

# Las denominadas sociedades en formación: ¿verdad jurídica o recurso retórico?\*

Héctor Horacio Vitali

**Sumario:** Advertencia. Introducción. **1. Generalidades y conceptos. 1.1.** Las realidades jurídicas. **1.2.** La importancia conceptual. **1.3.** El concepto de persona para el derecho: la persona humana y la persona jurídica societaria. **1.4.** Comienzo de la existencia de la persona humana y de la persona jurídica societaria. **1.5.** Ser o no ser o lo categórico de la existencia de las personas en el derecho. **1.6.** Contrato, acuerdo y acto unilateral como fuentes de creación de la persona jurídica. **1.7.** ¿Existencia versus regularidad? El problema del ser societario y el de la responsabilidad societaria. **2. La sociedad en formación como concepto. 2.1.** ¿Que se entiende por sociedades en formación? Planteamiento del problema. **2.2.** Elipsis y lógica jurídica. **2.3.** ¿Cómo se conformaban las sociedades anónimas en la Argentina antes de la ley 19.550? Un poco de historia. **2.4.** La DIPJ y el RPC. Su función. **2.5.** El poder calificador de la DIPJ, IGJ y el efecto de las inscripciones de sociedades en los registros públicos de comercio. **2.6.** La expresión sociedades en formación en la realidad normativa argentina y sus consecuencias prácticas. **2.6.1.** El artículo 38 de la LSC, y las inscripciones preventivas. **2.6.2.** Las sociedades en formación y el Registro Público de Automotores. **2.7.** Algunos comentarios sobre la normativa española. **2.7.1.** Los artículos 7, 15 y 16 de la LSA. **2.8.** La expresión correcta que debería usarse. Colofón. Conclusiones.

## Advertencia

Grato ha sido leer que en el temario de la XXXVI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires se incluyeran puntos como el referido al denominado *iter constitutivo*, el artículo 38 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), o lo referente a las adquisiciones dominiales de las sociedades.

*Grato*, pues coincide con el trabajo teórico que nos valiera el título de Especialización en Derecho Notarial, otorgado por la Universidad de Salamanca, en los XXIV Cursos de Especialización en Derecho.

El trabajo que presentáramos para la flamante e histó-

\* Este trabajo obtuvo el Primer Premio entre los trabajos presentados en la XXXVI Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en 2009.

rica universidad, y aunque somos concientes de que “lo que natura non da, Salamanca non presta”, es el mismo que por su atingencia entregamos para esta convención, ampliándolo o bien ajustándolo en algunos puntos que consideramos apropiado y que redundarán en una mayor claridad<sup>1</sup>.

Anticipamos –y creemos que el desarrollo de este trabajo así lo fundamenta– que no existe ningún *iter constitutivo*, como tampoco existen *sociedades en formación*.

No obstante convertirnos en osados contradictores respecto del expreso punto del temario que habla de *La sociedad en el iter constitutivo*, somos concientes de que es una expresión de la cual la doctrina y los operadores jurídicos en general difícilmente puedan desembarazarse sin una aguda revisión conceptual.

Puede ser que todo cuando decimos resulte jactancioso o demasiado categórico en lo jurídico, pero es de advertir que nada de cuanto analizamos es el producto del genio sino que es la repetición o el eco saludable de ideas ya desarrolladas por maestros que sí pensaron y piensan el derecho con agudeza y singularidad. En buen romance, nuestro trabajo no dice nada que no esté dicho, solo pone una vez más en el tapete el viejo dilema entre forma y contenido.

Bien decimos, apenas hemos cambiado la forma de decir, el mérito de este trabajo –si es que lo tiene– está quizás en reconquistar el debate de cuestiones jurídicas que el tiempo, el relativismo jurídico y la indiferencia han puesto en el arcón del olvido. Volvamos a ellas en la convicción de la vigencia de muchas de las meditaciones que aquí se reconquistan, en la confianza de que lo *nuevo* o lo *moderno* muchas veces no es más que retórica, que el avance editorial abrumba pero no convence, que el derecho tiene también sus clásicos y ante tanto ruido es bueno volver a escuchar la música de los que supieron y saben hacerla.

Nuestro homenaje sincero a José Carlos Carminio Castagno, maestro y amigo a quien hemos intentado seguir en la profundidad y agudeza de las meditaciones de los trabajos que provechosamente aquí se citan y/o referencian, jurista que desde hace más de 30 años brega por un derecho que sea ciencia, luchando contra esa *Babel conceptual* a la que la doctrina y

1. El trabajo se realizó bajo la tutoría del Dr. Fernando Carbajo Cascón, doctor en Derecho y profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, autor de varios trabajos y libros, entre ellos, *La Sociedad de Capital Unipersonal*, obra que hizo a su tesis doctoral y le valiera por unanimidad la calificación sobresaliente cum laude.

jurisprudencia nos tienen tristemente acostumbrados.

## Introducción

Se podrá pensar, en una generalización apresurada, que la expresión *sociedades en formación* no da para mayores reflexiones, ni convoca a profundizar el análisis jurídico. Sin embargo –como se verá– la anfibología terminológica nos obliga a transitar en forma ineludible por numerosos conceptos paralelos, lo que dispara sabrosas meditaciones.

La conceptualización es la llave maestra de toda actitud teórica o científica, busca desbrozar los accidentes para alcanzar los elementos esenciales o calificantes de algo, lograr univocidad en la diversidad, es la base de la actitud *imperialista* de la ciencia, de sus ansias de universalidad. Tal actitud se ha perdido como consecuencia del avance editorial que ha gestado una tupidada, aunque no tan prolífica literatura jurídica que amalgame una sólida base dogmática<sup>2</sup>.

Se podrá disentir acerca de nuestros conceptos, se los podrá ampliar, modificar y hasta desechar, pero puestos a meditar sobre el tópico de este trabajo, deberemos en forma permanente mantener una lógica referencial hacia ellos, a riesgo de que nuestra construcción carezca de lógica y sentido.

La expresión *sociedades en formación*, como consecuencia de su eficacia retórica, produce efectos prácticos no deseados, prodiga no pocos dolores de cabeza burocráticos y desde hace años transita por los códigos, libros doctrinarios, fallos judiciales, disposiciones técnicas registrales y disquisiciones de café sin que nadie se detenga en profundizarla.

La razón de ello, a nuestro entender, es que el concepto de persona para el derecho es un concepto mal aprendido en las universidades y –no se crea que con mayor claridad– por la doctrina contemporánea.

Hecha la advertencia, anticipamos que seremos redundantes numerosas veces y, aunque violento el estilo, estamos convencidos de que ganaremos en precisión conceptual y terminológica, medio necesario para un más eficaz ejercicio técnico de los distintos operadores jurídicos.

2. Señala José Carlos Carminio Castagno: “Notamos ante todo, un ‘anticconceptualismo’ ardorosamente proclamado que entendemos de funestas consecuencias para nuestra disciplina. Funesta porque atenta contra su ‘ser’ –formalmente, el derecho es ciencia de conceptos– y aún contra la tésis de todo orden jurídico: la justicia (imposible de alcanzar en la disolución de sus contenidos normativos). Queda en claro, entonces, que nuestra postura ‘conceptualista’ no se alienta de una subjetiva inclinación anímica sino que es resultado del imperio del rigor lógico”. Vid. CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, “Las doctrinas de la ‘penetración’ y de la ‘redhibición’ de la personalidad societaria a la luz de la teoría general del negocio jurídico”, en *Actas del XII Congreso Internacional del Notariado Latino*, Buenos Aires, Consejo Federal del Notariado Argentino, 1973, p. 208.

## 1. Generalidades y conceptos

### 1.1. *Las realidades jurídicas*

El universo es todo lo que fue, todo lo que es y todo lo que será alguna vez, afirman los físicos teóricos. El universo se compone de una variedad ingente de seres y cosas; pero el derecho: ¿dónde está?, ¿qué lugar ocupa en el universo plural?

El derecho se presenta para los hombres como un orden coactivo de la vida social, se presume conocido por todos y de hecho nuestra vida cotidiana está impregnada de algo que aunque *intangibile*, en acto se impone y encauza en algún sentido nuestro *capricho incivil*.

Un lego podría pensar que el derecho es el Código Civil, el Código Penal, el Procesal, etc. motivado por una necesidad ingente de cosificar lo que se nos presenta como fuerza impalpable aunque eficiente: *la heteronomía del poder imperativo concreto o virtual del orden jurídico vigente*.

Pues bien, hay un sinnúmero de fenómenos cotidianos que hacen presumir la existencia de algo que llamamos derecho, pero salvo una *presencia factual*, poco nos dicen de su *esencia*. Vemos así v. g. al Estado como una *realidad* de legisladores, jueces, policías, cárceles, organismos fiscales, etc.; vemos a los seres individuales cuando contratan, contraen matrimonio, demandan por incumplimientos, son demandados por ello, aúnan esfuerzos y capitales creando sociedades, etcétera.

Todo ello sin duda hace al derecho, pero: ¿qué es en esencia el derecho? El camino más corto en un estudio como el presente obliga a preguntarnos negativamente por el *no ser* del derecho, o lo que es igual: ¿qué no es lo jurídico? Así visto, el derecho -no obstante su potencia factual- no presenta una naturaleza física (orgánica o inorgánica), ni tampoco psíquica, ni ideal, ni tampoco es puro valor.

Por el contrario, en un sentido afirmativo, podemos decir que el derecho pertenece al campo de lo cultural: *es conducta humana colectivamente sostenida, valorada y objetivada*. El derecho se manifiesta así en tres dimensiones: una sociológica, otra axiológica y finalmente una normativa; en otras palabras, el derecho es *hecho, valor y norma*. Estos tres elementos se subsumen o unifican monólicamente, haciendo al ser del derecho, a

su esencia, y distinto por tanto al derecho en existencia, es decir, al derecho en referencia a su realización factual con que cotidianamente se nos presenta.

Habiendo un *ser* del derecho, es factible concebir o delimitar un campo de *realidades jurídicas*.

### 1. 2. *La importancia conceptual*

El derecho es una ciencia de conceptos. Se habla, v. g., de la *capacidad de hecho*, entendida como la aptitud psicofísica, para comprender la fuerza vinculante de un acto jurídico; hablamos a diario de *legitimación*<sup>3</sup>; el propio concepto de persona en derecho entendida como todo centro de imputación normativa<sup>4</sup>. Conceptos que arrojan una ostensible labor de síntesis, o bien un alto grado de abstracción como consecuencia del desbroce de los elementos esenciales de los accidentales<sup>5</sup>.

La tendencia mayoritaria desoye la actitud conceptual, quizás por pereza intelectual, quizás por una creciente ideologización del derecho, quizás como consecuencia de la actitud cada vez más pretoriana o *creadora de derecho* por parte de los jueces en sus fallos, todo lo cual ha llevado y lleva al derecho codificado, a la cornisa de un *realismo pragmático*<sup>6</sup>.

Sin excitación, afirmamos: que con conceptos claros, es más fácil y eficaz la labor jurídica<sup>7</sup>.

