

Alfredo R. Cerrotta

PONENCIA

- La sociedad en formación tiene plena personalidad y capacidad general para realizar cualquier clase de acto jurídico.
- La inscripción del instrumento constitutivo en el Registro Público de Comercio no es declarativa ni constitutiva. Su naturaleza es integrativa.
- La cláusula de actos autorizados puede referirse a un acto o a la totalidad del objeto social. Cuando se autoriza un acto aislado no es necesaria vinculación alguna con el objeto social.
- Los actos no autorizados deben guardar algún grado de vinculación con el objeto social para poder ser asumidos por el directorio.
- La realización de un acto no autorizado que no guarde vinculación con el objeto social debe ser asumido por la asamblea ordinaria y no por el directorio.
- La ley no admite la asunción tácita de actos no autorizados.
- Si bien resulta necesaria la actuación de los órganos sociales durante el íter constitutivo, dicha actuación está necesariamente restringida por el efecto integrativo de la inscripción registral del contrato. La regla de la unanimidad en la adopción de resoluciones sociales debe mantenerse hasta la constitución regular en todo aquello que pueda agravar la responsabilidad de los fundadores
- Antes de la inscripción de la sociedad, el acreedor social puede demandar indistintamente a la sociedad en formación, a los directores y a los fundadores.
- Si obtiene sentencia favorable antes de la inscripción, todos los que han sido parte en el proceso resultarán condenados. Si la sociedad se inscribe antes de la sentencia, la acción contra los directores y fundadores se extingue. Los gastos ocasionados por la intervención de éstos en el proceso deben ser soportados por la sociedad. La sentencia dictada contra la sociedad en formación hace cosa juzgada contra los fundadores y puede ser ejecutada directamente contra ellos.
- La sociedad en formación puede presentarse en concurso preventivo sin requerir la previa autorización de los fundadores. Ello sin perjuicio de la necesaria ratificación del órgano de gobierno en los términos del art. 6 de la ley 24522.
- La quiebra de la sociedad en formación se extiende a los fundadores en los términos del art. 160 de la ley 24522.
- La sociedad en formación que haya convertido su quiebra en concurso preventivo puede finalizar el íter constitutivo, liberándose a los fundadores de responsabilidad por las deudas sociales.

I. Tipicidad.

Dentro de los requisitos que la Ley 19550 exige para la existencia de la sociedad comercial, el de la tipicidad se presenta como el más importante a los efectos de éste análisis.

Como ha dicho Favier-Dubois (h), los tipos constituyen modos de ser normati-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) vos, rígidos, con un contenido esencial invariable dentro de cada uno. Ese contenido esencial invariable de la tipicidad, incide sobre tres aspectos fundamentales: la organización de las funciones societarias (administración, representación, gobierno y fiscalización); la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales (limitada o ilimitada, directa o subsidiaria) y la representación del capital (partes de interés, cuotas o acciones).

El sistema de tipos sociales se fundamenta en la tutela a los terceros que, al contratar, conocen exactamente el régimen interno del ente y su responsabilidad.

Vinculado con lo anterior, la ley -fidel a sus principios orientadores de seguridad jurídica, protección del tercero contratante e interés público- establece que la sociedad sólo se considera regularmente constituida con la inscripción en el Registro Público de Comercio (art. 7). La importancia de la publicidad registral, radica en: 1) dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad, que se vincula con la moralidad comercial, permitiendo a los terceros conocer actos que pueden producir efectos a su respecto; 2) en una función de control sobre lo que se va a inscribir de manera de impedir la publicidad de situaciones que no se ajustan a la ley y 3) de algunas inscripciones que se proyectan sobre los propios sujetos o actos registrados, dotándolos de mayores efectos (ver Favier Dubois Eduardo (h), "Derecho Societario Registral", 1994, Ad-Hoc, capítulos 12 y 13 y García Cuerva Héctor, "El contrato de suscripción de acciones", Depalma, 1988, capítulos 3 y 11). Este último aspecto es fundamental para nuestro tema.

II. Sociedad en formación.

La ley 22903, vino a solucionar los problemas planteados por el texto del originario de la ley 19550 en cuanto a la responsabilidad de directores y fundadores por los actos celebrados durante el íter constitutivo y los mecanismos de imputación de los mismos a la sociedad. Recordemos que una de las mayores críticas de la doctrina al texto originario de la LS, se refería a la situación planteada con el aporte de fondo de comercio (art. 44 LS) cuyo funcionamiento antes de la inscripción provocaba inevitablemente la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores y fundadores, aún cuando la sociedad asumiera los actos realizados (Nissen-Vítolo: "La sociedad en formación y la responsabilidad de los administradores y fundadores. Sugerencias para una futura reforma legislativa", ED, t. 98, p. 1008).

