

COMISION I

Dr. Antonio Tonón

" EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN FORMACION "

Introducción: Es nuestro propósito demostrar que la sociedad anónima en formación no tiene capacidad para contraer obligaciones lo cual significa que no es un sujeto jurídico y que, consecuentemente, no puede ser demandada ni declarada en quiebra, ni dar lugar a la extensión de una quiebra, que no se puede declarar, a sus fundadores o directores.

II.- La sociedad en formación en el régimen de la Ley 19.550: En el régimen de la ley 19550 dos o más personas pueden unirse en sociedad creando un sujeto jurídico distinto del de sus integrantes con la mera actuación que evidencie que se han obligado a realizar aportes destinados a la producción o intercambio de bienes o servicios, con el propósito de participar de los beneficios y soportar las pérdidas. Es la sociedad de hecho- si su sujeto es comercial - "tolerada" por el artículo 21 de la ley.

Si esas mismas personas en lugar de crear con su mera actuación una sociedad de hecho, aspiran a la formación de una sociedad "tificada" -en cuyo caso no es necesario el objeto comercial- deben recorrer un camino que se inicia con la suscripción del pertinente contrato social y termina con la inscripción en el registro público de comercio, camino que muy expresivamente ha sido denominado inter constitutivo o proceso constitutivo.

En ese caso la ley dice que la sociedad queda constituida con la suscripción del contrato (art.4), pero añade que sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el registro (art.7), con la doble salvedad de que la sociedad inscripta no necesariamente es una sociedad regular y de que la sociedad no inscripta no siempre es una sociedad irregular.

Y ello porque la ley reserva la calificación de "regular" a la sociedad que completó su proceso constitutivo con la inscripción en el registro pero que además no adolece de vicios de forma en ninguna de las etapas de dicho proceso. La inscripción es elemento necesario pero no suficiente de la regularidad (artículo 7 y doctrina predominante) (1).

Y reserva la calificación de "irregular" tanto para la sociedad que habiendo completado el proceso constitutivo con la inscripción en el registro adolece de vicios de forma en cualquiera de las etapas del proceso, como para la sociedad que no habiendo llegado a completar el proceso constitutivo, que quedó interrumpido por abandono voluntario o por denegatoria firme de conformidad o de

inscripción, actúa a pesar de la interrupción de dicho proceso (art. 21 y doctrina autorizada) (2).

Es el medio de ambas calificaciones, de regular y de irregular, está la sociedad con un proceso constitutivo en trámite o con un proceso interrumpido que no fue seguido de actividad imputable a la sociedad.

No es regular, porque no completó el proceso constitutivo; ni es irregular porque el proceso está en trámite o porque habiendo quedado interrumpido no ha sido seguido de actividad imputable a la sociedad.

Y si no es una sociedad regular, ni tampoco una sociedad irregular, ¿qué es?

La ley la menciona incidentalmente en la parte dedicada al régimen general de sociedades (artículo 38) y sólo la regula, de modo indirecto, bajo la figura de sociedad anónima en formación al tratar la responsabilidad de los promotores fundadores y directores (art.s. 182, 183 y 184).

Tal precariedad justifica que para no complicar el tema, en lugar de ocuparnos de la sociedad en formación, en general, nos ocupemos de la sociedad anónima en formación, en particular.

II.- El proceso de constitución de la sociedad anónima: La sociedad anónima es el producto de un proceso fáctico complejo de formación progresiva en el que, siguiendo un orden cronológico, se pueden distinguir varias etapas o momentos: las tratativas para lograr el acuerdo societario; el acuerdo societario; la documentación del acuerdo; la conformidad del organismo de contralor; la publicidad; la inscripción en el registro público de comercio.

En sentido amplio se puede hablar de una sociedad anónima en formación desde el inicio de las tratativas para lograr el acuerdo societario hasta la inscripción del acuerdo en el registro público de comercio; en sentido estricto se habla de sociedad anónima en formación para referirse al período que media entre la documentación del acuerdo y su inscripción en el registro público de comercio.

La ley prevé dos procesos de constitución: la constitución por suscripción pública (art. 168) a la que también denomina constitución sucesiva (art. 182) y la constitución por acto único (art. 166) a la que también llama constitución simultánea (art. 183).

En la constitución sucesiva cabe distinguir dos períodos: el que va de la suscripción del programa a la suscripción del acta de la asamblea constitutiva - período de formación en sentido amplio y el que va de la suscripción del acta de la asamblea constitutiva a la inscripción en el registro público de comercio - período de formación, en sentido estricto.