### 1. 3. *El concepto de persona para el derecho: la persona humana y la persona jurídica societaria*

Se dice, y se dice bien, que persona para el derecho, es ‘todo centro de imputación normativa, es el término de imputación unitario, es el *quien* destinatario de las normas’.

Pero es importante remarcar que decimos *persona “para” el derecho*, y la aseveración no es menor, pues el error de la doctrina durante años, ha sido la de no comprender que tanto la *persona humana* como la *persona jurídica societaria*<sup>8</sup>, deben encontrar su *ser*, no en el plano ontológico fáctico sino en el plano ontológico jurídico.

Lo hemos dicho al comienzo –lo que bonifica habernos ocupado del tópico–, que existen *realidades jurídicas*, que el derecho posee un universo de *entidades* que les son propias<sup>9</sup>. La calificación de *jurídico* (hecho jurídico, acto jurídico, persona

3. Así la define Emilio Betti: “La legitimación es concebida, sea como el poder para llevar a cabo actos de disposición u actos obligatorios que tengan un objeto dado, sea como una aptitud para experimentar los efectos de tales actos, en virtud de una relación con el objeto del negocio, en el cual se encuentra, o llega a encontrarse la parte, en modo tal que esta deviene sujeto activo o pasivo de aquella misma relación que el negocio debería constituir, extinguir o modificar”. BETTI, Emilio, “Reflexiones sobre la noción del Negocio Jurídico”, en: BETTI, Emilio, GALGANO, E., SCOGNAMILIO, R. y FERRI, G. B., *Teoría General del negocio Jurídico. Cuatro estudios fundamentales*, Lima, Editorial ARA, 2001, p. 58.

4. La síntesis del pensamiento kelseniano en este punto se resuelve en lo siguiente: lo que la causalidad es a la ciencias de la naturaleza, la imputación es al campo de las ciencias normativas; en virtud de ello se enlazan hechos entre sí o hechos a un alguien; ese alguien, destinatario de la norma, su término de imputación, es la persona: la duplicación del deber jurídico y el derecho subjetivo, concebido de modo *substantializado*.

5. Ver nota extendida en página 103.

6. Ver nota extendida en página 103.

7. Ver nota extendida en página 103.

8. Ver nota extendida en página 104.

9. Ver nota extendida en página 104.

jurídica, etc.) delinea, encuadra o recorta para sí sustratos de la realidad fáctica, redefiniéndolas para sus propios fines, para su propio campo teleológico.

El camino recorrido es muy prolífico comenzando por Hans Kelsen<sup>10</sup>, Francesco Ferrara<sup>11</sup> y Luis Recasens Siches<sup>12</sup> entre otros, y a riesgo de plagiar la rica y afortunada síntesis que del tópico han realizado estos conspicuos juristas, consideramos que ya nada podemos ni debemos aportar al concepto, creemos que todo está dicho por lo cual solo nos limitamos a explicitar lo analizado por estos maestros.

Adelantemos que para nosotros *persona jurídica colectiva*, *persona jurídica*, *sociedad colectiva*, o simplemente sociedad menta un sujeto de derecho distinto de los miembros que la componen.

El error del análisis de los *anticonceptualistas* –por el cual llegan a conclusiones jurídicas aberrantes- es precisamente el de buscar definir a la persona jurídica colectiva tomando referencias de las nociones que da la filosofía general, la moral, la metafísica y /o la ontología general<sup>13</sup>, desvinculado de la absorción o encuadre que el derecho hace para sí, de los elementos fácticos y de otras zonas del pensamiento o conocimiento<sup>14</sup>.

Es en el estricto plano de la teoría general del derecho, es donde las personas físicas como la personas jurídica societaria adquieren unívoca entidad conceptual: la de ser ambas por igual centros de imputación de las normas jurídicas.

La diferencia fáctica de que la persona humana conforma monocípiteamente una totalidad centrada en torno a un cerebro –con una autodeterminación capaz de llevar adelante efectos causales- y que las personas jurídicas societarias se muestran como una suma de personas y bienes y que esos seres concretos articulan su *voluntad* queda borrada para el derecho<sup>15</sup>.

Como reza el artículo 30 del Código Civil argentino: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones”. Y es precisamente eso *persona “para”* el derecho: el *quién*, el *destinatario*, el *término de imputación unitario* de la carga de deberes jurídicos y derechos subjetivos actuales o potenciales. Si ese *quien* es un hombre o un grupo de hombres<sup>16</sup> a los cuales, por su organización estatutaria, el derecho –por el principio de imputación diferenciada- hace que

10. Sobre el tema ver: NILVEN, Moisés y KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 102.

11. Ver: FERRARA, Francesco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Madrid, Editorial Reus S. A., 1929.

12. Ver: RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana sociedad y derecho. Hacia una fundamentación de la filosofía del derecho*, México, Editorial Casa de España en México, 1939.

13. Ver nota extendida en página 104.

14. Ver nota extendida en página 104.

15. Ver nota extendida en página 105.

16. Ver nota extendida en página 105.

conformen un ente distinto de ellos, estaremos siempre ante una *persona jurídica*<sup>17</sup>.

#### 1. 4. *Comienzo de la existencia de la persona humana y de la persona jurídica societaria*

El nacimiento de todo sujeto de derecho reclama un punto inicial categórico, pues de lo contrario la imputación normativa se vuelve abstracta. Es necesaria la vida del sujeto para la vida del derecho.

Comenzando por la persona humana, vemos una vez más que cada ordenamiento jurídico determina el momento categorial del comienzo de su existencia jurídica<sup>18</sup>. Así, para el derecho argentino como para el español, se es persona desde la concepción en el seno materno, en tanto que para la adquisición irrevocable de los derechos, uno y otro ordenamiento los condicionan a que nazcan con vida y sobrevivan desprendidos del seno materno un instante o 24 horas respectivamente<sup>19</sup>.

En materia societaria, las mayorías de los ordenamientos prevén como requisito de nacimiento y existencia: un *negocio jurídico*.

En el derecho argentino, a pesar de que el Código Civil y la Ley de Sociedades adhieren a la tesis contractualista<sup>20</sup>, técnicamente requieren de un *acuerdo*; en el derecho español adquieren existencia mediando un negocio jurídico que puede ser plurilateral o unilateral de organización<sup>21</sup>. Dicho negocio, sea un acuerdo, contrato o acto unilateral, requiere para su total validez o eficacia y, en consecuencia, nacimiento del sujeto de derecho, que solo tengan sus presupuestos y elementos negociales en orden<sup>22</sup>.

#### 1. 5. *Ser o no ser o lo categórico de la existencia de las personas en el derecho*

No advierte gran parte de la doctrina ni la jurisprudencia acerca del carácter categórico que reclama el ser y, en lo que respecta al derecho la persona humana o societaria, como seres que son, como centros de imputación normativa que son, no constituyen la excepción. La personalidad jurídica *se tiene o no se tiene*, se afirma o se niega sin más, su ser no admite ni le caben restricciones ni condicionamientos.

Las diferencias de la persona jurídicas, sean humanas o societarias, se dan respecto de la capacidad o a la legitimación,

17. Ver nota extendida en página 105.

18. No son posibles las aleatoriedades para el ser. A nadie se le ocurriría, al menos en Argentina, negar la adquisición de derechos de una persona por nacer, o diría que no es persona en tanto que no se haya inscripto su nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

19. Ver nota extendida en página 106.

20. El libro y la sección dedicada a los contratos es donde ubica Vélez Sarsfield a las *sociedades civiles* en el Código Civil; por su parte los artículos 4º y 5º de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales expresamente lo consideran un contrato.

21. Es el caso de las *sociedades unipersonales originarias*, cuyo nacimiento como sociedad requiere de un *negocio jurídico unilateral*.

22. Resulta ostensible, a esta altura del análisis, nuestra condición de epígonos de los tributarios de teorías generales, en dicha línea y siguiendo el pensamiento de Emilio Betti, los presupuestos negociales lo conforman: la capacidad de parte, idoneidad del objeto y la legitimación, y los elementos: la forma, el contenido y la causa. *Vid.* BETTI, Emilio, *Teoría General del Negocio del Jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, 2ª edición.

23. Nuestro ordenamiento jurídico, lo hemos dicho, determina la existencia del sujeto de derecho desde la concepción en el seno materno, y si ese ser recibe, v. g., un inmueble en donación, es dueño, no obstante que aún no sea más que un embrión en el vientre de la madre, quizás no tenga un nombre de pila asignado, obviamente no esté inscripto por ante el Registro Civil. No obstante ello, el derecho no atina a decir que es un *ser en formación*, sino que se limita a reconocerle categóricamente existencia y condicionar la adquisición irrevocable de sus derechos, al hecho futuro de que nazca con vida. Ser o no ser, como en el drama de Shakespeare, es lo que debe predicarse incontestablemente de la persona jurídica, sea humana o societaria.

24. Es inadmisibles predicar, como v. g. lo hace la exposición de motivos de nuestra ley 19.550, la posibilidad de una *personalidad precaria*, en referencia a las hipótesis de sociedades de hecho o irregulares. En cuanto a la regulación que la LSC argentina hace de las *sociedades de hecho*, es precisamente por su carácter de hecho y no de derecho, en tal extremo, el ordenamiento sale en auxilio de una certera interpretación, decretando no una pseudotipología societaria, sino precisamente, por carecer de tipo y por ende no ser persona, establecer con claridad el régimen al cual está sometido tal unión informal de personas y

pero nunca respecto de su ser.

En lo que respecta a las sociedades, se ha hablado en tal sentido de una “personalidad precaria”, simbiosis expresiva imposible de articular, tanto respecto de la persona humana<sup>23</sup> como de la societaria.

El motivo de tal expresión en materia societaria la ha dado el régimen de la *irregularidad*, el cual se lo ha hecho intercambiable con el de *existencia*; triste error, por cierto, que es necesario desnudar. Ya es hora de decirlo enfáticamente: la regularidad se resuelve en el plano de la responsabilidad, no de la existencia; es más, hay responsabilidad porque hay ser jurídico, porque hay existencia, porque hay persona. No se responde solidaria e ilimitadamente con la *nada*, con un ente que no existe o por *actos previos* a la conformación societaria, sino que los propios fundadores son solidarios con *algo*, y ese *algo*, –en los sistemas donde la existencia societaria nace de un contrato, acuerdo o acto unilateral–, es la persona jurídica societaria misma.

Ya veremos las consecuencias del contralor por los organismos correspondientes y la falta de inscripción en los registros afectados. Pero no se nos confunden los requisitos de existencia societaria, de los requisitos de responsabilidad. En síntesis: para la existencia y la imputación diferenciada solo hace falta un negocio jurídico, más específicamente una acuerdo; para la ausencia de responsabilidad solidaria, es decir para poder terminar con la irregularidad –que nada tiene que ver con la existencia–, es menester la inscripción.

Sea lo que sea una sociedad conforme a la regulación que de ella hacen los diferentes ordenamientos jurídicos, tanto en Argentina como en España hoy, está determinada en su origen y existencia: por un negocio jurídico y, su mayor o menor responsabilidad: por la regularidad dada por el contralor e inscripción ante el Registro Público de Comercio (RPC) o Registro Mercantil (RM)<sup>24</sup>.