Repasando rápidamente la normativa vigente, los arts. 183 y 184 de la LS establecen una clasificación tripartita de actos, distinguiendo entre los necesarios para la constitución, los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente reconocida en el acto constitutivo y los «demás actos», categoría por exclusión.

Respecto de las dos primeras clases de actos, durante el íter constitutivo, resultan ilimitada y solidariamente responsables los directores, los fundadores y la sociedad en formación hasta la inscripción, momento a partir del cual directores y fundadores quedan liberados, perfeccionándose el mecanismo de imputación de los actos a la sociedad regularmente constituida.

Los actos no autorizados no obligan a la sociedad en formación por encontrar-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) se fuera de la dinámica societaria (Etcheverry, Raúl, Nuevos matices legales en el período fundacional de las sociedades comerciales, LL, 1984-B-649), previendo la ley la posibilidad de su asunción por el directorio (dentro de los tres meses contados desde la inscripción, acto directorial que provoca la imputación del acto a la sociedad regular y que debe ser puesto a consideración de la asamblea ordinaria, la que se limitará a juzgar la responsabilidad de los directores frente a la sociedad por la asunción realizada, manteniéndose siempre, frente a terceros, la responsabilidad de las personas que hubiesen realizado los actos y de los directores y fundadores que los consintieron).

La doctrina ha sido clara en distinguir la sociedad en formación de la sociedad irregular, estableciendo que la desorbitación del íter constitutivo no produce la irregularidad, sino que genera las responsabilidades de los arts. 183 y 184. Sólo el total abandono del íter constitutivo manifestado a través de un consentimiento calificado de los socios (consentimiento que puede manifestarse en forma expresa o tácita), provoca que la sociedad en formación devenga irregular (Gulminelli, Ricardo: “La sociedad anónima en formación. Su régimen luego de la reforma de la ley 22903”, RDCO, año 17, abril de 1984, nro. 97/98, pág. 618).

III. Personalidad:

La posición clásica, sostenida con anterioridad a la reforma de la ley 22903 principalmente por Halperín, se manifestaba por la inexistencia de la sociedad en formación. Esta doctrina debe entenderse superada luego de la reforma. Sin embargo, el 26/4/88, la Corte Suprema de la Nación, en autos “Telecolor c/Provincia de Catamarca” (E.D., t. 129, p. 326), se pronunció de la siguiente manera: “Las sociedades anónimas en formación carecen de personalidad jurídica y, por ende, no pueden estar en juicio ni por sus órganos ni por representación, conclusión esta que debe ser mantenida a pesar de lo dispuesto por los arts. 183 y 184 de la ley 19550 (ref. por ley 22903), ya que dichos preceptos sólo facultan a los directores para obligar a la sociedad respecto de los actos cuya ejecución durante el íter constitutivo haya sido expresamente autorizada. Por los demás actos son responsabilizados en forma solidaria e ilimitada quienes los hubiesen realizado o consentido, aunque posteriormente la sociedad, una vez inscripta, asuma las obligaciones resultantes de tales actos cuya realización no estaba permitida ...Las sociedades en formación no tienen personalidad jurídica y carecen del derecho de estar en juicio, sin que para desvirtuar tal doctrina puedan traerse a colación las reglas que rigen a las sociedades irregulares; ya que la personalidad jurídica que la ley de sociedades confiere a éstas últimas, a más de ser limitada y precaria, es para amparar al comercio y a terceros y no en beneficio de sus integrantes (arts. 21 a 26, ley 19550)”.

Si bien la Corte se manifiesta por la falta de personalidad de la sociedad en formación, de los considerandos del fallo puede extraerse que tal desconocimiento de personalidad jurídica es a los efectos de su presentación en juicio en el caso de marras. Así podemos leer en el considerando 8vo. “el art. 183 citado se limita a reglar las facultades de los directores para obligar a la sociedad “respecto de los actos necesarios para la constitución y los relativos al objeto social cuya ejecu-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) ción durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo, facultades que respecto de los hechos que motivan este pleito no surgen del proyecto de estatuto que acompañó a la ley 4220, ni se ha demostrado que ellas se hayan incluido en alguna reforma posterior del contrato social” y en el considerando 9no. “...que, establecida la falta de personalidad jurídica de Catamarca Televisora Color, cuanto menos en lo relativo a los actos que se ventilan en la causa.....” (el subrayado me pertenece).