En la constitución simultánea sólo cabe hablar de un período: el período de formación, en sentido estricto, que va de la suscripción del contrato social a la inscripción en el registro público de comercio.

Este período de formación, en sentido estricto, puede tener una duración normal (dos o tres meses) o prolongarse mucho más (si se tropieza con observaciones del organismo de contralor que no son resueltas satisfactoriamente o no se cuen-

ta- por no haberse previsto la eventualidad- con la presencia indispensable de uno de los socios^m, etc) o quedar interrumpido (porque lo abandonan los socios o se denegó la conformidad o la inscripción).

Lo cierto es que durante este período se realizan en nombre de la sociedad en formación una serie de actos absolutamente necesarios para llegar a la inscripción, que genera obligaciones que interesa saber a quién imputar (gastos, impuestos y honorarios de la documentación del acuerdo; gastos de publicidad, tasa de inscripción, etc).

Y lo cierto es que durante este período no es infrecuente que se realicen en nombre de la sociedad anónima en formación una serie de actos preparatorios a la actividad programada en el contrato social (adquisición o locación de inmuebles, consertación de servicios, etc). o que, incluso, se comience a desarrollar de lle no esa actividad, generándose obligaciones que también interesa saber a quién imputar.

IV.- La incapacidad de la sociedad anónima en formación para contraer obligaciones.: Dijimos que la ley regula la sociedad anónima información de modo indirecto, al tratar la responsabilidad de los promotores en la constitución sucesiva, y de los fundadores y directores, en la constitución simultánea.

Curiosamente en la constitución sucesiva la ley se ocupa únicamente de la responsabilidad de los promotores, que solo actúan en el período previo a la constitución de la sociedad y nada dice de quienes actúan en nombre de la sociedad durante el período de formación en sentido estricto.

De todos modos está el hecho, pleno de implicancias para la solución del problema en análisis, de que las obligaciones contraídas por los promotores para la constitución de la sociedad y de las demás que pudieran haber contraído en función de lapreparación o anticipación de la actividad social, a pesar de emerger de actos necesarios para la constitución de actos ratificados por la asamblea constitutiva, no recaen sobre la sociedad en formación sino sobre la sociedad una vez que ésta queda inscripta (art.179, inc.1; 181, párrafo 2; 182, párrafo 2 y 184, párrafo 2).

Obsérvese que ni siquiera la ratificación por la asamblea constitutiva de los actos de los promotores importa una asunción de las obligaciones emergentes de dichos actos por parte de la sociedad, que se halla en formación, porque la ley difiere expresamente la asunción al momento de la inscripción. "Una vez inscripta la sociedad asumirá las obligaciones ...", dice textualmente el artículo 182, párrafo 2.

En la constitución simultánea la ley regula la responsabilidad de los fundadores y directores a quienes hacen "ilimitada y solidariamente responsables por los actos practicados y por los bienes recibidos" (art. 183, párrafo 1).

Después distingue entre las obligaciones que los fundadores y directores contrajeron para la constitución de la sociedad (art. 183, párrf.2) y las demás obligaciones que- son las que pudieron haber contraído en función de la preparación o anticipación de la actividad programada en el contrato social- (art. 184, párrafo 2).

Y en base a dicha distinción establece que las primeras son a cargo de la

- 122 -

sociedad, una vez que esté inscripta (art. 183, párrafo 1) y que las segundas son a su cargo una vez que las asuma (art. 184, párrafo 2), asunción que en la constitución simultánea sólo puede producirse después de la inscripción.

En el primer caso, la sociedad sustituye a los fundadores y directores en las obligaciones que estos contrajeron para su constitución (art. 184, párrafo 1).

En el segundo, la sociedad se acopla a los fundadores y directores haciendo comunes las obligaciones que éstos habían contraído para preparar o anticipar su actividad (art. 184, párrafo 2).

En el primer caso, la inscripción es causa de la sustitución; en el segundo, presupuesto previo del acoplamiento.

En ambos casos, sin inscripción no puede haber obligaciones imputables a la sociedad porque o las obligaciones fueron contraídas para su constitución, y en tal caso, sólo quedan a su cargo una vez que esta esté inscripta o, se trata de cualquier otra obligación - de las demás obligaciones como dice el texto legal - en cuyo caso sólo quedan a su cargo una vez que las asuma, asunción que en la constitución simultánea presupone la previa inscripción.

El texto legal es lo suficientemente explícito, a nuestro juicio, para que no quepa la menor duda sobre la imposibilidad de imputar obligación alguna a la sociedad anónima en formación.

"Una vez inscripta la sociedad, son a su cargo las obligaciones contraídas para su constitución ..." dice textualmente el artículo 183, párrafo 2. "La asunción por la sociedad de las demás obligaciones contraídas ..." dice textualmente el artículo 184, párrafo 2.

Cualesquiera fueren las obligaciones que los fundadores o directores hubiesen contraído, bien para llegar a la constitución de la sociedad, bien para preparar o anticipar la actividad programada, nunca pueden recaer sobre la sociedad en formación sino sobre la sociedad inscripta.

Y ello porque en nuestro régimen legal la sociedad anónima en formación no es un sujeto jurídico (3).

Pero como para desvirtuar tal afirmación tal vez se nos objete que la sociedad anónima en formación puede adquirir bienes, vamos a ocuparnos de su incapacidad a tales efectos.

V.- La incapacidad de la sociedad anónima en formación para adquirir derechos: Si la sociedad anónima en formación no tiene capacidad para contraer obligaciones, como creemos haberlo demostrado, menos la tendrá para adquirir derechos.

Porque, para dar un ejemplo, sería realmente un despropósito lógico que la sociedad anónima en formación resultara dueña de un bien que se adquirió en su nombre sin que al mismo tiempo quedara obligada al pago del precio de la adquisición.

Pero está el problema de los aportes.

Y en favor de que la sociedad anónima en formación puede ser titular de de-

- 123 -

rechos podría argumentarse que los aportes que se entregan para formar el fondo común pasan al dominio de la sociedad, máxime frente a la disposición del último apartado del artículo 38 de la Ley 19550 que prescribe que "cuando para la transferencia del aporte se requiere la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación".

Es nuestro convencimiento que los bienes que los aportantes entregan para la formación del fondo común no pasan a ser del dominio de la sociedad anónima en formación sino que siguen en cabeza de los aportantes hasta tanto se produzca la inscripción de la sociedad en el registro, momento en que se opera la transferencia.

Se nos objetará que tratándose de bienes registrables la ley dispone la inscripción preventiva a favor de la sociedad en formación y que dicha inscripción implica la indisponibilidad del bien por parte del aportante y su inembargabilidad por parte de sus acreedores.

Aunque ello fuere cierto - que si ese fue el propósito del legislador nada le costaba decirlo con claridad y regular con su poco más de precisión una previsión que tiene a maltraer a toda la doctrina (4), ni la indisponibilidad ni la inembargabilidad implican que los bienes salgan del dominio del aportante para pasar a ser de la sociedad en formación.

La indisponibilidad con inembargabilidad no es un instituto desconocido por el derecho comercial. Baste pensar en la indisponibilidad e inembargabilidad temporarias que implica el cheque certificado: a nadie se le va a ocurrir que los fondos afectados dejan de ser de la titularidad del librador para pasar a la titularidad del banco, que garantiza el pago, o del tenedor del cheque, que toda vía no lo presentó al cobro. Tan es así que si el tenedor del cheque no lo presenta al cobro en el término de ley, los fondos no vuelven a la titularidad del librador, de la cual nunca salieron, sino que simplemente desaparece la indisponibilidad e inembargabilidad de los mismos.

Que los bienes aportados sean indisponibles e inembargables, vaya y pase; que pasen al dominio de la sociedad en formación, imposible; porque en ese caso la sociedad en formación tendría un patrimonio con qué responder, por lo menos a las obligaciones contraídas para su constitución, con lo cual caeríamos nuevamente en el despropósito lógico de que la sociedad podría adjudicarse los bienes aportados para su constitución sin hacerse cargo de las deudas contraídas para dicha constitución.

VI.- La sociedad anónima en formación no es un sujeto jurídico: La incapacidad de la sociedad anónima para contraer obligaciones y adquirir derechos la descalifica como sujeto jurídico.

Se nos podrá objetar que tan rotunda afirmación contrasta con la calificación del art. 2 de la ley 19550 que hace de toda sociedad un sujeto de derecho con el alcance fijado en la ley.

Pero aún de que toda calificación legal adquiere trascendencia normativa si no está contradicha por el pertinente tratamiento regulativo, está por verse si la sociedad anónima en formación es una sociedad o simplemente una relación comercial compleja que normalmente conduce al nacimiento de una sociedad, como la propia terminología pareciera indicar.

Lo que interesa es como trata la ley a la sociedad anónima en formación'

Si se trata como una entidad distinta o un centro de imputación distinto del de sus integrantes es un sujeto jurídico; si no la trata como tal, no es un sujeto jurídico.

En concreto, si le reconoce la posibilidad de adquirir derechos, de contraer obligaciones, y consecuentemente, de formar un patrimonio distinto de los socios, es un sujeto jurídico y si no le reconoce tal posibilidad no es un sujeto jurídico.

Y que la ley no le reconoce tal posibilidad nos parece haberlo demostrado suficientemente.

Tal vez se nos podrá observar que si bien la sociedad anónima es en formación no es un sujeto jurídico "en acto", lo es "en potencia" o, empleando una calificación que un gran maestro aplicó al nasciturus, que es un sujeto jurídico "posible" (5).

En tal caso nosotros nos limitaríamos a señalar el hecho que pueda llegar a ser sujeto jurídico, no significa que lo sea y que necesariamente llegue a serlo.

Porque la sociedad anónima en formación puede llegar a ser sujeto jurídico bien completando su proceso constitutivo con la inscripción, bien con la interrupción del mismo y su conversión, consentida expresa o tácitamente por todos los socios, en sociedad irregular.

Y la sociedad anónima en formación, al igual que el nasciturus, puede concluir definitivamente su ciclo quedando como un simple proyecto frustrado de un sujeto jurídico. Y ello pasa cuando interrumpido constitutivo no se registra con posterioridad a la interrupción una actividad en nombre de la sociedad de la que se pueda decir que fué consentida expresa ó tácitamente por todos los socios, en cuyo supuesto se habría convertido en una sociedad irregular.

Lo cual significa que la sociedad anónima en formación, tanto la que actualmente lo es, como la que concluyó definitivamente su ciclo como tal sin convertirse en irregular, no puede ser considerada ni tratada como un sujeto jurídico.

VII.- Conclusiones: Lo expuesto nos conduce a las siguientes conclusiones:

- 1) La sociedad anónima en formación no tiene capacidad para contraer obligaciones.
- 2) La sociedad anónima en formación no tiene capacidad para adquirir derechos.
- 3) La sociedad anónima en formación no tiene patrimonio.
- 4) La sociedad anónima en formación no es sujeto jurídico.
- 5) La sociedad anónima en formación no puede ser demandada ni declarada en quiebra.

NOTAS

- (1) La doctrina predominante sostiene que la inscripción no otorga patende de regularidad por cuanto la sociedad inscripta puede resultar irregular por algún vicio de forma en su proceso constitutivo. Lo niega una corriente minoritaria. En este último sentido Etcheverry, Raúl Aníbal "Sociedades irregulares y de hecho", Astrea, Bs.As., pág. 132 y ss.
- (2) La doctrina predominante sostiene que la sociedad con proceso constitutivo en trámite deviene una sociedad irregular si "opera", es decir, si celebra actos preparatorios o anticipatorios de la actividad programada en el contrato social. Lo niega una corriente autorizada. En este último sentido Anaya, Jaime L. "Las sociedades en formación ante el decreto ley 19550", R.D.C.O. 1976, pág. 257 y ss., espec. pág. 269; Manóvil, Rafael Mariano, "La sociedad anónima en formación no es una sociedad irregular", ponencia en el Primer Congreso de Derecho Societario, Depalma 1979, pág. 477 y ss.; (con la variante de que durante el proceso de constitución podría originarse una sociedad irregular si la actividad fuera consentida por todos los socios, ob.cit., debate, ps. 611/612 y 622); Etcheverry, ob.cit. pág. 164 y ss.
- (3) La doctrina predominante sostiene que la sociedad adquiere personalidad con el sólo acuerdo consensual o con la documentación del acuerdo social. Que la sociedad anónima en formación no es sujeto de derecho lo afirma dogmáticamente Halperin, "Sociedades Anónimas", Depalma 1974, pág. 68 y 141 y lo sugiere Manóvil, ob.cit., debate, pág. 621 y 623.
- (4) Para una reseña de la doctrina, Benseñor, Norberto R., "Aporte de bienes registrales a sociedades mercantiles en formación", E.D., tº 90, pág. 913 y ss.
- (5) Carnelutti, Francesco, Nuovo profilo dell'istituzione dei nascituri, Foro Italiano 1954, IV pág. 57 y ss.