### **1. 6. Contrato, acuerdo y acto unilateral como fuentes de creación de la persona jurídica**

Remarquemos la diferencia entre contrato, acuerdo y acto unilateral, como recursos de que se vale el ordenamiento para la creación de un sujeto de derecho.

Se suele hablar de contrato societario, pero debemos co-

incidir con la moderna doctrina que más que un *contrato* –que presenta intereses contrapuestos– estamos frente a un *acuerdo* –donde hallamos intereses distintos pero concurrentes–, calificación ésta que consideramos atinada no solo en el plano teórico sino también en el plano operativo. V. g., la muerte o el incumplimiento de una de las partes en un *contrato*, al haber intereses contrapuestos, pueden causar la extinción o revocación del mismo; los mismos hechos en un *acuerdo*, por la concurrencia de intereses, produce consecuencias distintas, como bien observa José Carlos Carminio Castagno: “[...] el ‘acuerdo’ excluye inicialmente la posibilidad de ‘sociedades de un solo socio’<sup>25</sup>, pero –al mismo tiempo– justifica una solución hoy consagrada en plurales derechos positivos y que no se compadece con la tradicional teoría contractualista: la temporaria subsistencia de ciertos tipos societarios reducidos a un substrato ‘unipersonal’”. Y en cita a pie dice: “La ley 19.550 –art. 94, inc. 8– así lo dispone, para todas las sociedades por un plazo de 3 meses”<sup>26</sup>.

Respecto de los actos jurídicos unilaterales, casi toda la comunidad europea admite la posibilidad de negocios jurídicos unilaterales de conformación o creación societaria. Se habla si de *sociedades de capital* por oposición a las *sociedades de personas*, criterios bajo los cuales es posible establecer como ejes determinantes de la creación de un nuevo sujeto de derecho tanto el capital como la comunión de personas. Las sociedades unipersonales son un recurso jurídico elegante para solucionar el arraigado conflicto que genera la dudosa divisibilidad del patrimonio.

Estas rápidas diferencias permiten apreciar someramente la lógica comparativa entre contrato, acuerdo y acto unilateral.

### **1. 7. ¿Existencia versus regularidad? El problema del ser societario y el de la responsabilidad societaria**

Las normas que regulan el instituto societario utilizan una anfibología que colabora en la confusión entre existencia y regularidad.

La LSC, en su artículo 21, al hablar de las sociedades no constituidas regularmente reza: “*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*”. Creemos firmemente que estas normas merecen un análisis corrector o de lo contrario

bienes y la ausencia de la imputación diferenciada que implica no ser persona jurídica societaria. En las sociedades de hecho al no haber sujeto, el accionar del aparente ser jurídico se le imputa directamente a las personas que la invocan y el régimen de bienes no es más que un mero condominio o una comunidad de bienes.

25. En el derecho argentino, no en otras legislaciones como la europea [N. del A.].

26. *Vid.* CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, *op. cit.* (cfr. nota 2), p. 218.

28. Ricardo A. Nissen afirma que la única razón para el tratamiento único previsto por la ley 19.550 para ambas hipótesis –él dice “para ambas sociedades”–, obedece a que ellas tienen en común la ausencia de inscripción en el Registro Público de Comercio y, por tanto, sus cláusulas son inoponibles a los terceros, manifestado así un régimen sancionatorio por el desconocimiento del estatuto social. (NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales, comentada, anotada y concordada*, Tomo I, arts. 1 a 55, 2ª edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1993, p. 219). Por nuestra parte no cejamos en considerar que el tratamiento unificado de ambos institutos es la consecuencia de una ostensible falta de claridad conceptual que permita distinguir *existencia de regularidad*.

29. Las sociedades de hecho no son sociedades, no conforman un sujeto distinto de los miembros que las componen; así, cuando la LSC regula la actividad de estas personas que de hecho se han organizado sin seguir ningún tipo legal, sin respeto a ninguna de las formas tasadas por el legislador, lo único que hace es establecer un régimen de consecuencias jurídicas, no la de facilitar una pseudotipología societaria.

difícilmente podamos arribar a conclusiones jurídicas lógicas.

En primer lugar, toda sociedad es sujeto de derecho conforme lo hemos analizado con anterioridad, es decir que toda sociedad colectiva, persona jurídica colectiva o sociedad conforma un sujeto distinto de los socios o miembros que la componen.

Partiendo de esta base, las *sociedades de hecho* no son sociedades, para ser sociedad en primer lugar se debe ser *de derecho*, de lo contrario no estamos frente a una sociedad, estamos frente a una comunión de intereses entre personas, situación fáctica que no alcanza para componer o conformar un sujeto distinto de ellas<sup>27</sup>. La *sociedad de hecho* importa un verdadero contrasentido, no es más que una comunión de personas y bienes: no hay imputación diferenciada de los actos que realizan y el régimen de bienes es el condominial.

Las dos hipótesis del mentado artículo 21: a) *las sociedades de hecho* y b) *las sociedades de tipos autorizados que no se constituyan regularmente* están mal equiparadas. La norma involucra dos hipótesis incompatibles la una con la otra. La primera no es una sociedad (*sociedad de hecho*), la otra sí lo es (las sociedades de tipos autorizados que no se constituyan regularmente). Las primeras no respetan tipo social alguno ni la forma constitutiva, las segundas sí los respetan, y lo único que les falta es regularizarse<sup>28</sup>.

Por tanto, la LSC, cuando nos habla de sociedades de hecho y las iguala a las *sociedades de tipos autorizados no regularizadas*, muestra –en el peor de los casos– la confusión conceptual del legislador y, –en el mejor de los casos– evidencia que las sanciones que impone la irregularidad es aplicable tanto a sujetos plenamente existentes como a situaciones de hecho o actos previos a la existencia de un sujeto de derecho<sup>29</sup>.

## 2. La sociedad en formación como concepto

### 2. 1. ¿Qué se entiende por sociedades en formación? Planteamiento del problema

En el uso corriente de la terminología de abogados, contadores, escribanos, y demás operadores jurídicos, cuando una sociedad

se encuentra bajo el contralor de Dirección de Inspección de Personas Jurídicas (en adelante, DIPJ), para pasar luego a su inscripción en el Registro Público de Comercio (RPC), se dice que estamos frente a una *sociedad en formación*.

Con esta terminología, el contralor de DIPJ y su inscripción en el RPC parecerían darle *personalidad jurídica*; hace suponer que son *ellos* los que tienen el *don* de convertirla en personas jurídicas societarias.

Para los mentores de esta postura, la inscripción el RPC operaría con cierto carácter o efecto constitutivo o creador de la personalidad jurídica<sup>30</sup>.

¿Es esto es realmente así? Tratemos de ahondar en el tema, sin perjuicio de reconocer que el error conceptual obedece o ronda fundamentalmente en torno a la confusión entre *existencia societaria* y *regularidad societaria* ya analizados previamente.

## 2. 2. *Elipsis y lógica jurídica*

El derecho está plagado de expresiones ambiguas, juegos de palabras e ideas equívocas.

Los recursos retóricos abundan, a veces se los usa con coherencia, otras veces fallidamente. La expresión *sociedades en formación* puede ser admitida –no sin esfuerzo– como una *expresión elíptica*, pero aclarando algunas aristas de tal elipsis pues, de admitirse sin más el epíteto *en formación*, conspiramos contra toda actitud ontológica en general y de la ontología jurídica en particular.

Una *sociedad en formación* nos da la idea de gestación, de un ser *a medias*, de un ser *en tránsito* lo que, como hemos explicitado (ver *infra* 5), es inadmisibile.

Cuando se dice *en formación*, nosotros interpretamos su verdadero sentido que no es otro que: *en trámite de contralor e inscripción*, o *en trámite de regularización*; requisitos que propugnan el fin de evitar cierta clandestinidad, sancionando principalmente con una responsabilidad solidaria de los socios junto con la sociedad ya existente.

El *prius* de la irregularidad y consecuente responsabilidad es precisamente el ser societario. Se decreta la irregularidad de algo que es, de algo que existe. No se puede *quitar del medio*

**30.** Nunca fue, ni lo es en la actualidad la intención ni el espíritu de la normativa que regula la actividad del Registro Público de Comercio. Sobre el particular puede verse lo contundente que es el artículo 41 del Código de Comercio, el cual textualmente reza: “Del Registro Público de comercio: [...] Art. 41: Las escrituras de sociedad de que no se tome razón, no producirán acción entre los otorgantes para reclamar los derechos que ellas les hubieren sido reconocidos, sin que por esto dejen de ser eficaces a favor de los terceros que hayan contratado con la sociedad, sin embargo, ningún socio puede oponer al otro la falta de registro, respecto de ellos derechos que la comunidad de intereses hubiese creado”.

31. Muchos hacen hincapié en la responsabilidad de los socios, personas humanas, realidad factual, y se descreen en la sociedad por su irregularidad. Se dicen que responden solidaria e ilimitadamente “ellos”, como si la persona societaria no respondiera, como si fuera un “fantasma”, cuando en realidad es la razón de la solidaridad. No se trata de la solidaridad de los socios, sino de los socios *con y por* la sociedad creada. Esto es el vicio evidente de que aún cuesta igualar a la persona sociedad con la persona humana, es la influencia del pensamiento vulgar materializado en el hecho empírico de que: donde hay una persona humana, hay persona, donde no hay posibilidad de representársela, se descrea de todo cuanto tiene de conceptual y cierto jurídicamente, se la considera una ficción y se la desestima sin más.

32. “Sección II. De la constitución de las sociedades anónimas. 318. Las sociedades anónimas no podrán constituirse definitivamente, sin que se hayan verificado las siguientes condiciones: 1ª Que los asociados sean diez por lo menos; 2ª Que el capital social o su primera serie, que no baje de un 20 por ciento, esté íntegramente suscripto; 3ª Que los suscriptores hayan abonado el 10 por ciento del capital suscripto en dinero en efectivo depositado en el Banco Nacional o en el Provincial, o uno particular, en su defecto;

al ser social, sino que precisamente debe afirmárselo, haciéndolo el disparador de la responsabilidad solidaria *junto con* sus fundadores<sup>31</sup>.

En otras palabras, quien niegue el ser societario amparado en la falta de regularidad, deja de pensar jurídicamente, no distingue *ser de responsabilidad, esencia de accidente, modo de ser con el modo de responder*.

### 2. 3. ¿Cómo se conformaban las sociedades anónimas en la Argentina antes de la ley 19.550? Un poco de historia

El Código de Comercio argentino, en cualquier versión actualizada, al llegar al artículo 282 presenta una leyenda que dice: “Art. 282 al 449 derogado por la Ley 19.550.”; y sin ninguna cita al pie que nos los recuerden. Esta práctica inusual –pues no ocurre en el Código Civil que transcribe los artículos derogados– nos obliga a visitar alguna vieja edición anterior a la reforma de la ley 19.550 del año 1972.