Esta posición del alto tribunal resulta inaceptable, ya que:

- la personalidad jurídica se tiene o no se tiene, se es sujeto de derecho o no, pero no es posible asignar personalidad jurídica para algunos actos y no para otros; la personalidad jurídica no es susceptible de graduación.

- del art. 183 surge con toda claridad que la sociedad en formación puede contraer obligaciones, ya que la norma las hace responsables por los actos tendientes a la constitución y los autorizados en el acto constitutivo, contrato que produce efectos desde su otorgamiento, ya que pueden exigirse las prestaciones a cargo de los socios y los terceros pueden reclamar sus derechos invocando el contrato.

Por su parte, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires desconoció personalidad jurídica a las sociedades en formación al sostener: “Nuestro derecho no reconoce el proceso de constitución de la sociedad como una etapa de la vida de ésta, ya que la conformidad administrativa, publicidad y registración son constitutivas: la sociedad no existe hasta tanto finalice aquel proceso; ni contempla a la sociedad anónima en formación como un ente gobernado por normas específicas pues se trata de un fenómeno corporativo atípico sujeto al régimen propio de las sociedades irregulares (arts. 167, 168, 182, 183, 184 y concs. Ley de Sociedades Comerciales)” (causa 37216 “Cano Jorge c/Rizzo José y otro s/Disolución de sociedad”, del 8/9/87, A y S 1987-III-561); “Nuestro derecho positivo no contempla a la sociedad anónima en formación como un ente gobernado por normas específicas, sino que corresponde que en tal caso sea de aplicación el régimen de las sociedades irregulares” (causa L35292 “Duarte Carlos y ot. c/Planta Triunvirato S.A. y ot. s/Cobro de haberes, etc.”, del 24/3/87, A y S 1987-I-454).

Esta postura, teniendo en cuenta la fecha de los fallos y las citas de los arts. 183 y 184 LS, importa desconocer la amplia discusión doctrinaria, conclusiones de congresos y jurisprudencia que motivó la reforma de éstos artículos e implica no tener en cuenta el texto expreso de la ley vigente, del que no puede desprenderse otra conclusión que el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad en formación. La posibilidad de ser titular de bienes registrables (art. 38 LS) no hace más que reforzar esta conclusión que resulta indiscutible.

En definitiva, no cabe duda de la existencia de la sociedad con personalidad jurídica desde el acto constitutivo. Esa persona, nacida de la voluntad de los socios, es la misma que una vez inscripta, producirá todos los efectos del tipo social adoptado.

Dicha personalidad no es limitada a la realización de determinados actos. Como antes hemos sostenido, la personalidad no es susceptible de graduación. A su vez, éste sujeto de derecho tiene plena capacidad jurídica para la realización de cualquier clase de acto, como lo veremos al considerar las cuestiones relativas al objeto social.

IV. Efectos de la inscripción registral del instrumento constitutivo:

De lo expuesto anteriormente, podemos establecer las siguientes conclusiones:

- Como sostiene Anaya, si bien la exposición de motivos de la ley 19550 atribuyó a la inscripción registral del contrato social carácter constitutivo, en realidad nuestra ley se ha apartado de las soluciones de otros ordenamientos que han vinculado dicha inscripción con la adquisición de la personalidad jurídica: art. 1842, cód. civil francés según el texto que le dio la ley 78-9 del 4 de enero de 1978; art. 41, ley alemana de sociedades por acciones de 1965; art. 2331, cód. civil italiano.

- La inscripción registral del contrato constitutivo desborda las categorías de constitutiva y declarativa, su naturaleza es integrativa ya que sólo genera regularidad. La sociedad como sujeto existe desde el otorgamiento del acto constitutivo y con la inscripción pasa a ser una sociedad regularmente constituida (art. 7); esto significa ni más ni menos que la producción de los efectos propios del tipo adoptado (responsabilidad, organización, representación del capital). La inscripción dota al acto sujeto a registración de mayores efectos, lo integra.

V. La cláusula de actos autorizados.

La cláusula de actos autorizados puede referirse tanto a un acto determinado, a algunos actos o lisa y llanamente autorizar el cumplimiento del objeto social. (Etcheverry, p. 648).

