

## **LEGITIMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN**

POR MARÍA T. ACQUARONE

### ***Ponencia***

La sociedad que los socios acordaron en el contrato constitutivo es una “sociedad en formación” del que surge un sujeto de derecho que tiene perfecta identidad con la inscrita en el Registro Público de Comercio. Sus representantes orgánicos tienen legitimación suficiente para la realización de los actos necesarios para la inscripción y los comprendidos en el objeto.

Será diferente la responsabilidad posterior a la inscripción según que el acto haya sido autorizado o no. En el primer caso la asunción de las deudas será automática y no así en el segundo que va a requerir la asunción expresa de la sociedad, pero el acto realizado dentro del objeto por los representantes designados será imputable al patrimonio personal del representante y al de la sociedad rigiendo el principio de apariencia frente a los terceros que emana del artículo 58 de la Ley de Sociedades.

### ***Inaturaliza de la sociedad en el iter constitutivo***

#### **Régimen anterior a la Ley 19.550**

En el régimen de la Ley 19.550 la sociedad en el período del iter constitutivo no tenía regulación legal y tenía muy pocas menciones, lo que llevo a la doctrina a discutir acerca de la naturaleza de esta entidad en particular cuando del régimen de su estructuración surgía la limitación en la responsabilidad patrimonial. La jurisprudencia también interpreto el carácter de las sociedades en este período así en diversos fallos se dijo que las sociedades en formación tienen la entidad de sociedades

irregulares la C. N. Com., Sala A en el año 1973<sup>1</sup> dijo que mientras que no se produzca la constitución regular la sociedad en formación no puede actuar en el comercio, ya que obligados por esos actos y contratos son los fundadores y directores solidaria e ilimitadamente, 183 párrafo 1°, de lo que no se liberan ni aun cuando la sociedad una vez regularmente constituida asuma esas obligaciones artículo 184 párrafo 2°. En otro fallo la misma Sala en 1974<sup>2</sup> sostuvo que de acuerdo con las normas del Código de Comercio vigente a la época del contrato la sociedad anónima en formación es una sociedad irregular en tanto no esté constituida definitivamente y todos los que contraten a su nombre quedan en cuanto a los respectivos actos obligados personal, ilimitada y solidariamente (artículo 288 Código de Comercio). En otro fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se sostuvo que “El derecho positivo del país 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. Las sociedades irregulares tienen personalidad precaria y limitada. Desde la firma del acta constitutiva del ente social hasta su inscripción en el Registro Público de Comercio se suceden en la práctica una serie de paso y trámites que configuran lo que se conoce como periodo fundacional de la sociedad anónima, la que recién se tendrá por constituida legalmente con su inscripción en el citado Registro previa publicación. En la constitución por acto único tal responsabilidad incluye los directores y a los fundadores con arreglo a lo previsto en el artículo 183 de la Ley de Sociedades, vigente a la fecha en que se desarrollaron y extinguieron las relaciones laborales”.

La doctrina en gran parte influenciada por Halperín, decía que la sociedad comienza a existir desde que la registración se cumple y la actuación de la sociedad en este periodo la convertía en una sociedad irregular<sup>3</sup>, por lo tanto no existía sociedad en formación y los actos relacionados con su objeto los hacía responsables ilimitada y solidariamente de sus consecuencias. En relación con los acreedores la sociedad bastaba con que exorbitara el iter para que se desconociera la existencia de la

<sup>1</sup> C. N. Com., Sala A, 13 de abril de 1972, “Pelana SRL contra Szmolowicz I. M.”, *RDCO* 1973, *Reseña Crítica de Jurisprudencia*, p. 380.

<sup>2</sup> Errepar, Tomo II “Sociedades Comerciales”, C. N. Com., Sala A, 27 de septiembre de 1974, “Croa contra Textiles Francisco Gil S.A.”

<sup>3</sup> Halperin, Isaac. *Sociedades Anónimas*, p. 126 y siguientes.

sociedad en formación, se consideraba que era una sociedad irregular a la cual se le aplicaba la normativa de los artículos 21 a 26 de la Ley 19.550.

Se distinguía entre los actos necesarios para constituir la sociedad como los únicos y en forma exclusiva la sociedad podía realizar de los que no eran considerados necesarios para la constitución de la sociedad<sup>4</sup>. Nissen sostiene que había un evidente contradicción en la finalidad de la norma en el artículo 38 tercer párrafo que regulaba la inscripción preventiva a nombre de la sociedad en formación para mantener intangible el patrimonio de la sociedad en el iter constitutivo y el régimen regulado en los artículos 183 y 184 que excluían de la responsabilidad de dicho patrimonio a los actos inherentes al giro respondiendo por dichos actos el patrimonio de quienes habían efectuado el acto que podría incluso ser insolvente<sup>5</sup>.