Provistos de un *viejo* Código de Comercio del año 1965, rescatamos del naufragio los artículos hoy derogados y borrados. Para los que nacimos con la ley 19.550, aquel articulado nos era indiferente, estaba condenado al olvido, sin embargo, su lectura nos ha resultado sabrosa, sustancial para entender algo de la génesis de esto que se ha dado en llamar *sociedades en formación*. Sin perjuicio de adentrarnos luego en otros artículos, vamos directamente a dos: a los artículos 318 y 319 del Código de Comercio que en cita al pie transcribimos<sup>32</sup>.

Estas normas nos parecen explícitas. Antes de la Ley 19.550 y como previo a “*constituir definitivamente la sociedad, otorgando la respectiva escritura e inscribiéndola y publicándola por quince días con los estatutos, autorización y demás actos constitutivos, antes de empezar las operaciones sociales*”; era menester verificar las condiciones del 318 y, en particular, lo dispuesto en el apartado 4º: “Que la sociedad sea por tiempo determinado y haya sido autorizada por el Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público”. En buen romance, era primero el Poder Ejecutivo el que autorizaba, luego de ello, los particulares celebraban el

negocio constitutivo: el acuerdo societario y lo inscribían por ante el Registro Público de Comercio<sup>33</sup>.

¿Es este el antecedente de la expresión *sociedades en formación*? Creemos firmemente que sí, a pesar de que el término *sociedades en formación* se sigue mostrando anfibológico, pues mantiene esa idea de *gestación* que no condice –ya lo hemos dicho– con la conceptualización de persona o del hecho categórico de que en el derecho la personalidad se tiene o no se tiene. Como expresión elíptica, la vieja modalidad constitutiva hubiese admitido –a nuestro entender– la expresión *sociedades en trámite de autorización*.

Este antecedente, este trámite previo de autorización para constituir las sociedades anónimas anteriores a la Ley 19.550 ha quedado como un estigma, como una cicatriz en la cual, sin saberlo, se espejan los mentores de la *sociedad en formación*.

Si se observan bien los requisitos que los derogados artículos predicaban para las sociedades de responsabilidad limitada, el régimen es similar al vigente<sup>34</sup>.

Nuestro régimen actual prevé un mecanismo para la constitución, creación o existencia societaria o como se lo quiera llamar, que no es otra que la de la firma de un negocio jurídico causal. Las sociedades en argentina nacen de un acuerdo constitutivo, este acuerdo constitutivo con todos sus presupuestos y elementos en orden, crea a una nueva persona jurídica, nos pone ante una sociedad legítimamente constituida, consolida un nuevo sujeto de derecho.

#### 2.4. La DIPJ y el RPC. Su función

¿Las DIPJ o IGJ y los RPC tienen acaso por función otorgar la personalidad societaria? Salvo para la vieja hipótesis de sociedades anónimas (ver *infra* 3), categóricamente debemos decir que no. La función que la ley 19.550 predica hoy para estos entes, es simplemente la de *regularizar* a la sociedad ya existente.

Insistimos, se debe siempre diferenciar con nitidez, *existencia de regularidad*. Existencia *para ser* y regularidad *para responder*. Se es persona como consecuencia del acuerdo societario; se es regular por el contralor que hace la DIPJ o la IGJ, e inscripción en el RPC.

4ª Que la sociedad sea por tiempo determinado y haya sido autorizada por el Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo acordará la autorización, siempre que la fundación, organización y estatutos de la sociedad sean conformes a las disposiciones de este Código, y su objeto no sea contrario al interés público.  
319. Si los que pretendiesen fundar una sociedad anónima, hubiesen suscripto íntegramente el capital requerido, podrán, luego de que se hayan verificado todas las condiciones exigidas en el artículo anterior, constituir definitivamente la sociedad, otorgando la respectiva escritura e inscribiéndola y publicándola por quince días con los estatutos, autorización y demás actos constitutivos, antes de empezar las operaciones sociales." [El resaltado es nuestro].

33. Ver nota extendida en página 106.

34. Ver nota extendida en página 107.

35. Y ese parece ser, -para los mentores de la *sociedad en formación*-, la función que lo que antes era del Poder Ejecutivo hoy es de la DIPJ, la IGJ o del RPC. Remarcamos el hecho de que el calificativo *en formación* tampoco parece adecuarse al viejo régimen, ya que esa idea de gestación de la que hablamos, resulta mas bien elíptica ya que, siendo la personalidad algo categórico -se es o no se es persona en derecho-, hablar de sociedades -ser jurídico en acto- y al mismo tiempo *en formación*-, como idea de expectativa o de que aún no es plenariamente-, resulta un verdadero contrasentido; pero el lenguaje tiene sus límites, podemos admitirlo para el viejo sistema anterior a la ley 19.550 como expresión elíptica, pero resulta inadmisibles para el actual.

36. Sobre el régimen de nulidad y anulabilidad en materia societaria, ver CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, "Regularidad, tipicidad y personalidad societaria", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 764, marzo-abril de 1979, pp. 449-457. (Trabajo presentado en las *Jornadas de Derecho Societario*, Buenos Aires, 9 al 11 de noviembre de 1978.)

En conclusión, cuando hablamos de *sociedades en formación*, estamos por exceso y elípticamente haciendo omnicomprendido lo dispuesto antiguamente par las sociedades anónimas<sup>35</sup>; o bien, por defecto, dándole a la DIPJ o la IGJ, e inscripción en el RPC una función constitutiva que no poseen.

## 2.5. El poder calificador de la DIPJ, IGJ y el efecto de las inscripciones de sociedades en los registros públicos de comercio

Se habla habitualmente de "jueces" de registros, terminología que sin duda es equivocada, pues la *jurisdictio* es la facultad exclusiva y excluyente de los jueces, más no de los jefes y/o directores de los agentes de los órganos de control e inscripción que estamos analizando.

Consideramos importante advertirlo pues el poder calificador de cualquier tipo de registro, por ignorancia o temor, se ha vuelto cada vez más poderoso que el de los jueces mismos. Reglamentan la ley al extremo de establecer una suerte de nulidades implícitas no prevista por las normas de fondo, en fin, nos han hecho creer que lo que no está inscripto no está en el mundo jurídico, cuando en realidad nada son los calificadores sin ese mundo jurídico que le es puesto solo para control, más no para que formen parte sustancial en él.

Todo lo relacionado con el poder de control y calificador por parte de la DIPJ, IGJ y el RPC está vinculado no a la existencia societaria nacida del negocio, sino a la comprobación de que dicho negocio reúne los requisitos mínimos de validez y eficacia. Si por ventura dicho negocio es pasible de nulidad o anulabilidad, habrá que atenerse -ahora sí- a lo que digan los jueces, según la entidad del vicio que adolezca, pero jamás los registradores pueden decir el derecho ni sentenciar al respecto. Si lo hacen, es por pura actitud pretoriana, es abuso de poder en el peor de los casos, incumplimiento de deberes de funcionarios públicos, en el mejor de ellos<sup>36</sup>.

Les guste o no a los responsables de la DIPJ, IGJ o RPC, la existencia societaria, las modificaciones estatutarias, los aumentos de capital, etc. se producen extrarregistralmente, a través de actos o negocios jurídicos que dan expresión documental a las mutaciones del ser societario. En consecuencia la inscripción por ante el RPC es meramente declarativa, no constitutiva

del *ser* societario.

Se preguntan los operadores jurídicos: i) ¿Y la ausencia de inscripción? Nosotros les contestamos que ahí está la ley, sanciona con la irregularidad y la sanción de responsabilidad solidaria e ilimitada. ii) ¿Y si el trámite es observado? Nosotros contestamos diciendo que será necesario saber acerca de que ha calificado el registrador, si tiene competencia para ello y el grado de subsanabilidad del defecto que, por lo general, siempre lo tiene. iii) Y lo peor: ¿si se le deniega la inscripción? Una vez más contestamos que será necesario saber acerca de la calificación registral, sosteniendo que solo pueden denegarse aquellos trámites que gozan de nulidad absoluta.

Pero aún así, inquietados por estos interrogantes, la negligencia en cumplir con la carga inscriptoria por parte de los socios, la diversidad de eventuales observaciones y sanciones a que pueda estar sujeto el negocio no le quitan a los actos o negocios el valor constitutivo del nuevo ser jurídico.

Tanto la falta de inscripción como las inscripciones sujetas a una calificación negativa, siempre se resuelven para el legislador de la única forma que puede hacerlo, sancionando *ipso iure* con la responsabilidad de los fundadores *junto con* la sociedad en cuestión, salvo –como hemos dicho– en los casos de nulidades absolutas, hipótesis en las cuales ningún operador debe darle cabida a la concreción del negocio constitutivo<sup>37</sup>.

Para finalizar, una pequeña digresión acerca del carácter declarativo y constitutivo de los registros. Suele hablarse de que los registros son constitutivos o declarativos, cuando en realidad lo que es constitutivo o declarativo: es *el* o *los efectos* de la inscripción.

En un mismo registro pueden convivir tanto inscripciones con efectos constitutivos o con efectos declarativos, o una misma inscripción puede revestir un doble efecto, lo que dependerá siempre de la previsión normativa o bien de la correcta hermenéutica ante situaciones de la mayor o menor oscuridad con que se expida el legislador<sup>38</sup>.

En lo que respecta al régimen societario, sostenemos enfáticamente, que el acuerdo, contrato o acto de creación societaria es en sí mismo y extrarregistralmente: constitutivo de un nuevo ser jurídico, de la personalidad jurídica; en tanto que la

37. No nos imaginamos una sociedad con objeto ilícito o fuera del tipo legal que en *numero clauso*, nuestros legisladores han impuesto para las sociedades. No obstante ello, dada la hipótesis, la DIPJ, la IGJ y el RPC tienen potestades para rechazar *in limine* el trámite, o bien observarlo para que los que tengan interés legítimo accionen a los fines de decretar su nulidad en sede judicial. Toda otra potestad que se arrogue el jefe de registro está fuera de su facultad, pues no es su función decir el derecho como los jueces, sino solo controlar la adecuación y ajuste de los hechos y actos de los particulares.

38. Como ejemplo de lo dicho, pensemos en los registros inmobiliarios, donde la inscripción de toda adquisición de dominio tiene carácter declarativo, en tanto que v. g., las inscripciones de embargos, las afectaciones como bien de familia tienen carácter constitutivo. En materia societaria ocurre lo mismo que con las compraventas inmobiliarias, en estas, el dominio y, en aquellas, el ser nacen en sede extrarregistral.

inscripción por ante el RPC tiene a un tiempo i) efecto declarativo de dicha existencia o ser societario y ii) efecto constitutivo respecto de la regularidad.

## **2. 6. La expresión sociedades en formación en la realidad normativa argentina y sus consecuencias prácticas**

Es hora de articular todas estas meditaciones en consonancia con la terminología normativa. Los artículos que analizaremos seguidamente parecen negar nuestra conceptualización, evidencian un contraste entre nuestro criterio y el de los legisladores.

Por razones de economía, nos limitamos a aquellas normas que ostensiblemente usan la expresión, dando lugar así a conflictos técnicos interpretativos y a enfrentamientos doctrinarios o rechazos registrales.

### **2. 6. 1. El artículo 38 de la LSC y las denominadas inscripciones preventivas**

El artículo de marras<sup>39</sup> ha sido el disparador de numerosas normas, resoluciones técnicas registrales y/o administrativas, que presuponen que la inscripción por ante el RPC *otorga* la personalidad societaria.

En su última parte, el legislador ha estipulado una *inscripción preventiva* para cualquier registración de bienes y, como si esto fuera poco, remata el artículo con la anfibológica expresión: sociedades en formación.

Creemos definitivamente que el legislador ha errado no solo en la terminología y en el falso provecho que la regulación pretende, por la sencilla razón de que yerra en los conceptos.

Para los legisladores, la sociedad no regularizada posee una *personalidad a medias*, suponen la abstrusa viabilidad de una *sociedad en gestación*, contradice el propio orden normativo por ellos creado, pues para la existencia y modificaciones societarias, nuestra ley en los artículos 4 y 12 prevé como fuente de creación o existencia y modificación social, el contrato o acuerdo constitutivo o modificatorio y como elemento regularizador, la inscripción en el registro público de comercio.

La exposición de motivos de nuestra LSC evidencia la confusión conceptual de sus mentores; allí se habla de que se ha adoptado *la más moderna doctrina*, admitiendo una *perso-*

39. Dice la LSC: “Bienes aportables. Art. 38. Los aportes pueden consistir en obligaciones de dar o de hacer, salvo para los tipos de sociedad en los que se exige que consistan en obligaciones de dar.

Forma del aporte. El cumplimiento del aporte deberá ajustarse a los requisitos dispuestos por las leyes de acuerdo a la distinta naturaleza de los bienes.

Inscripción preventiva. Cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación”.

*nalidad precaria*, para las hipótesis de irregularidad. ¿No es esto acaso, la prueba manifiesta de que aún los propios legisladores confunden existencia (ser societario) con regularidad?

No obstante ello, creemos que la interpretación del artículo 38 *in fine* debe hacerse correctivamente pues, más allá de literalidad, la hermenéutica y la lógica, se imponen por sobre las expresiones fallidas.

¿Qué se entiende por inscripciones preventivas?, ¿qué o a quiénes previenen? Si interpretamos la última parte del artículo 38, parece que es una inscripción condicionada a la regularidad; pero, como ya lo hemos dicho, la regularidad condiciona la responsabilidad, no la existencia, en consecuencia la denominada *inscripción preventiva* es, en relación a la titularidad del sujeto societario, *definitiva*.

Si algo *ha de venir* no es la sociedad, sino la regularidad societaria que en nada influye al ser societario, salvo –entre otras cosas– sumarle la responsabilidad de los fundadores. Por tal razón, *la prevención* a que se hace referencia es abstracta, no solo respecto de los terceros que contraten con la sociedad, sino también de los propios socios, que necesitan que la sociedad existente tenga los bienes que a su nombre legítimamente se adquirieron o adquieran. La norma, en vez de afirmar la existencia y consiguiente titularidad de los bienes de la sociedad, parece negarla absurdamente, despojándola o vaciándola, al impedir que se titularicen bienes que garanticen una indudable solvencia frente a terceros.

Una vez más la ceguera para ver en su justo plano ideal jurídico a un verdadero sujeto de derecho. En la *inscripción preventiva*, el legislador desespera por la regularidad y se olvida de la existencia, convirtiéndola en tan poco preventiva, que la última parte del artículo no es más que la cristalización de la histórica confusión: existencia *versus* regularidad.

No hay *versus*, hay existencia y regularidad. El perjuicio conceptual lo sufre el propio tercero interesado, quien se vería a la hora de demandar y pretender un embargo sobre los bienes de titularidad de la sociedad, con una norma que por negarle ser a la sociedad le ha negado también al acreedor con quien contrató, la titularidad incontestable del bien. Donde la inscripción preventiva ve solo personas humanas, nosotros vemos además a la perso-

na jurídica societaria gozando de muy buena salud existencial<sup>40</sup>.

### **2.6.2. Las sociedades en formación y el Registro Público de Automotores**

Consecuencia incontestable de la confusión conceptual derivada del artículo 38 *in fine* de la LSC, es la disposición técnica para la inscripción de la titularidad de los automotores por ante los registros de la propiedad automotriz que en cita al pie transcribimos<sup>41</sup>.

Esta normativa es prueba de que la terminología *sociedades en formación* desborda lo meramente retórico para ocupar un sitio operativo con consecuencias jurídicas concretas: *no permitir la inscripción de bienes automotores que no sean para su aportación como bienes de capital*.

La ley registral de automotores no admite la inscripción de bienes automotores que no sean como aporte de capital. Es la lógica y la práctica de los registradores desechar la inscripción de automotores hasta que la sociedad no se encuentre inscrita por ante el RPC, pues antes, para la ley de registro automotor, no hay sociedad, hay un *proyecto* de ella.

El artículo 1º ha sido literal y categóricamente mal interpretado y en consecuencia: “La inscripción preventiva del dominio de automotores a favor de sociedades comerciales –artículo 38 de la ley 19.550-, *procederá únicamente* cuando dichos bienes sean dados por su titular registral como aporte de capital, lo que se acreditará con copia del contrato o estatuto del que surja el aporte en especie”. Si no se dan los extremos de constituir aporte de capital, le niegan vocación inscriptoria.

La terminología utilizada por el digesto es tributaria de la misma LSC, y la interpretación de los que dictaron la normativa para los registros automotores, es propia de quien ha sido *engullido* por la confusión anfibológica.

Ahí está el artículo 2º cargado de equívocos y consecuencias absurdas: “Una vez constituida la sociedad [...]”, es decir que aún no existe para la ley registral automotriz. El artículo 3º aporta lo suyo al decir: “Si la sociedad no llegara a constituirse [...]”. Y para completar el criterio el artículo 4º dice: “[...] hasta tanto la sociedad comercial no haya quedado definitivamente constituida, lo que se acreditará mediante constancia emanada del Registro Público de Comercio, no se admitirá la inscripción

40. Ver nota extendida en página 107.

41. Ver nota extendida en página 108.

de automotores a su nombre bajo ningún concepto, salvo que mediare orden judicial”.

No obstante el error legislativo de creer que la inscripción por ante el RPC es el *hacedor* de la personalidad –una suerte de mito de Pígalión<sup>42</sup>–, sostenemos a contrario, que la contradicción mayor la evidencia el hecho de que los mismos artículos hacen un expreso e incontestable reconocimiento de la sociedad: hablan de la sociedad y a un tiempo la niegan por su falta de inscripción.

Sea o no para aportes de capital, la sociedad nacida del acto o acuerdo constitutivo reclama un reconocimiento como sujeto por toda la comunidad jurídica –y los registradores no están fuera de ella–, quienes deben siempre inscribir los bienes *a nombre* de la sociedad que ha comprado.

Si por ventura la sociedad no se inscribiera y/o fuese declarada irregular, no obstaría a su titularidad, sin perjuicio de la responsabilidad de ella junto con sus fundadores. Hay que sumarla a la responsabilidad, no restarla; ese es el error de creer que la *inscripción preventiva* es una inscripción *condicionada* a la regularización.

Donde todos parecen ver una inscripción de favor, casi de cuidado, nosotros vemos una inscripción que reafirma una vez más el ser jurídico de la sociedad. Donde los propios societarios temen y por ello *previenen*, nosotros no *prevemos* sino que categóricamente *vemos* el *ser* societario y por eso ponemos a su nombre lo que legítimamente le pertenece.

## 2.7. Algunos comentarios sobre la normativa española

Nuestra Madre Patria sabrá perdonar los barruntos de atrevernos a los comentarios de un ordenamiento jurídico que lejos estamos de haberlo profundizado. Tal irreverencia interpretativa queda a salvo gracias a un principio lógico: *al principio de no contradicción*, que impide que en una misma norma se predique el ser y la ausencia de ser a un tiempo. Eso es lo que ocurre en nuestro derecho y en el derecho español: los legisladores advierten un *impasse* que va desde el negocio constitutivo a la regularización inscriptoria, saben que con el negocio le alcanza a la persona jurídica societaria para entrar en el mundo de relaciones jurídicas, pero preocupados por la falta de regulari-

42. En el mito de Pígalión, este creó una mujer ideal, pero necesitó el concurso divino para insuflarle vida. Para los societarios que ven en la inscripción un absurdo carácter constitutivo, la situación resulta simétrica pues los socios mediante un contrato crean el sujeto ideal y el RPC parecería insuflarle vida o existencia.

dad que da la inscripción y la responsabilidad compartida que su incumplimiento conlleva, desestiman todo cuanto tiene de incontestable la sociedad: un categórico ser, una innegable personalidad jurídica.

Reconocida tal advertencia, nos adentramos someramente en los artículos 7º, 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas española (LSA), para someterlos a la prueba de nuestra perspectiva conceptual.

### **2.7.1. Los artículos 7, 15 y 16 de la LSA**

Los artículos de marras, una vez más, los citamos al pie para su referencia<sup>43</sup>.

Pues bien, por imperio del artículo 7º, queda claro que la sociedad “se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil”, evidenciando así el criterio constitutivo formal de la escritura pública conteniendo un contrato, acuerdo o acto constitutivo como requisito de existencia o creación del sujeto de derecho.

Expresión equívoca sin duda es la que sostiene que “Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica”. No vamos a redundar en los conceptos que hemos desarrollado antes, solo digamos que mas allá de la literalidad normativa, de las polacadas de los legisladores, es necesaria una interpretación correctora que contemple la hermenéutica con otras normas y la lógica conceptual. Al Registro Mercantil llega un verdadero sujeto de derecho, llega una persona, al igual que a los registros civiles, se es persona humana antes de la inscripción de los nacimientos.

Los registros mercantiles tiene efectos *declarativos*, no *constitutivos* de la personalidad o existencia societaria; en el mejor de los casos: tienen efectos *declarativos de existencia* y *constitutivos de regularidad*.

El artículo 15, por su parte, acierta desde el epígrafe en el equivoco terminológico y –a nuestro entender–, conceptual. Pero a no asustarse, pues la expresión *sociedades en formación* de la LSA no es más que una cómoda muletilla que a poco que se lee el artículo muestra una sociedad hecha y derecha, pues no tendría sentido negarle ser y luego predicar que: “*Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su*

43. Ver nota extendida en página 108.

*inscripción en el Registro Mercantil*, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad”; o que “No obstante, si la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincide con la de otorgamiento de la escritura fundacional, y salvo que los estatutos sociales o la escritura dispongan otra cosa, se entenderá que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado”.

No cabe duda de que la inscripción tiene efecto declarativo y sana con efecto retroactivo todo lo hecho en nombre de la existente sociedad, de lo contrario tampoco tendría sentido que: “Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores”.

Llegamos por fin al artículo 16 que explica, a fin de cuentas, en qué se resuelve la irregularidad:

- i)** En primer lugar el apartado primero, al decir que: “Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad [...]”, establece que el estatuto constitutivo es inoponible entre los fundadores, pudiendo disolver la sociedad en cualquier momento, y en consecuencia “[...] exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones”.
- ii)** El régimen supletorio aplicable para la liquidación de la sociedad existente<sup>44</sup>, es el “[...] *de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil*”.
- iii)** Finalmente la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios concurre junto con la sociedad, y en caso de inscribirse después del año del otorgamiento de la escritura, la responsabilidad exclusiva de la sociedad solo

**44.** Decimos *existente*, de lo contrario no se entiende el que “[...] la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones [...]”.

tiene efectos *ex nunc*, nunca *ex tunc*, respecto de los actos posteriores a la inscripción.