La vinculación de los actos autorizados con el objeto social se ha dicho que debe ser en los términos del art. 58 LS (Etcheverry, p. 648). No obstante, entiendo que los fundadores, en el acto constitutivo, pueden autorizar la realización durante la etapa fundacional de cualquier clase de acto, aún sin vinculación alguna con el objeto.

Digo esto porque entiendo que el objeto social, en modo alguno limita la capacidad de la sociedad, sino que determina el límite de la competencia del administrador para efectuar actos de representación. La doctrina, acertadamente ha interpretado en éstos términos el alcance de la representación orgánica (art. 58 LS), con fundamento en la obligación de la sociedad de hacer figurar en el activo del balance «..... cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad» (art. 63 inc. 1, d, LS). En consecuencia, habiendo los fundadores autorizado en forma unánime en el acto constitutivo la realización de determinado acto, han incluido el mismo en forma expresa dentro de la esfera de competencia de los administradores (Gulminelli, p. 626).

Si bien la sociedad podrá realizar cualquier clase de acto expresamente autorizado en el acto constitutivo, no podrá desarrollar una actividad (serie concatenada de actos destinados al logro de una finalidad común) distinta de la prevista por el objeto social, la que podría considerarse como un abandono del íter constitutivo con las consecuencias de la irregularidad. Es así, que la vinculación de los actos

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) con el objeto social a los efectos del art. 58 resulta imprescindible cuando se autoriza el cumplimiento mismo durante el íter constitutivo. En éste caso, al no autorizarse la realización de determinado acto, sino de una actividad, ésta necesariamente debe encuadrarse dentro de los límites objetivos del art. 58 para que la sociedad quede obligada. En este supuesto, en caso de duda, debe resolverse por la imputación del acto a la sociedad, teniendo en cuenta la falta de inscripción del contrato social, la situación del tercero contratante y sus posibilidades de conocer la extraneidad del acto (art. 902, Cód. Civil), que determinará su buena o mala fe al contratar.

Del mismo modo, aunque el art. 183 nada dice, la vinculación con el objeto reviste gran importancia ante la asunción de los «demás actos» (o sea aquellos cuya realización durante el íter constitutivo no fueron expresamente autorizados en el acto fundacional), los que, de resultar notoriamente extraños al objeto social, no podrán ser asumidos por el directorio, que a mi entender carecerá de competencia para ello. En tal hipótesis, la función de la asamblea será no solamente juzgar la responsabilidad de los directores por haberse excedido en sus funciones. Su tarea será, lisa y llanamente, resolver la asunción o no, como órgano de gobierno, de un acto notoriamente extraño al objeto social. En éste supuesto es el acto de gobierno el que produce la imputación a la sociedad. A tal efecto, entiendo que la asamblea también será ordinaria a tenor de lo dispuesto por el art. 234 inc. 1, cuando se refiere a «toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y el estatuto o que sometan a su decisión el directorio, el consejo de vigilancia o los síndicos».

Si la asamblea no asume el acto no autorizado y notoriamente extraño al objeto social, la sociedad no queda obligada, resultando responsables exclusivamente las personas que lo realizaron y los directores y fundadores que lo consintieron.

Es posible la imputación directa e instantánea a la sociedad en formación de los “demás actos”? En base a la capacidad general de la sociedad la respuesta es afirmativa (ver Favier-Dubois (h): “Derecho societario Registral”, Ad-Hoc, ps. 162/163; Vázquez Ponce Héctor y Favier-Dubois Eduardo (h) “Imputación de actos a la sociedad anónima en formación”, ponencia presentada a las 2das. Jornadas Nacionales de Derecho Societario, U.N.A., Buenos Aires, 1981). Sin embargo, a diferencia de los autores citados, entiendo que la asunción previa no puede ser tácita, sino que la decisión unánime de los fundadores debe ser expresa. Fundo esta opinión en la exigencia del art. 184 de una asunción expresa mediante el acto directorial para que la imputación a la sociedad se produzca; la solución no puede ser distinta durante el íter constitutivo, máxime cuando la misma ley prevé exclusivamente la responsabilidad de los directores y fundadores por el consentimiento a la realización de los “demás actos”, sin que éste consentimiento pueda tener efecto imputativo alguno.

VI. Organización. Responsabilidad de los funcionarios.

Hemos visto que la inscripción del contrato constitutivo hace que la sociedad se considere regularmente constituida y, a partir de allí, se produzcan en plenitud los efectos propios del tipo adoptado.