En cuanto a los actos necesarios para la constitución se sostenía que, como norma general, constituida definitivamente la sociedad, ésta asume las obligaciones “legítimamente” contraídas por los fundadores o por los promotores y se le reembolsarán los gastos necesarios realizados para la constitución quedando liberados de responsabilidad. La cuestión radicaba en ver qué alcance se le daba al término “legítimamente” en relación con los actos realizados por los fundadores y promotores y parecería que se refiere a los trámites necesarios para la constitución de la sociedad, o sea las gestiones y actos que de no ser llevados a cabo por los promotores no se podría constituir la misma.<sup>6</sup> Benseñor<sup>7</sup> por su parte, dice que actos necesarios son todos aquellos que en forma directa o indirecta se vinculan con el cumplimiento de las etapas necesarias para lograr una constitución regular y también los actos conservatorios de los bienes recibidos. Con relación a estas obligaciones, pasan al quedar ésta definitivamente constituida, a ser actos de la sociedad, por lo cual el tercero que ha contratado uno

<sup>4</sup> Sasot Betes, Miguel; Sasot, Miguel. *Sociedades Anónimas Constitución modificación extinción*, Buenos Aires, Ábaco, 1983, p. 235.

<sup>5</sup> Nissen, Ricardo Augusto. *Ley de Sociedades Comerciales comentada anotada y concordada*, 3° edición actualizada y ampliada, Tomo 2, Buenos Aires, Ed. Astrea, p. 450.

<sup>6</sup> SASOT BETES, Miguel SADOT Miguel ob cit

<sup>7</sup> BENSEÑOR Norberto R. “Aspectos derivados de la contratación de las sociedades mercantiles durante el iter constitutivo Primer Congreso de Derecho Societario T I pag 532

de esos actos puede actuar contra la sociedad así formada para exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas para constituirla.

Los actos no necesarios para la constitución consistían en general en los relacionados con la actividad comercial que la sociedad iría a desarrollar y con relación a ellos se sostenía que la sociedad en formación no quedaba obligada, ya que los fundadores y promotores actuaban por su propio riesgo y podría ocurrir que la sociedad no se llegue a constituir. El artículo 183 antes de su reforma por la Ley 22.903, establecía que aun cuando la sociedad asumiera los actos realizados, los fundadores y promotores que los habían realizado no se desobligaban. Se llegó a sostener que a los socios disconformes con la actuación anticipada de la sociedad en su período de formación debe reconocérseles la facultad de intentar acciones judiciales para hacer cesar esta actuación incluso las medidas precautorias del caso para prevenir la creación de una responsabilidad que les puede ser personalmente gravosa.

Sostiene Nissen que en 1976 comienza a aclararse el panorama a partir de la opinión de Anaya, quien por primera vez comenzó a cuestionar la asimilación de las sociedades en formación con las sociedades irregulares o de hecho advirtiendo las nefastas consecuencias que traía la aplicación del régimen de las sociedades irregulares o de hecho cuando la sociedad dedicada al intercambio de bienes y servicios, exorbitaba los actos necesarios para la inscripción pero que, los estaba realizando regularmente, cumpliendo con los plazos previstos para la constitución. En efecto, sostenía que el socio de la sociedad de hecho se encontraba en mejor situación que el socio de la que se encontraba en formación porque de aquellas sociedades el socio puede pedir la disolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 y poner fin a su responsabilidad ilimitada y solidaria posibilidad que se encontraba vedada a los fundadores de la sociedad en formación. Parecía que cuanto más diligencia ponían en llevar a cabo los trámites en la etapa de la constitución, peores eran las consecuencias en materia de responsabilidad<sup>8</sup>. Aun ahora sostiene Nissen que el régimen sancionatorio que regula la ley en materia de sociedades irregulares o de hecho no tiene sentido en inoponibilidad del contrato en las relaciones internas de los socios.

<sup>8</sup> NISSEN Ricardo *Ob. cit.* en 5)

## Reforma por la Ley 22.903

Al reformarse por la Ley 22.903 el régimen de la sociedad en el iter constitutivo, se receptan las críticas formuladas, y se establece un sistema más equitativo en materia de responsabilidad de los fundadores y directores receptando a lo que denominamos sociedad en formación. Se la definiría como aquella que se encuentra en el iter constitutivo que es aquel período de tiempo durante el cual la sociedad realiza una serie de actos necesarios para el cumplimiento de sus formas constitutivas. Según Roitman desde un punto de vista estático se puede incluir dentro del concepto al conjunto de los actos conducentes a la inscripción. El iter constitutivo comienza con la suscripción del contrato social, ya que no se considera que los actos realizados en forma previa que pueden consistir en conversaciones, tratativas preliminares actividades comerciales realizadas en conjunto no implican el nacimiento del sujeto de derecho como centro de imputación normativa. Se trataría en este caso de una sociedad de hecho, que se tendrá que probar con toda clase de medios y, sobre todo, quiénes son los socios y sin duda tendrán el régimen precario de los artículos 21 a 26<sup>9</sup>. No hay ninguna duda de que el momento de finalización está marcado por la inscripción definitiva de la sociedad, lo que significa que se encuentra regularmente constituida. Lo que acarrea alguna duda sobre la finalización es cuándo los socios abandonan el período de la sociedad en formación en que se transforma en una sociedad irregular, lo que indudablemente se trata de una cuestión de hecho.