Más allá de las anfibologías terminológicas y conceptuales, el derecho español debe reconocer al igual que el argentino, que ser societario y regularidad societaria caminan por senderos independientes aunque en influencia recíproca, en particular durante la etapa que va desde el nacimiento a la inscripción.

### **2. 8. La expresión correcta que debería usarse**

Agotado el análisis –al menos para nosotros- y sin perjuicio de considerarlo un disparador de mayores meditaciones y más claras conclusiones, cerramos nuestra idea estableciendo la interpretación correctora que tanto la doctrina y la jurisprudencia deben darle a la equívoca expresión *sociedades en formación* o a la abstrusa idea de un *iter constitutivo*.

Lo ideal sería erradicarla de la terminología jurídica por su evidente tendencia a confundir. De seguir admitiéndola, debemos distinguir dos situaciones igualmente equívocas de aplicación de la expresión:

**a)** Si el sistema jurídico establece el carácter constitutivo a los registros públicos<sup>45</sup> de modo tal que sea el organismo de contralor sumado a la inscripción, los encargados de *crear la personalidad*, en tal caso, la expresión *sociedades en formación* también será errónea, pues no hay sociedad sino que hay *actos preparatorios*, en consecuencia, no hay posibilidad de invocar a ningún sujeto de derecho, lo que se traduce en una responsabilidad directa de las personas físicas: los futuros socios.

**b)** Si el sistema le da a los organismos de contralor la función calificante de legalidad y tipo societario, y al registro público, a través de la inscripción, el destino *regularizador*, la expresión *sociedades en formación* también será errónea, pues estaremos frente a una sociedad plenamente existente. La irregularidad entonces hará que los socios, por invocar al sujeto de derecho, sean responsables solidaria e ilimitadamente con él. A la hora de la responsabilidad, estarán obligados los socios más<sup>46</sup> la sociedad.

En consecuencia, la expresión que debe utilizarse sería la siguiente: en la hipótesis mentada en a), si el contralor y la

45. O establece criterios duales, de modo tal que para determinados tipos societarios haga la inscripción constitutiva y para otros, declarativa.

inscripción tiene efectos constitutivos, hay que hablar de *actos preparatorios de creación societaria*; mientras que en la hipótesis mentada en b), si los registros tienen efecto declarativo y regularizador, hay que hablar de *sociedades en trámite de regularización*.

## Conclusiones

- 1) Dentro de la ontología general, es dable distinguir una ontología jurídica en la cual hay un campo propio de seres y cosas que solo admiten entidad dentro de su universo ideal.
- 2) Admitiendo realidades jurídicas, tanto la persona humana como la persona jurídica societaria gozan de igual entidad: ambos son centros de imputación normativa.
- 3) La personalidad jurídica solo es predicable categóricamente, sin condicionamientos ni amañamientos: se es o no se es sujeto de derecho.
- 4) Siendo categórico el ser sujeto de derecho, es un contrasentido hablar de *sociedades en formación* o de un *iter constitutivo*, pues supone una *gestación*, situación inviable en materia jurídica, pues para el derecho, tanto la persona humana como la persona jurídica societaria tienen un momento inicial único y categorial del cual parte el reconocimiento de su existencia.
- 5) Las personas jurídicas societarias reconocen como causa fuente o eficiente de creación y adquisición de existencia jurídica: un negocio jurídico (sea este un contrato, un acuerdo o bien un acto unilateral de fundación).
- 6) El control de legalidad de la DIPJ y su posterior inscripción por ante el RPC tienen como función proveer de regularidad a la sociedad ya creada, es decir: asegurar una definitiva imputación diferenciada del sujeto societario respecto de sus fundadores.
- 7) Quienes creen que la inscripción por ante el RPC es constitutiva de la personalidad, confunden existencia con regularidad.
- 8) Hay que desautorizar el exceso calificador de los registradores, limitando sus roles y excluyendo el poder de

46. Digamos: los socios *con* la sociedad y precisamente *por* la sociedad.

sentenciar como jueces acerca de los negocios jurídicos que arriban para su contralor. No hay que creer que lo que no está inscripto, no está en el mundo jurídico.

9) La inscripción por ante el RPC es un requisito de regularidad, no de existencia societaria. La irregularidad se resuelve en una sanción de responsabilidad doblada: responde tanto el sujeto de derecho societario como los fundadores.

10) Si un sistema jurídico dado prevé como requisito de existencia la inscripción por ante el RPC, no corresponde hablar de sociedades en formación sino de *actos preparatorios para la conformación de sociedades*; por el contrario, si un sistema jurídico dado le da a la inscripción por ante el RPC, la función de regularización social, corresponde hablar de *sociedades en trámite de regularización*.

11) Proponemos erradicar las expresiones *iter constitutivo y sociedades en formación*, pues por exceso o por defecto confunden y contrarían la lógica conceptual del concepto de persona que debe imperar en el derecho.

### Colofón<sup>47</sup>

Desde el final del curso en Salamanca en enero de 2009, solo nos han quedado, de un corto febrero y un austero marzo, apenas algunas horas acomodadas a nuestras obligaciones cotidianas para realizar un trabajo monográfico que evidencie lo provechoso de tan calificado curso y las inquietudes que nos motivara.

El texto que autorizamos y que sobrevive aunque más no sea en el folletín por momentos no espeja una necesaria humildad, sin ella cometemos la osadía de ser quizás un poco arrogantes o imprudentes.

El conocimiento es siempre provisional –qué duda cabe-, debería ser siempre una escuela de modestia y prudencia, sin embargo, no hemos podido sustraernos de enfáticas afirmaciones. Sabrán disculpar por ello los virtuales lectores.

Acuden como la voz de la conciencia aquella frase de Bertold Brecht cuando le hacía decir a su Galileo: “Una de las principales causas de la miseria de la ciencia está muchas veces

47. Este colofón fue escrito para ser presentado en Salamanca, lo hemos conservado porque evidencia y denuncia las condiciones reales de tiempo material en que fue elaborado y que quizás justifiquen algunos arrebatos, imprecisiones y errores.

en la presunción de creerse sabia. La búsqueda de la ciencia no es tanto la de abrir puertas hacia el infinito saber, cuanto la de poner barreras a la infinita ignorancia”<sup>48</sup>.

Quien más, quien menos es conciente de sus balbuceos, de su mediocridad luchando siempre contra la infinita ignorancia. Aquí van entonces estas galeradas que llevan la intención de recrear algo de lo ya dicho por otros, de reformular saberes, de producir un lejano eco de las sólidas y aún vigentes enseñanzas de nuestros maestros, pretenden en fin, pródiga o banalmente, ejercitar algo de lo que llamamos: *espíritu crítico*.

#### Notas extendidas

5. La madurez o desarrollo de una ciencia, -o bien, de toda actitud científica-, lo evidencia la creciente abstracción conceptual. Sin embargo ello ha sido considerado como un *alejamiento de la realidad* y se ha pretendido –en el campo de las ciencias normativas- acusar a los juristas o jurisperitos, de *hablar en difícil* de ser demasiado *teóricos*. Se ha pretendido que los jurisperitos *bajen* al lenguaje de lo cotidiano, de lo mundano, sin advertir que ello, a contrario, conspira contra la propia eficacia práctica del derecho. Las ciencias causales parecen tenerlo muy en claro y formulan proposiciones de tal grado de concisión, que resultan para el lego y hasta para personas muy cultas, indescifrables u oscuras y sin embargo altamente útiles por sus incidencias prácticas indiscutibles. Ernesto Sábato, al hablar de la ciencia enseña: “La proposición ‘la estufa caliente’ expresa un conocimiento y por lo tanto algún poder al que lo posee: sabe que si tiene frío será conveniente acercarse a una estufa. Pero este conocimiento es bastante modesto, no le sirve para ninguna otra situación. En cambio, si alguien tiene pleno conocimiento de que la ‘entropía de un sistema aislado aumenta constantemente’, no solo buscará una estufa para calentarse –resultado muy magro para veinte años de estudio- sino que podrá resolver una enorme cantidad de problemas, desde el funcionamiento de un motor hasta la evolución del Universo. Así, a medida que la ciencia se vuelve más abstracta y en consecuencia más lejana de los problemas, de las preocupaciones, de las palabras de la vida diaria, su utilidad aumenta en la misma proporción. Una teoría tiene más aplicaciones cuanto más universal, y por lo tanto más abstracta, ya que lo concreto se pierde con lo particular. El poder de la ciencia se adquiere gracias a una especie de pacto con el diablo: a costa de una progresiva evanescencia del mundo cotidiano”. (Cfr. SÁBATO, Ernesto, *Uno y el universo*, Buenos Aires, Editorial Planeta, 2006, pp. 26 y 27).

6. José Carlos Carminio Castagno nos dice al respecto: “No desconocemos que otra es la tendencia mayoritaria, que –so color de un realismo pragmático- descrea de los conceptos. Pero ya se ha encargado Carnelutti de condenar esta tendencia que echa por tierra con el preciado tesoro sistemático que la tradición jurídica latina ha elaborado a través de los siglos. Sentenció sabiamente el maestro: ‘Quien censura a la ciencia del derecho la abstracción, le censura ser ciencia. Se puede decir que la ciencia no basta, pero no que debe ser diversa de lo que es. Los prodigios de la ciencia son los prodigios de la abstracción’ (en el “Prefacio” de *Derecho Procesal Civil y Penal*, Buenos Aires, EJE, 1971, tomo I, p. XXIV)”. Cfr. CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, Ediciones del autor, 2006, tomo I, p. 233, cita 4.

7. Enseña Sebastián Soler: “Los conceptos del derecho nos son dados con un sentido y un contenido determinado y válido; en una palabra, nos son impuestos. Ante ellos no somos libres intelectualmente de escoger el sentido o el contenido que más nos plazca; esta elección solamente es posible cuando es lícita, es decir cuando el derecho

mismo nos autoriza a practicarla. En caso contrario, nos alzamos contra la ley y sustituimos su voluntad por nuestro gusto. Cuando la ley emplea conceptos como el de capacidad, discernimiento, inmueble, persona, etc. no se remite a cualquier contenido ni admite tácitamente como válida cualquier predicación aplicada a los objetos mentados con tales expresiones. Los objetos correspondientes son objetos jurídicamente contruidos, es decir, no puestos por el intérprete sino impuestos a él". *Vid.* SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 99.

**8.** Desechamos la vieja expresión *persona jurídica "colectiva"*, pues con el avance doctrinario y normativo en toda Europa de las *sociedades unipersonales*, el carácter *colectivo* ya no se presenta para algunos ordenamientos normativos como un requisito esencial para tener existencia societaria. Hoy se habla de *sociedades de personas* y *sociedades de capital*, siendo indiferente para estas últimas como requisito esencial de validez negocial la pluralidad de sujetos. Lo que antes era un requisito esencial y hasta calificante del negocio jurídico y de una terminología, hoy se ha convertido en un elemento accidental.