Dentro de éstos efectos tiene especial importancia el funcionamiento de los

Sostiene Nissen que la posibilidad legal de efectuar actos propios del objeto (arts. 183 y 184) supone la actuación de los órganos de gestión, fiscalización y gobierno y, que la no invocación de la normativa contractual violaría el art. 1197 del Cód. Civil, ignorándose qué régimen sería aplicable.

Si bien resulta necesaria la actuación de los órganos sociales durante el íter constitutivo, dicha actuación está necesariamente restringida por el efecto integrativo de la inscripción registral del contrato al que hemos hecho referencia.

La organización societaria es uno de los aspectos esenciales de la tipicidad, en protección de la seguridad jurídica, de la sociedad, de los socios y del tercero contratante de buena fe (art. 1198 Cód. Civil).

La actuación de los órganos durante la etapa en estudio se encuentra regulada por los arts. 183 y 184 de la ley de sociedades, a saber:

- **Administración:** El instrumento constitutivo debe contener: la organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de socios (art. 11 inc. 6 LS) y la elección de los integrantes de los órganos de administración y de fiscalización (art. 166 inc. 3 LS). A su vez, el art. 183 establece “los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad...”. Es claro que en la sociedad en formación, a diferencia de la irregular, sólo los directores pueden administrar. Esta mención a “los directores”, en lugar de “el directorio”, nos plantea una primera duda: la administración está en manos de todos los directores o del órgano directorio que debe actuar según las reglas del tipo? Entiendo que deben celebrarse reuniones de directorio aplicando las normas legales y estatutarias, ya que ello en nada puede perjudicar a terceros ni a la sociedad. Por el contrario, el funcionamiento de acuerdo a dichas reglas brinda mayor seguridad. El carácter colegiado del órgano se presenta entonces desde el comienzo de la vida de la sociedad.

- **Representación:**

Con relación a este tema, Gulminelli sostiene que todos los directores están facultados para representar a la sociedad. Funda su postura en que el legislador ha sido cuidadoso al establecer que “los directores” podrán obligar a la sociedad en formación. Sostiene que la norma ha desbordado cualquier previsión contractual, la que sería inoponible a terceros y, que al no estar la sociedad inscripta, éstos se orientan por la apariencia que la misma produce, apoyando finalmente su interpretación en la exigencia de inscripción del art. 60 LS.

No comparto esta opinión. En primer lugar, la representación orgánica es necesaria, está establecida por la ley. La misma ley establece quién representa a la sociedad anónima sin que pueda alterarse ésta característica que resulta tipificante, con el propósito de proteger al tercero contratante de buena fe. Quien contrata con una sociedad anónima (aunque sea en formación) sabe que el representante legal es el presidente del directorio y sólo debe aceptar la firma de éste para poder obligar a la sociedad. No cambia la situación la aludida falta de inscripción del contrato ya que también para saber quiénes revisten la condición de directores, el tercero debe recurrir al instrumento constitutivo no inscripto. En consecuencia, la representación de la sociedad durante el íter constitutivo corresponde únicamente al presidente del directorio.

- **Gobierno:**

El principio mayoritario en la adopción de resoluciones sociales resulta apli-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) cable a la sociedad en formación sólo en la medida que las resoluciones que se adopten no agraven la responsabilidad de los fundadores. El representante sólo podrá obligar a la sociedad por los actos tendientes a la constitución y los expresamente autorizados en el acto constitutivo por los cuales se responde hasta la inscripción. Estos actos han sido autorizados en forma unánime por los fundadores y cualquier resolución que deba adoptarse fuera de lo que expresamente se autorizó en el acto constitutivo también debe ser aprobada por unanimidad, cuando está en juego la responsabilidad de aquellos. En conclusión, la regla de la unanimidad debe mantenerse hasta la constitución regular en todo aquello que pueda agravar la responsabilidad de los fundadores. De lo contrario, entiendo que resultan aplicables las normas de funcionamiento del órgano de gobierno previstas en el estatuto (art. 1197 del Cód. Civil).

