personas jurídicas y los registros públicos de comercio.

Quizá convenga que el registro tenga su propio órgano publicitario, cuya distribución se haría como un apéndice o suplemento del "Boletín Oficial".

Quando el estatuto tenga matricidad *ab initio*, los edictos podrán ser compendiados y la inscripción hacerse sobre la base de "breves notas" y dentro de la técnica desarrollada para el "folio real" (art. 12 de la ley 17.801), tal como se lo aplica en el Perú, que ha perfeccionado el sistema argentino extendiéndolo al ámbito mercantil.

Si se parte del instrumento notarial para la confección del estatuto, los efectos de la inscripción deben retrotraerse a la fecha indubitada del otorgamiento siempre que la presentación del documento se realice dentro de los plazos legales, los que deben triplicarse (de 15 a 45 días).

La anotación preventiva de los aportes, como procedimiento idóneo para asegurar su oportuna trasmisión sin interferencias (pero también sin perjuicio) de terceros, deberá ser motivo de una investigación más profunda que equilibre los intereses en juego.

El art. 38 de la ley 19.550 muestra un panorama que no ha sido contemplado en su verdadera magnitud, lo que atribuimos a una deficiente redacción de la norma, que ha originado disímiles interpretaciones y que debe ser superada por los estudiosos.

La constitución de una sociedad no debe poder usarse como un pretexto para burlar a los acreedores de los aportantes. Durante el proceso formativo la sociedad debe ser un acreedor privilegiado a través de una anotación cautelar, pero no el cómplice de una maniobra contra terceros y menos todavía durante el período de sospecha en caso de bancarrota del aportante.

Corresponde que el derecho comercial abreve en los principios registrales, pues es cada vez mayor la cantidad de bienes y actos mercantiles registrables. La vinculación interdisciplinaria debe ser estrecha y congruente.