**9.** Como bien advierte Carminio Castagno: "[...] es preciso descubrir que el 'hecho'-tal cual se da en el mundo de la naturaleza- no coincide exactamente con su figura jurídica, ya que es 'recortado' por el derecho (que lo reduce a notas que considera esenciales, a veces en combinación con otras). El hecho es, así elaborado por el derecho (que desintegra y recompone, -para sí-, la realidad). Por ello es que *factums* similares, en el plano real, no lo sean en el jurídico (y a la inversa). Medítese en el hecho material de la entrega de una cosa. Su sentido jurídico será diverso -sin duda- según sea voluntaria o no; a título de préstamo o donación; realizada por el *dominus* o un tercero (y según éste se halle o no legitimado), etc. Ocurre que la ciencia del derecho es elaboración conceptual de segundo grado, en el sentido de conformar sus nociones apoyadas en la de otras disciplinas. Pero las delinea autónomamente (y de distinta forma), a punto tal de mantener conceptos aún después de desechados por las otras ciencias (v.g., el de 'intervalo lúcido')". CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, "El Derecho y los hechos", en CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, *op. cit.* (cfr. nota 6), p. 185.

**13.** Si se analiza la persona jurídica colectiva por su contrapunto con la persona física o humana, estamos incorporando al análisis cuestiones que tienen que ver con la Metafísica General o la Ontología General, mas no con la ontología particular del Derecho. Como dijéramos antes, el Derecho capta para sí hechos y elementos de la realidad, delinea los y encuadrándolos para sus propios fines. Si bien el hombre es "una realidad sustantiva de fácil reconocimiento", y la persona jurídica societaria demanda una subsunción a una estructura típica prevista y delimitada por cada ordenamiento jurídico; ambos, -persona física y persona jurídica societaria-, comparan el hecho de ser centros o términos de imputación normativa, ambos son fieles destinatarios de las normas jurídicas por igual. Tanto la persona física como la persona jurídica colectiva son persona para el derecho porque el ordenamiento jurídico así lo determina, porque el derecho los ha captado para sí y los a reencuadrado para sus fines prácticos y lícitos. Debemos entenderlo así, no hay otro modo. Pensemos en un instituto como la esclavitud, que en Grecia, en la misma Roma y hasta hace poco más de un siglo atrás en las colonias de países considerados civilizados, hacía que una persona, a pesar de su "*realidad sustantiva de fácil individualización*", en el plano ideal jurídico fueran "cosas"; a la inversa, pensemos lo que ocurre hoy para el Derecho con los animales, lo que hace que por ejemplo un perro, del cual podemos disfrutar su vitalidad, ladra, come, muerde, le compramos una "casita", lo alimentamos con alimentos especiales, algunos los visten, es "el mejor amigo del hombre", lo lloramos si se muere, sin embargo para el derecho, un perro es una "cosa". Reiteramos, es en el plano ideal jurídico donde debemos ubicar el análisis, donde debemos ubicar el ser o no ser jurídico, no en el plano corporal sensible.

**14.** Señala Luis Recasens Siches: "En este asunto se han mezclado cuestiones diversas, que es preciso mantener separadas con toda exactitud. Estas cuestiones diversas pueden ser especificadas en las cuatro preguntas siguientes, que podemos referir tanto a las llamadas personas físicas, como a las llamadas personas morales (colectivas): 1º. Qué quiere decir persona en términos jurídicos; qué significa tener dentro de un ordenamiento jurídico la calidad de persona; en suma, qué es ser persona en

Derecho; concepto que se aplica lo mismo a los individuos, que a los entes colectivos consagrados como personas. [Este es un tema de *teoría general del Derecho*.] 2º. Quiénes sean los entes sobre los que recaiga esa calificación jurídica de persona; es decir, preguntarnos, refiriéndonos a los entes individuales en Derecho, sobre cuáles son los hombres a quienes el Derecho concede personalidad; y preguntarnos, refiriéndonos a las personas colectivas, cuáles son las entidades a las que el Derecho otorga la personalidad. (Esto lo contesta cada ordenamiento positivo.) 3º. En qué consiste el ser de esos entes (individuales y colectivos) a los que el Derecho concede la personalidad; así por ejemplo, refiriéndonos a las personas individuales, indagar en qué consiste la esencia de lo humano, sus modalidades y sus manifestaciones (qué es lo que hice en páginas anteriores) -tema de antropología filosófica-; y por lo que atañe a las personas colectivas, esclarecer en qué consiste el ser de una asociación, de una corporación, de una fundación (este es un tema de Sociología). 4º. Plantear desde un punto de vista estimativo, p. e. en la política legislativa, la cuestión de a quién el Derecho *debe* conceder la personalidad. Esto, por ejemplo, es lo que se hace cuando se critica la institución de la esclavitud, afirmando que a todos los hombres debe corresponder la personalidad jurídica; o cuando se discute si el Estado no debe admitir otras personas colectivas que aquellos que él instituya, o si por el contrario debe concederla a todos los entes colectivos que surjan espontáneamente. (Este es un tema de estimativa jurídica o de filosofía política)". *Vid. RECASENS SICHES, Luis, op. cit.* (cfr. nota 12), Capítulo IX, p. 159.

15. Siguiendo el pensamiento de Luis Recasens Siches: "Las doctrinas de Ferrara y de Kelsen han aportado un decisivo progreso en este tema. Ferrara ha visto claramente que la personalidad jurídica (con independencia de su substrato real, que siempre tiene), tanto por lo que se refiere al individuo, como al ente colectivo, no es una realidad, ni un hecho, sino que es una categoría jurídica, un producto del Derecho, que éste puede ligar a cualquier substrato, y que no implica necesariamente una especial corporalidad o espiritualidad en quien la recibe. La personalidad es la forma jurídica de unificación de relaciones; y como las relaciones jurídicas son relaciones humanas, y su fin es siempre la realización de intereses humanos, la personalidad no sólo se concede al hombre individual, sino también a colectividades, o a otro substrato de base estable, para la realización de obras comunes. Las colectividades son pluralidades de individuos que persiguen un interés común, masas cambiantes que se encaminan a un mismo fin; y el Derecho, al concederles personalidad, unifica idealmente, jurídicamente, su actuación; con lo cual las dota de igual agilidad y facilidad de movimientos que a un individuo". *Vid. RECASENS SICHES, Luis, op. cit.* (cfr. nota 12), p. 163.

16. O una sola persona, pues la admisión por el derecho europeo de las llamadas *sociedades unipersonales*, son la evidencia incontestable de que el Derecho, sumido en la voluntad legislativa, es la vida y la muerte de todo centro de imputación normativa, el orden jurídico vigente es el que decide quien es o no es persona, aún a gusto o disgusto de los que miran con disfavor a las sociedades unipersonales, o tratándose de personas físicas, en el pasado esclavista han visto vender en subastas públicas a seres humanos como *cosas*. Las resistidas y por eso "*modernas*" *sociedades de un solo socio*, gozan de una juventud jurídica de apenas 30 años, desde los balbuceos de la doctrina alemana que un 4 de julio del año 1980 dictó la Ley de Reforma de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que admitiera la sociedad unipersonal originaria y sobrevenida, se desplegó con fuerzas sobre Francia (1985), Holanda (1986), Bélgica (1987), y España (1995) y en casi toda la CEE, evidenciando que es en el derecho, en su propio campo ontológico, donde es dable admitir "personalidad" a determinadas formas organizativas, traducido ello en una imputación diferenciada de las consecuencias jurídicas producidas por los actos o negocios de sus agentes.

17. Ambos por igual son centros de imputación normativa, la diferencia solo esta dada por el hecho de que la primera es una realidad factual de fácil reconocimiento, (la individualidad vista *como yo y no otro*), en tanto que en la segunda tal realidad es contrafactual, es decir: no permite una inmediatez que la haga individualizable o reconocible como una unidad física inescindible, aunque en el plano ideal jurídico, ambas adquieren idéntica calidad como sujetos para el Derecho. Lo remarcamos a fuerza de ser redundantes: la persona humana goza antológicamente de una osten-

sible apariencia unitaria, en tanto que la sociedad se presenta en el plano ontológico como un *puzzle* de bienes y personas. A esta necesaria e ineludible *disgregación*, el derecho le da unidad en su propio campo ontológico, virtud unitiva que se explica, justifica y dinamiza solo en el campo jurídico, con incontestables efectos sobre la realidad social.

**19.** Para el derecho argentino, por el artículo 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. El derecho español por su parte en su artículo 29 reza: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. El artículo 30 por su parte nos dice: “Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Un estudio comparado de ambos ordenamientos jurídicos permite aseverar lo siguiente: a) Una primera, -aunque solo aparente diferencia-, sería que el derecho argentino se es persona desde la concepción, en tanto que para los españoles, desde el alumbramiento; lo que no es más que una lectura apresurada y asistemática, pues de la hermenéutica de otros artículos del Código Civil español, se avista que también es *la concepción* el momento del reconocimiento de la personalidad, conforme el propio artículo 29 (“[...] pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables [...]”) en articulación sistemática con los arts. 627, 659 a 967 del cuerpo legal; y b) Para el derecho argentino, queda fija la personalidad si sobreviviera solo un instante después de separado el bebé del vientre materno, en tanto que para el derecho español, es necesaria la sobrevivencia durante 24 horas fuera del vientre materno.

**27.** Cuando un ordenamiento normativo cualquiera regula o atribuye consecuencias para determinadas situaciones de hecho y hasta de derecho (v. g. concubinato, *sociedades* de hecho, consorcios de propietarios, *sociedad conyugal*, unión transitoria de empresas, etc.) y se ocupa de ellos dictando normas jurídicas, no necesariamente –no obstante su similitud o parecido con el régimen regulador de las sociedades, o encontrarse reglamentado dentro de la ley 19.550– no importa que sean un sujeto de derecho o bien una persona jurídica distinta de los miembros que interactúan. Así vemos que la sociedad conyugal es un instituto con un régimen propio, pero no conforma un sujeto de derecho, lo mismo el consorcio de propietarios. Cuando el legislador interviene haciendo una regulación que determina las consecuencias de no ser sociedad de derecho o típica sino *de hecho*, las considera aclarando que no es más que la unión operativa de sujetos individuales que no adopta tipo legal societario alguno, por ende no pueden ser una persona distinta de los sujetos que interactúan, la imputación normativa recae directamente sobre las personas físicas que inciden sobre la realidad, y los inmuebles, los automotores, todo el régimen de los bienes de esta unión operativa de personas no es otro que el condominial o comunitario. Reiteramos es el orden jurídico normativo quien dice quienes son o no personas, la regulación de consecuencias para algunas situaciones del aparente *sujeto de derecho*, no importan otorgarle tal carácter, sino que simplemente importan establecer consecuencias por no tener tal calidad.

**33.** Quizás el fundamento primordial de todo este control previo se debe a que las moderna organización societaria que aportó el capitalismo, despertó una *laica desconfianza* a dar idéntica jerarquía jurídica que al hombre a algo que no se manifestaba sustancialmente como tal. Sin embargo, el capitalismo emulaba en su afán, instintiva y empíricamente al mismísimo Estado moderno que siempre se manifestaba como *unidad*, independientemente de su imagen *tentacular*, independientemente de la abundancia de edificios, formas, poderes, órganos –centralizados o no–, agentes, etc. que hacían a su desenvolvimiento. El poder o *voluntad* del Estado –de ayer y hoy– se presenta de un modo diseminado, como una continúa y perenne disgregación y aglomeración de actos de sus órganos y/o agentes, sin embargo, nadie duda de su *unidad jurídica*. Siempre que actúa un órgano, más allá de su mayor o menor jerarquía,

más allá de que su agente sea necesariamente una persona humana o varias –si se expresa colegiadamente–, sea como fuere que se patentice, tiene como resultado una imputación a alguien distinto de sus agentes: *a la unidad del Estado como abstracción homóloga*. Con las sociedades, sean comerciales o civiles, el capitalismo pretendió que la realidad fuese idéntica. Lo que la fuerza de la historia hizo con el concepto de *Estado nacional*, la fuerza del capitalismo emuló en el régimen societario.

34. El art. 4º de la ley 11.645 de octubre de 1932 preveía: “Art. 4º Las sociedades de responsabilidad limitada deben constituirse por instrumento público o privado, que contendrá: 1º El nombre, domicilio y nacionalidad de los otorgantes; 2º La razón social o denominación de la sociedad, su domicilio y la duración del contrato; 3º La designación específica del ramo de comercio o industria que fuere objeto de la sociedad, el monto del capital, la cuota con que concurren cada uno de los socios, expresando si es en dinero o en bienes de otra naturaleza; la época y forma de pago, en el primer caso; el valor que se les atribuye en el segundo y los antecedentes que justifiquen esa estimación; 4º La organización de la administración y fiscalización; en su caso, con expresión del nombre y domicilio y nacionalidad del gerente o gerentes que se designen en el contrato; 5º Las bases para la formación de los balances, las formas de distribuir las utilidades y de contribuir a las pérdidas; 6º Las bases para la liquidación y partición; 7º El contrato será firmado por todos los socios directamente o por apoderado con poder especial.

Art. 5º Ninguna sociedad de responsabilidad limitada podrá funcionar como tal, si el contrato no ha sido inscripto en el Registro Público de comercio. El contrato social deberá además publicarse íntegramente en el Boletín Oficial donde lo hubiere o en caso contrario en un diario o periódico de la localidad por el término de cinco días. Solamente después de estas formalidades la sociedad se considerará definitivamente constituida como limitada.

Art. 6º. La falta de inscripción o publicación hace incurrir a los socios, con respecto a terceros, en responsabilidad solidaria e ilimitada.”

40. La logomaquia de la teoría del *disregard* o corrimiento del velo parte de esta confusión, se sustenta en la vieja desconfianza a reconocerle entidad como persona jurídica a las sociedades. Los jueces, cuando ven a las grandes empresas quebrar o perjudicar en masa, en vez de reconocer o reafirmar la sociedad, la rechazan. Como en la saga de Sir Arthur Conan Doyle, los jueces vestidos de Sherlock Holmes intentan *develar* –eso y no otra cosa es “descorrer el velo”– y van en busca de la persona humana que “lo estropeó todo” para decirle que escriba sobre en un cuaderno: “cien veces no debo”. Sherlock Holmes era un buen investigador –qué duda cabe– aunque, creemos, un mal abogado. El propio Rudolf Serick advirtió la pobre o nula base dogmática de su teoría, y sin embargo la doctrina y la jurisprudencia, por su amor a todo lo que considera novedoso, olvidó la sólida base conceptual que sostenía al sujeto de derecho societario y lo *desestimó*. No existe fallo alguno inspirado en dicha teoría que pueda citar una norma jurídica en su amparo. ¿De qué han valido tantos años de meditaciones y conquistas para el pensamiento jurídico? Si los socios o los administradores usan de la persona jurídica societaria para fines inciviles, no han hecho más que usar de una vieja figura lesiva: una *interpósita persona o presta nombre*, en otras palabras la persona jurídica societaria es tanto o igual *testaferro* que la persona humana, a la hora de ser vehículos de prácticas fraudulentas. Hay que responsabilizar a la sociedad, nunca descreer de ella. Se dirá que la persona jurídica societaria no tiene *voluntad* o *libre albedrío* para el bien o el mal, que solo la persona humana que opera *dentro* del sujeto es el responsable, por ende hay que *correr el velo*, negar a la sociedad y *apresar la realidad* humana, verdadera fuente y razón de ser del daño. Repetimos que nada impide hacer responsables a los socios y/o representantes del sujeto; pero el sujeto societario también. No se entiende su exclusión, pues en materia civil nada puede excluirla, y aún en materia penal es viable en la medida que el resarcimiento sea cuantificable. Han drenado ríos de tinta acerca de esta *moderna* teoría y es como *tatuar el humo* intentar revertirla en un día, solo digamos que no hay *corrimiento de velo* alguno, siempre habrá persona jurídica para nosotros, sea humana o societaria, lo contrario es la actitud pretoriana de los jueces, es una cada vez mayor incontinencia creadora de derecho por su parte, una incontestable ilegitimidad que niega sin razón normativa a la persona jurídica societaria, en aras de *develar* una verdad lesiva;

negar del derecho para lograr una justicia de Cadi. (Notable aporte a la lógica que prodigamos y que invitamos a leer, es el trabajo de CARMINO CASTAGNO José Carlos, *op. cit.* (cfr. nota 2).

**41.** “(Texto Ordenado N° 1114/97 de: Decreto Ley N° 6582/58, ratificado por la Ley 14.467, (T.O. Decreto N° 4560/73) y sus Modificatorias Leyes N° 21.053 21.338, 22.019, 22.130, 22.977,, 23.077, 23.261, 24.673, 24.721, 25.232, 25.345, 25.677 y 26.348): “Régimen jurídico del automotor”. “DIGESTO DE NORMAS TÉCNICO-REGISTRALES. DEL REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD DEL AUTOMOTOR. CAPÍTULO XI. INSCRIPCIÓN PREVENTIVA. SECCIÓN 1ª SOCIEDADES EN FORMACIÓN. Artículo 1º. La inscripción preventiva del dominio de automotores a favor de Sociedades Comerciales –artículo 38 de la Ley N° 19.550, procederá únicamente cuando dichos bienes sean dados por su titular registral como aporte de capital, lo que se acreditará con copia del Contrato o Estatuto del que surja el aporte en especie. En estos casos deberá anotarse en la Hoja de Registro y en el Título del Automotor, la *inscripción preventiva de la transferencia a nombre de la sociedad en formación* y emitirse nueva Cédula de Identificación, excepto que mediare alguno de los impedimentos previstos en el artículo 3º, Sección 1ª del Capítulo IX de este Título o se diere el supuesto mencionado en el segundo párrafo del artículo 25 del Capítulo II, Título III de este Digesto, en virtud del cual no debe entregarse cédula. Se cumplirán, además, todos los recaudos de una transferencia común. *Artículo 2º. Una vez constituida la sociedad*, se podrá peticionar mediante el uso de la Solicitud Tipo “02” *la anotación complementaria estableciendo la titularidad definitiva del bien a nombre de la persona jurídica*, a la que se deberá acompañar el Contrato o Estatuto Social con la constancia de inscripción en el Registro Público de Comercio competente y una fotocopia cuya autenticidad certificará el encargado, con carácter previo a devolver el original al presentante y agregar la fotocopia al legajo. El encargado asentará el trámite en la Hoja de Registro y hará constar la titularidad definitiva en el Título del Automotor y expedirá nueva Cédula de Identificación, excepto que mediare alguno de los impedimentos previstos en el artículo 3º, Sección 1ª del Capítulo IX de este Título o se diere el supuesto mencionado en el segundo párrafo del artículo 25 del Capítulo II, Título III de este Digesto, en virtud del cual no debe entregarse cédula. *Artículo 3º. Si la sociedad no llegara a constituirse*, se podrá peticionar mediante el uso de la Solicitud Tipo “02” que se deje sin efecto la inscripción preventiva a nombre de la Sociedad, a la que se deberá acompañar la certificación extendida por la Inspección General de Justicia o repartición que haga sus veces en las respectivas jurisdicciones y una fotocopia cuya autenticidad certificará el Encargado, agregándola al Legajo. Con esta presentación el encargado dejará sin efecto la inscripción preventiva a nombre de la Sociedad y anotará el dominio a favor del aportante, sin perjuicio de la validez de las medidas judiciales, cautelares o de otra naturaleza que afecten al bien o a la sociedad y siempre que éstas no impidiesen tal anotación. Se asentará el trámite en la Hoja de Registro y en el Título del Automotor y se expedirá nueva cédula de identificación, excepto que mediare alguno de los impedimentos previstos en el artículo 3º de la Sección 1ª del Capítulo IX de este Título o se diere el supuesto mencionado en el segundo párrafo del artículo 25 del Capítulo II, Título III de este Digesto, en virtud del cual no debe entregarse Cédula. *Artículo 4º. Salvo el caso establecido en el artículo 1º (aporte de capital), hasta tanto la sociedad comercial no haya quedado definitivamente constituida, lo que se acreditará mediante constancia emanada del Registro Público de Comercio, no se admitirá la inscripción de automotores a su nombre bajo ningún concepto, salvo que mediare orden judicial*”. [Lo resaltado en bastardilla es nuestro]. Sobre la normativa apuntada puede consultarse: [www.dnrpa.gov.ar](http://www.dnrpa.gov.ar).

**43.** “Artículo 7. Constitución e inscripción: 1. La sociedad se constituirá mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica. Los pactos que se mantengan reservados entre los socios, no serán oponibles frente a la sociedad.  
2. La inscripción de la escritura de constitución y la de todos los demás actos relativos a la sociedad podrán practicarse previa justificación de que ha sido solicitada o realizada la liquidación de los impuestos correspondientes al acto inscribible.  
3. La inscripción de la sociedad se publicará en el ‘Boletín Oficial del Registro Mercantil’, en el que se consignarán los datos relativos a su escritura de constitución que

reglamentariamente se determinen. [...]

Artículo 15. Sociedad en formación: 1. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. 2. No obstante, si la fecha de comienzo de las operaciones sociales coincide con la de otorgamiento de la escritura fundacional, y salvo que los estatutos sociales o la escritura dispongan otra cosa, se entenderá que los administradores ya quedan facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos, de los que responderán la sociedad en formación y los socios en los términos que se han indicado. 3. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por los actos y contratos a que se refiere el apartado anterior. También quedará obligada la sociedad por aquellos actos que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad de socios, administradores y representantes a que se refieren los apartados anteriores. 4. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado el importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

Artículo 16. Sociedad irregular. 1. Verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad en formación y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la restitución de sus aportaciones. 2. En tales circunstancias, si la sociedad ha iniciado o continúa sus operaciones se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil. El apartado tercero del artículo anterior no será aplicable a la posterior inscripción de la sociedad".