· Fiscalización:

Si el síndico ha aceptado su designación, debe velar por el cumplimiento de la ley, estatuto y reglamentos aún cuando la sociedad se encuentre en formación. Por lo tanto, debe fiscalizar el tránsito hacia la constitución regular de la sociedad de acuerdo a lo establecido en el acto constitutivo.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios, rige la regla general del art. 59 de la ley 19550 y los arts. respectivos según el tipo social adoptado (157 para la SRL, 274 para la SA). En estas normas, basadas la obligación del administrador de obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, el legislador ha construido un sistema de responsabilidad basado en la culpa de los funcionarios. Estas normas son plenamente aplicables a los funcionarios de la sociedad en formación. Sin embargo, en el caso del art. 183, por los actos necesarios para la constitución y los autorizados se establece la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los directores, sin consideración de su actuación concreta, lo que ha merecido la crítica de Gulminelli que se manifiesta contrario a la norma por responsabilizar objetivamente a los administradores, quebrando el sistema de responsabilidad con culpa que establece la ley en el art. 59.

Esta responsabilidad del art. 183, que se extiende hasta la inscripción de la sociedad (art. 184), no es aplicable a los síndicos. Estos responderán por mal desempeño del cargo, de acuerdo a las reglas generales de responsabilidad (arts. 296, 298 y concs. de la ley 19550). En cuanto a los miembros del consejo de vigilancia, son aplicables las mismas normas (art. 280 LS), sin perjuicio de su responsabilidad como fundadores en los términos del art. 183, lo que ya resulta ajeno a su actuación como consejeros.

VII. Legitimación pasiva por las deudas sociales durante el íter constitutivo. Costas.

Hasta la inscripción, la sociedad en formación, los directores y fundadores, resultan solidaria e ilimitadamente responsables por los actos necesarios para la constitución y los autorizados (art. 183 LS). En tal sentido, el acreedor de la sociedad en formación por alguno de esos actos, puede demandar a la sociedad, a uno, algunos o todos los fundadores y directores (art. 705, Cód. Civil). La legitimación pasiva de los mismos es indiscutible atento el claro precepto legal.

Si el acreedor obtiene sentencia favorable antes de la inscripción de la sociedad, todos los responsables que fueron parte en el juicio deben resultar condenados.

Qué sucede si durante el juicio se acredita la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio? La responsabilidad de los directores y fundadores se extingue y por lo tanto la acción promovida contra ellos caería en abstracto.

Qué sucede con las costas del proceso seguido contra directores y fundadores? Entendemos que éstas deben ser soportadas por la sociedad, quien luego de la inscripción resulta la única responsable por el acto que dió origen a la demanda.

El tercero, cuando promovió la acción, lo hizo contra todos los responsables, sin poder saber si el acontecimiento futuro e incierto de la inscripción se produciría o no (art. 546, Cód. Civil). La demanda fue bien promovida, por lo que no puede sostenerse que el tercero haya resultado vencido respecto de directores y fundadores.

Si bien para responsabilizar a los directores será necesario demandarlos, con relación a los fundadores, en atención a que la sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social (art. 56 LS), el acreedor podrá optar por demandar sólo a la sociedad y ejecutar la sentencia contra los fundadores, los que responderán en forma solidaria, ilimitada y directa, mientras la sociedad no se inscriba.

VIII. Representación y responsabilidad en materia cambiaria.

Hemos sostenido que la sociedad en formación únicamente puede ser obligada, a través de su representante, por los actos necesarios para la constitución y los autorizados. Cómo juega esta regla en materia cambiaria en la que no podemos alegar la causa frente al tercero? Como sostiene Favier-Dubois (h) nos encontramos aquí ante los llamados actos neutros. Responde la sociedad por estos actos neutros suscriptos por su representante legal? La doctrina entiende que sí, por los siguientes fundamentos:

- Sostiene Gulminelli que la protección del tercero, la seguridad jurídica y el sistema cambiario así lo imponen.

- Para Ruarte, si la ley de sociedades protege a los terceros frente a limitaciones estatutarias a la representación orgánica que están inscriptas en el Registro Público de Comercio (art. 58), con mayor razón en el caso de una sociedad en formación en la que no hay publicidad registral y en la que el único dato claro con que cuenta el tercero es la antefirma que consta en el documento y que opera como presunción de responsabilidad de la sociedad.

- Lo expuesto es sin perjuicio que en un eventual juicio ordinario posterior se ventile la causa de la obligación y se acredite que la obligación cambiaria no correspondía a un acto autorizado o necesario para la constitución. A su vez, el representante que obligó cambiariamente a la sociedad en formación, en este supuesto responderá por los perjuicios causados.

- A quién demandamos en el proceso cambiario? Recordemos que resultan responsables la sociedad en formación, los directores y los fundadores en forma solidaria e ilimitada. La jurisprudencia ha establecido en materia de sociedades no constituidas regularmente la siguiente doctrina que entiendo aplicable a la so-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) ciudad en formación: “La responsabilidad personal del socio de una sociedad irregular deviene como consecuencia de su participación en ella, y es precisamente la sociedad, constituida en sujeto pasivo de la obligación cambiaria, quien puede y debe ser citada a juicio, sin perjuicio de la responsabilidad de sus socios que bien puede ser perseguida en el mismo juicio y en la instancia respectiva. Conforme al principio que reconoce de modo uniforme personalidad a las sociedades irregulares o de hecho, corresponde sustanciar con éstas el litigio propiamente cambiario, reservando para una etapa ulterior la extensión de la sentencia a sus socios. Operan, en este último supuesto, hasta razones de buen orden procesal destinados a evitar en la instancia en que se debate el derecho cambiario, cuestiones engorrosas, en tanto que podrían implicar la condición misma de socio, situación de hecho ajena, por tanto, a la estrictez del derecho específicamente cambiario. (CNCom., sala B, abril 6-979, “Acindar SA c/Aceros Hiersil”, ED-84-294).

De manera que la demanda ejecutiva se promoverá contra la sociedad en formación y podrá ser ejecutada contra ésta y los fundadores. No existe aquí el problema -que se presenta en las sociedades de hecho- de la prueba de la condición de socio, para cuya acreditación se cuenta, en la sociedad en formación, con el instrumento constitutivo.

IX. Concurso preventivo de la sociedad en formación.

La sociedad en formación, puede ser presentada en concurso preventivo? El art. 2 de la ley 24522 establece que son sujetos comprendidos en la ley “...las personas de existencia ideal de carácter privado...” y las sociedades en formación lo son, por lo que no cabe duda que son sujetos concursables (art. 5, ley 24522).

Quién puede solicitar la apertura del concurso? Por lo que hemos sostenido en los puntos anteriores y en atención a lo dispuesto por el art. 6 de la ley de concursos, debe solicitarla el representante legal, previa resolución del órgano de administración. Esto nos obliga a recordar que el art. 183 de la ley de sociedades establece que los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los autorizados. Puede entonces el directorio resolver la presentación en concurso preventivo sin la previa autorización de los fundadores? Entiendo que sí, ya que la presentación concursal supone que la sociedad se encuentra en estado de cesación de pagos (art. 1 de la ley 24522) y ello importa la posibilidad de la declaración de quiebra de la misma. A su vez, la declaración de quiebra provoca la disolución de la sociedad (art. 94 inc. 6, ley 19550) e impide concluir con el íter constitutivo, por lo que el remedio preventivo se convierte en un acto necesario para la constitución regular de la sociedad, evitando su disolución por quiebra.

A lo expuesto agregamos la cita que efectúa Nissen del fallo de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos “Mazza S.A. (en formación) s/Concurso preventivo”, del 23/9/86, que resolvió abrir el concurso preventivo de una sociedad anónima en formación (ver Ley Comentada, tomo 1, pág. 27).

De manera que la presentación la efectúa el presidente del directorio, quien debe acreditar la resolución previa del órgano que preside, acompañando el acta respectiva. Cabe tener presente que la falta de inscripción de la sociedad impide

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) que la misma cuenta con libros rubricados; no obstante, ello no impide llevar un libro de actas para dejar constancia de las resoluciones que se adopten durante el íter constitutivo, por lo que entiendo que la resolución del directorio aprobando la presentación en concurso puede justificarse con testimonio de dicha acta en el que conste la firma de los directores que participaron del acto, certificadas por escribano público.

En cuanto al resto de los requisitos necesarios para la presentación concursal, cabe recordar lo sostenido en el citado fallo Massa respecto que a la sociedad en formación no es dable exigirle normalidad contable a los fines del art. 11 inc. 6 de la ley 19551, toda vez que la obligatoriedad de la misma está establecida para los entes inscriptos regularmente.

El órgano de gobierno debe resolver la continuación del trámite para su acreditación en el expediente dentro de los treinta días de la presentación en concurso, de acuerdo a la exigencia del art. 6 de la ley 24522. Como sostuvimos antes, el principio mayoritario en la adopción de resoluciones sociales durante el íter constitutivo se aplicará en la medida que lo resuelto no agrave la responsabilidad de los fundadores. En este caso, la resolución es necesaria para evitar la cesación del procedimiento con los efectos del desistimiento de la petición (arts. 6, ley 24522), lo que supone que las que se presenten dentro del año posterior no deben ser admitidas, si existen pedidos de quiebra pendientes (art. 30, ley 24522). Ello, con los riesgos que implica la declaración de quiebra de la sociedad en formación, la que se extiende a los fundadores en los términos del art. 160 de la ley concursal (Ver Cerrotta, Alfredo: "Quiebra de la sociedad en formación". III Congreso Argentino de Derecho concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Ad-Hoc, 1997, tomo 3, pág. 433 y Conclusiones de dicho congreso, tomo 4, pág. 230). De manera que la resolución siempre beneficiará a los fundadores, por lo que entiendo que aquí sí rige el principio mayoritario; lo contrario supondría que la disconformidad de un solo fundador impediría la continuación del trámite, lo que no resulta aceptable.

Finalmente, ratifico mi posición respecto de que la sociedad en formación concursada preventivamente por conversión de la quiebra (art. 90 ley 24522), puede concluir el íter constitutivo al quedar sin efecto la causal disolutoria del art. 94 inc. 6 de la ley 19550; y que la inscripción registral del contrato constitutivo produce la extinción de la responsabilidad de los fundadores por las deudas sociales en los términos del art. 184 LS, marcándose así una diferencia fundamental con el régimen de las sociedades no constituidas regularmente, en la que no se modifica la responsabilidad de los socios anterior a la regularización (art. 22 L.S.) (ver trabajo citado en la nota anterior).

BIBLIOGRAFIA

· Adrogué M. I. y García Cuerva H.M.: "La problemática de las sociedades en formación y la llamada inscripción preventiva del art. 38 de la ley de sociedades", LL-1978-D-958.

· Anaya, Jaime: "Las sociedades en formación ante el decreto-ley 19550", RDCO, Año 9; "Sociedad en formación y personalidad jurídica", ED-129-326.

- Cerrotta, Alfredo R., “Sociedad en formación”, “Premio Centenario de la Revista del Notariado”, en prensa.
- Cerrotta, Alfredo: “Quiebra de la sociedad en formación”. III Congreso Argentino de Derecho concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, Ad-Hoc, 1997, tomo 3, pág. 433.
- Cerrotta, Alfredo: “Sociedad en formación. Legitimación pasiva por las deudas sociales durante el íter constitutivo. Costas”; y “Sociedades en formación. Los actos autorizados. Su vinculación con el objeto social”. Vigésimo séptimo Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Club del Libro, Mar del Plata, 1997, págs. 39 y 41.
- Etcheverry, Raúl: “Nuevos matices legales en el período fundacional de las sociedades comerciales”, LL, 1984-B-649.
- Favier-Dubois, Eduardo (h) “La sociedad en formación”, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, t* 1, p. 183.
- Favier-Dubois, Eduardo (h): “Derecho societario Registral”, Ad-Hoc, ps. 162/163; Vázquez Ponce Héctor y Favier-Dubois Eduardo (h) “Imputación de actos a la sociedad anónima en formación”, ponencia presentada a las 2das. Jornadas Nacionales de Derecho Societario, U.N.A., Buenos Aires, 1981.
- García Cuerva, Héctor: “El contrato de suscripción de acciones”, Depalma. 1988.
- Gulminelli, Ricardo: “La sociedad anónima en formación. Su régimen luego de la reforma de la ley 22903”, RDCO, año 17, abril de 1984, nro. 97/98, pág. 618.
- Halperín, Isaac: “Sociedades Anónimas”, Depalma, 1975, ps. 68 y 141.
- Nissen, Ricardo: “Consideraciones sobre la ley 22903 de reformas a la ley 19550”, LL, 1983-D-999; “Sociedad en formación. Personalidad Jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos”, Doctrina societaria y concursal, Errepar, t. 1, ps. 258/9; “Ley de Sociedades Comerciales”, ED. Abaco; “Consideraciones sobre la ley 22903 de reformas a la ley 19550”, LL, 1983-D-999
- Nissen-Vítolo: “La sociedad en formación y la responsabilidad de los administradores y fundadores. Sugerencias para una futura reforma legislativa”, ED, t. 98, p. 1008.
- Ruarte, María Laura: “Pagaré emitido por la sociedad en formación”, en Derecho Societario Argentino e Iberoamecano, Ad-Hoc, tomo 1, pág. 751.