## Régimen de la Ley

El régimen de los artículos 183 y 184 establece que sólo los directores tienen la facultad para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relacionados con el objeto societario que fueron autorizados en el estatuto. Por su parte los directores, fundadores y la sociedad en formación, son solidariamente responsables en forma ilimitada por los

<sup>9</sup> Coincidimos con las opiniones vertidas en Roitman Horacio "Ley de Sociedades comentada y anotada" Tomo III Editorial LA LEY 2006 por CABANELLAS de las CUEVAS DERECHO SOCIETARIO

actos de la constitución y de los autorizados para la realización de la actividad que constituye el objeto mientras la sociedad no se encuentre inscrita. Una vez inscrito el contrato, los actos necesarios para la constitución y los autorizados se tendrán como originariamente realizados por la sociedad quedando liberado los directores, y fundadores de su responsabilidad personal. Por su parte, los actos realizados que no fueron autorizados, aun cuando la sociedad los asuma, no liberan de la responsabilidad ilimitada y solidaria que asumen quienes los celebraron.

Podríamos diferenciar según los efectos que se producen los siguientes actos:

- 1) Los necesarios para la inscripción de la constitución.
- 2) Los referidos a la actividad que constituye su objeto que a su vez podríamos separar los autorizados para su realización en el estatuto de los que no lo están.
- 3) Otros actos que no se pueden categorizar en ninguna de las otras dos categorías.

Con relación a los actos necesarios para la constitución, la ley establece que tienen legitimación suficiente para su realización los directores, y utiliza el término sólo de manera que excluiría de la realización otras personas. Se debe diferenciar la etapa del iter constitutivo en que los directores son solidaria e ilimitadamente responsables por la realización de la finalización de dicho iter en que la sociedad asume las obligaciones y libera de responsabilidad a los directores.

Con relación a los actos comprendidos dentro del objeto, la ley distingue entre los que están autorizados por el estatuto y los que no lo están. Ello es así porque lo que varía es la liberación de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los directores, fundadores y de la sociedad en formación, pero frente a terceros rige el artículo 58 de la ley, de modo que, si el acto está dentro del objeto, la sociedad queda siempre obligada. Ello significa que frente al tercero no interesa si la sociedad está o no autorizada, el objeto legitima la actuación del director. Estos actos se refieren a la actividad propia de la sociedad y comprende los actos que sean necesarios para que esta actividad se desarrolle. Así Roitman<sup>10</sup> explica que comprendería por ejemplo la contratación de la maquinaria, materia prima, el personal el alquiler del local para desarrollar la misma. Pero también comprendería el

<sup>10</sup> Roitman, Horacio. *Ley de Sociedades comentada y anotada*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006, p. 369.

otorgamiento de poderes que se deberían conceder para facultar la realización de actos en el extranjero, los que aunque no estén directamente en el objeto de la sociedad son necesarios para la realización de la actividad.<sup>11</sup>

Si los actos están autorizados aun en el estatuto, la asunción de las deudas contraídas es automática y se produce con la inscripción. Si en cambio estos actos no están autorizados van a necesitar un acto expreso de la sociedad inscrita para que se imputen al patrimonio de la sociedad. A su vez, entramos en una nueva distinción que se refiere a los actos aprobados y a los actos que la sociedad desaprobare. En el primer caso son asumidos en el patrimonio societario conjuntamente con el representante que contrajo la deuda, en el segundo caso serán responsables los representantes de los daños y perjuicios, pero no queda claro si la deuda es en este caso asumida exclusivamente por los representantes o conjuntamente con el patrimonio de la sociedad.

Creemos que cabe entonces la distinción entre los actos comprendidos en el objeto de los que no lo están, ya que en el primer caso rige el principio de la apariencia y el representante que actuó deberá además los daños y perjuicios que ocasionó su conducta pero el acto no es desconocido por la sociedad. En cambio, si el acto es notoriamente extraño rige el artículo 58, no quedando la sociedad obligada.

## **Conclusión**

En el iter constitutivo, la sociedad tiene todos los caracteres de las sociedades típicas, con sus órganos perfectamente estructurados, de manera que la inscripción pone en funcionamiento a pleno dicha estructura. El objeto sigue siendo para los terceros el nexo de imputación al patrimonio de la sociedad en formación en virtud del principio de apariencia del artículo 58 y se producirá la liberación de la responsabilidad de los mismos según el caso de acuerdo con lo normado en el artículo 184.

<sup>11</sup> C. N. Civil, Sala E, "Ferrotecnia S.A. contra Terna SRL", Errepar, Tomo II "Sociedades Comerciales" en el que se dijo que, a partir de la reforma introducida en los artículos 183 y 184 de la Ley de Sociedades Comerciales, los representantes de la sociedad en formación tienen facultad para obligarla respecto de los actos necesarios para su regular constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo".