

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS FUNDADORES EN LA SOCIEDAD EN FORMACION (con especial referencia a los actos cumplidos durante el período fundacional)

Fernando J. Ferrer, Ariel A. Germán Macagno y Hugo R. Gattani

1. Ponencia

La sociedad “en formación” no puede ser asimilada a las sociedades irregulares o de hecho, aún cuando durante el iter constitutivo de la sociedad se hayan ejecutado actos que exceden los necesarios para su constitución sin autorización estatutaria; resultando de aplicación las disposiciones específicas (arts. 183/184 L.S.C.), que contemplan de manera expresa el supuesto de hecho mencionado.

2. El caso

Los actores solicitaron a la Sra. jueza de Registro la inscripción del contrato constitutivo de una sociedad.

El Registrador requirió a los solicitantes que acompañaran certificado expedido por profesional con firma legalizada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas en el que conste que la sociedad no ha desarrollado actividad alguna.

3. Nuestra opinión

La duda invade la cuestión cuando se requiere un requisito de admisibilidad formal: constatación de que la sociedad en formación no haya realizado actividad durante su iter constitutivo, que no encuentra andamiaje jurídico que lo sostenga.

Esta situación se ve agravada cuando, como consecuencia de la actividad de parte de la sociedad durante el período de formación, se

extraiga la cuestión del elenco normativo que regula el tema para subsumir el caso en el procedimiento de regularización previsto por el ordenamiento societario para las sociedades irregulares o de hecho.

4. Nuestros fundamentos

La normativa societaria no contempla una disciplina genérica para la etapa formativa de las sociedades comerciales.

Si bien, luego de la reforma introducida por la ley 22.903 al Régimen de las Sociedades Comerciales representó un avance sobre la regulación del tópico, principalmente, en lo atinente a la imputación y efectos de los actos cumplidos antes de la inscripción registral de las sociedades anónimas (arts. 182 a 184) lo real es que no existe una regulación pormenorizada de este fenómeno societario.

Como corolario de esta laguna legal la labor hermenéutica de los jueces ha tenido que agudizarse, puntualmente, en orden a la determinación de las diferencias que existen entre las sociedades examinadas y las sociedades irregulares y de hecho. Diferencias que, por otro lado, y -como seguidamente se demostrará- son notorias.

El derecho ha reconocido personalidad jurídica a estas tres clases de sociedades; y si bien ello responde a una necesidad jurídica concreta, cada una alude a una realidad diferente.

Efectivamente, la sociedad "en formación" apunta a una realidad que por ser necesaria para constituir un ente societario, no puede ser evitada ⁽¹⁾. Y no puede serlo, porque hace referencia a todos aquellos actos que deben ser cumplidos para constituir de manera definitiva la sociedad, lo que acontece con la inscripción en el registro correspondiente ⁽²⁾. En cambio, tanto las sociedades irregulares como

(1) Confr. CNCCom., Sala C, *in re* "Marino, M. c/ Chavarría, N. s/ medidas cautelares".

(2) Se entiende por período fundacional aquél que se extiende desde que nace la sociedad mediante el acuerdo de voluntades, y mientras continúa en el cumplimiento de los recaudos formales para concluir con la inscripción en el registro respectivo, lo "que da carta de ciudadanía de acuerdo con el tipo legal" (Muguillo, Roberto A., *Ley de Sociedades Comerciales*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 249.

las de hecho, constituyen un régimen que -a pesar de ser mirado con prejuicio por el legislador- el ordenamiento jurídico no ha podido ignorar por representar un fenómeno constante en la realidad comercial⁽³⁾.

Desde el punto de vista práctico, mientras no se abandone el proceso de inscripción estamos frente a una sociedad en formación; por el contrario, el abandono definitivo del iter constitutivo es un síntoma preciso de que la sociedad debe reputarse irregular,⁽⁴⁾

A poco de haberse sancionado la ley 19.550., parte de la doctrina y la jurisprudencia asimilaban a la sociedad en formación, con las sociedades irregulares y de hecho. Entonces, y por defecto de regulación específica, se aplicaba a las primeras, el régimen legal de estas últimas⁽⁵⁾. No obstante ello, con el correr de los años y gracias a la función armonizadora de la jurisprudencia⁽⁶⁾, tras reconocerse que en ambos casos se está frente a sociedades que han omitido registrar su contrato constitutivo -hecho que permitiría *prima facie* encuadrarlas en idéntico régimen (art. 21 L.S.C.)- se concluye, a partir de un análisis más profuso de la cuestión, que existen entre ambas diferencias claras (v.gr., diversidad de regímenes de responsabilidad, representación, titularidad de bienes registrales y disolución) lo que justifica someterlas a un encuadre normativo diferente.

Luego de la sanción de la ley 19.550, aquella doctrina clásica que asimilaba a las sociedades que no habían cumplido deliberadamente los trámites registrales previstos por la ley societaria,

(3) Vitolo, Daniel Roque - López Loyola, María Mabel, "La sociedad en formación: ¿una sociedad irregular?", en E.D., 93-1991, p. 146 y ss..

(4) En este sentido: Manóvil, Rafael M., "La sociedad anónima en formación no es una sociedad irregular", trab. publicado en el Primer Congreso de Derecho Societario, t. 1, 1977, p. 447.

(5) En esa senda para Zaldívar se trataría de un fenómeno corporativo atípico sujeto al régimen de las sociedades irregulares (autor citado, *Cuadernos de derecho societario*, Depalma, Bs. As., 1976, t. II, 2ª parte, p. 96 y ss. Depalma, 1976).

(6) La función armonizadora de la jurisprudencia impide que el proceso de cristalización del derecho ocasione el divorcio entre la norma y el derecho que en realidad rige. (Spota, Alberto G., *El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, 2ª reimp., Depalma, Bs. As., 1989, p. 10).

con aquellas sociedades en las que los socios se encontraban transitando el "*iter constitutivo*", fue superada por la labor jurisprudencial que, paralela a la doctrina, se rebela contra tal asimilación, encontrando soluciones más flexibles y adecuadas en materia de sociedades en formación.

A modo de ejemplo mencionaremos algunas de las diferencias antes señaladas.

En lo que respecta al régimen de responsabilidad, en las sociedades irregulares los socios y los administradores no pueden exonerarse nunca de su responsabilidad por los actos sociales que los obliga solidaria ilimitada e indefinidamente (art. 23 L.S.C.). En cambio, los promotores, fundadores y directores de una sociedad anónima "en formación" se liberan de las obligaciones referentes a los actos de constitución, una vez que aquélla haya sido inscrita (art. 184 L.S.C.).

En punto al régimen de disolución, los socios de un ente irregular están habilitados para procurar la disolución de la sociedad en cualquier momento (art. 22 L.S.C.). Facultad que es ajena a las atribuciones del fundador o promotor mientras se cumpla el *iter constitutivo*; esto equivale a decir que: si en tiempo y forma la sociedad solicita su inscripción, sus integrantes no podrán arrepentirse del compromiso asumido en el instrumento suscripto y pretender la disolución, oponiéndose a su registración ⁽⁷⁾.

En lo que respecta al régimen de representación, en la sociedad irregular cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 24 L.S.C.). Por el contrario, en la sociedad en formación deviene aplicable el art. 167 tercer apartado L.S.C. y, por ende, ante la falta de mandatarios especiales designados para realizar los trámites integrantes de la constitución de la sociedad, "*se entiende que los representantes estatutarios se encuentran autorizados para realizarlos*".

(7) Al respecto se ha sostenido que cundiría la inseguridad si se admitiera que los socios pudieran retractarse de su voluntad asociativa cuando les pluguiera. Esto es, una nueva razón para sostener que la sociedad en formación no es una sociedad irregular. (Manóvil Rafael M., *La sociedad anónima en formación no es una sociedad irregular*, pub. en el Primer Congreso Societario, Depalma, Bs. As., p. 450).

Por último, cabe apuntar que la sociedad irregular está limitada en su capacidad para adquirir bienes cuyo dominio requiere registración (art. 26 L.S.C.). Sobre este punto, si bien las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios -inclusive en caso de quiebra- se juzga como si se tratara de una sociedad regular, esta pauta normativa no deviene aplicable cuando se trata de bienes cuyo dominio requiere registración. (v. norma citada) Algo distinto ocurre con relación a las sociedades en formación, las que pueden adquirirlos conforme lo impera el art. 38 L.S.C., o sea que: cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, *“ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación”*. Así, pues, la sociedad “en formación” es una entidad susceptible de adquirir derechos, esto es: una persona jurídica con capacidad de derechos estrictamente limitada para efectuar los actos tendientes a obtener su constitución definitiva ⁽⁸⁾.

En un todo de acuerdo con las diferencias señaladas, no quedan argumentos de peso en defensa de la tesis que asimila las sociedades irregulares con los entes en formación. En estas últimas, simplemente se está dando cumplimiento en el “iter constitutivo” a los requisitos que se exigen para la constitución definitiva de la sociedad y, por ende, no le es aplicable el régimen legal dispuesto por los arts. 21 a 26 L.S.C.. Y desde este punto de vista, la existencia de un lapso entre la concertación del contrato y la constitución definitiva de una sociedad mediante su inscripción registral, no implica que durante el período intermedio exista una sociedad irregular sino una en “formación”, la que no resulta equiparable ni asimilable a aquélla, pues la etapa formativa constituye el período necesario para obtener el tipo regular seleccionado en el instrumento constitutivo ⁽⁹⁾.

Ni para el supuesto de irregularidad originaria (sociedad de hecho) ni tampoco en el caso de irregularidad derivada (sociedad que interrumpe definitivamente el iter constitutivo) es dable admitir la

(8) Del art. 38 L.S.C. surge la capacidad de la entidad “en formación” para ser titular de bienes registrables, mas es necesario la transparencia del aporte efectuado por los socios para integrar el capital social. (Confr. CNEsp., Sala VI, *in re* “Budín Inmobiliaria S.R.L. c/ Figueroa, Julio”).

(9) Confr. CNFed., Sala II, *in re* “Chemical Bank c/ Chemical Argentina”.

equiparación con la sociedad que busca asumir uno de los tipos previstos por la ley y se encuentra cumpliendo las etapas formales pertinentes.

En una palabra, no cabe aplicar a la sociedad en formación el régimen especialmente previsto en los art. 21 y ss. L.S.C., como tampoco las reglas imperfectas, pero claras del código de comercio, que respondían a la doble vertiente ítalo-francesa referente a las sociedades no constituidas regularmente.

La etapa de constitución persigue alcanzar el tipo regular de sociedad; luego, no se puede sostener que durante ese período exista "otra" sociedad llamada "en formación" o una sociedad irregular, sin perjuicio de que ella eventualmente naciera después. Todo lo contrario, la sociedad que se está gestando es la misma que llegará a su regularización, al inscribirse en el Registro pertinente ⁽¹⁰⁾. Pero la existencia de la sociedad en formación, como supuesto diferenciado de la irregular, requiere como condición necesaria que no haya ruptura o interrupción del proceso de constitución.

En las sociedades irregulares, la irregularidad es permanente. Por tal motivo, su situación se rige por normas concretas y gravosas para no desamparar a los terceros que se enfrentan con una realidad imposible de abolir por medios legales. En cambio, en las sociedades en formación no existe irregularidad alguna; la ley sólo se limita a proteger a los terceros por un tiempo limitado, es decir: el que se reputa necesario para la efectiva materialización de la inscripción ⁽¹¹⁾.

La posibilidad legal con la que cuenta esta última clase de sociedad de realizar y celebrar actos propios a su objeto social, disipa la posibilidad de que se pueda reputar irregular.

Durante el llamado período fundacional de la sociedad los socios no se deben apartar de las reglas del contrato social, pues en tal lapso el sujeto de derecho originado por el consentimiento de las partes

(10) Confr. CNCom., Sala A, 20/10/1980, *in re* "Ferrari, José c/ Tecnopapel S.A." pub. en E.D., 93, p. 1.981. En idéntico sentido se ha expedido la justicia de Córdoba: C2CC., A.I. Nº 127, 15/4/03, tribunal de origen: Inspección de Sociedades Jurídicas "Fisher Eagle S.A. solicita Constitución", pub. en Actualidad Jurídica

(11) Confr. C2CC., A.I. Nº 127, 15/4/03, tribunal de origen: Inspección de Sociedades Jurídicas "Fisher Eagle S.A. solicita Constitución", citado en nota anterior.

no puede ser entendido como una sociedad irregular, dado que el ente en formación es el mismo que los socios acordaron el registro ⁽¹²⁾.

Como ha quedado demostrado, la Ley de Sociedades ha concebido -aunque de manera asistemática con normas aisladas- a las sociedades en formación como un fenómeno societario autónomo, que responde a una realidad prenORMATIVA determinada y dotándolas de características particulares que marcan la brecha con las sociedades irregulares.

Más allá de una cuestión legal, el sentido común mismo nos conduce a determinar que es erróneo asimilar a quienes han elegido la irregularidad -por inicio o derivación- con aquéllos que simplemente cumplen con las normas legales impuestas, en tiempo y forma, a cuyo cumplimiento deben concurrir de acuerdo con el régimen legal existente. Y si bien es cierto que la irregularidad de las sociedades contemplada en la ley puede reconocer dos orígenes distintos: originaria y derivada, ninguna de ellas puede asimilarse -como se adelantó- a la sociedad en formación, porque en esta última simplemente se está cumpliendo con los pasos exigidos por el ordenamiento jurídico para la constitución regular de la sociedad.

Por otro lado, aun cuando el proceso constitutivo se encontrare en curso de ejecución, y se demuestre que la sociedad en formación ha ejecutado actos que exceden los necesarios para su constitución, o lo que es lo mismo: actos que representen la consecución anticipada del objeto social, sin autorización estatutaria, esta circunstancia *per se* no las transforma en irregular.

De lo expuesto se sigue que mal puede el órgano de contralor negar la inscripción de una sociedad, esgrimiendo que ella ha devenido irregular por haber ejecutado actos que van más allá de los necesarios para su constitución.

Tampoco puede exigir como requisito de constitución un requisito que la ley no requiere: que los promotores, socios fundadores o directores manifiesten si la sociedad ha desarrollado alguna actividad durante el iter constitutivo. Y no tiene facultades para ello, porque en un todo de acuerdo con el régimen societario (arts. 183 y 184 L.S.C.) el tema pasa por una cuestión de imputación de

(12) Confr. CNFed., Sala II, *in re* "Chemical Bank c/ Chemical Argentina".

responsabilidad a dichos sujetos en el supuesto de que -una vez lograda la inscripción- no se resuelve la asunción por la sociedad de las obligaciones resultantes de dicha actuación. Pero de ninguna manera la actividad de la sociedad durante el periodo fundacional, aun fuera de los límites legales establecidos, constituye un cortapisa que obste su inscripción definitiva. Admitir una interpretación distinta, importaría convertir en letra muerta las claras directrices fijadas en los dispositivos aludidos.

Dicho con otras palabras, la Ley de Sociedades persigue -como principio general- que las sociedades no comiencen a funcionar hasta tanto hayan obtenido la inscripción. Pero si una sociedad "en formación" inicia sus operaciones sociales, o sea: la explotación de su objeto social antes de la inscripción, ello no la transforma en irregular, ni representa un obstáculo que impida su constitución definitiva; por el contrario, sólo deja expedita la aplicación de las disposiciones específicas (arts. 183/184 L.S.C.) que contemplan de manera expresa el supuesto de hecho mencionado. Ello funciona de esta manera, porque tales actos no están *prima facie* prohibidos, sino sometidos a reglas específicas de responsabilidad; y una prueba patente de ello, es que la sociedad una vez inscrita puede asumirlos (art. 184 segundo apartado L.S.C.) ⁽¹³⁾.

Siguiendo con este razonamiento, no deviene aplicable lo dispuesto por el art. 21 *ibid.*, pues la irregularidad que prevé dicha directiva se impone a la sociedad que no cumple con los actos del procedimiento de constitución, pero no alcanza a las sociedades que adoptando uno de los tipos previstos por la ley, han sido presentadas a la autoridad de control dentro de un plazo razonable, porque frente a este supuesto no puede sostenerse que la constitución esté viciada. Y tan es así, porque si el consentimiento fue prestado por todos los socios de la sociedad en formación, conforme a las previsiones de uno de los tipos regulares que la ley prevé, tal declaración de voluntad persiste hasta que se culmine con la inscripción registral definitiva que le conferirá la regularidad perseguida.

(13) Anaya Jaime L., "Las sociedades en formación", RDCO, Depalma, 1976, p. 269 *in fine*.

5. A modo de epitome

a) La sociedad “en formación” apunta a una realidad que por ser necesaria para constituir un ente societario, no puede ser evitada. Y no puede serlo, porque hace referencia a todos aquellos actos que deben ser cumplidos para constituir de manera definitiva la sociedad, lo que acontece con la inscripción en el registro correspondiente.

b) No quedan argumentos serios en defensa de la tesis que asimila a las sociedades irregulares con los entes en formación. Luego, no le es aplicable el régimen legal dispuesto por los arts. 21 a 26 L.S.C..

c) La ley 19.550 ha concebido a las sociedades en formación como un fenómeno societario autónomo, que responde a una realidad prenORMATIVA determinada y dotándolas de características particulares que marcan la brecha con las sociedades irregulares.

d) Aun cuando del pedido de inscripción se demuestre que durante el iter constitutivo la sociedad en formación ha ejecutado actos que exceden los necesarios para su constitución sin autorización estatutaria, esta circunstancia *per se* no las transforma en irregular.

e) Si una sociedad “en formación” inicia sus operaciones sociales, tal circunstancia no se alza como un valladar que impida su constitución definitiva. Por el contrario, sólo deja expedita la aplicación de las disposiciones específicas (arts. 183/184 L.S.C.) que contemplan de manera expresa el supuesto de hecho mencionado.