

SOCIEDAD EN FORMACIÓN (PENSANDO EN SU INCORPORACIÓN AL RÉGIMEN LEGAL

EDMUNDO JOSÉ CORREAS y JOSÉ MARÍA CURÁ

PONENCIA

Se plantea, frente a la oscuridad e insuficiencia del texto legal, el necesario tratamiento normativo en materia de sociedades en formación, reconocidas éstas como sujetos de derecho distinguidos de sus fundadores, con la capacidad que resultante de sus estatutos. Todo, en tanto no se haga abandono definitivo del camino hacia la inscripción, o quede la sociedad incurso en supuestos de caducidad del trámite.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

Alguna vez, Etcheverry dijo que en nuestro mundo debemos conformarnos con un lento avance del derecho escrito, acercando soluciones eficaces al convulsionado devenir social. Recientes soluciones jurisdiccionales se ubican, precisamente, en tal rango de resultados.

2. El enfoque de la cuestión

Se ubica en la hipótesis de determinación de la naturaleza del acto de constitución de sociedad comercial típica, cuyo trámite de inscripción ante el Registro Público de Comercio se halle inconcluso.

Es doctrina emanada de fallo de la Sala A del tribunal mercantil de la Capital Federal que la constitución de una sociedad, sea esta regular, irregular o de hecho, *produce el nacimiento de un nuevo sujeto distinto de los socios que lo integran*, al tiempo que es *dotado de todos los atributos inherentes a la personalidad*. Aptitud que luego se exterioriza en el mundo exterior a través de la interacción propia de todo sujeto en el tráfico jurídico (CNCom., sala A, *in re* "Brunetti, Jorge c. Ernesto Fachal"; abril 19, 1985). Ni más ni menos que el consolidado principio contenido en el art. 2º de la Ley

de Sociedades Comerciales 19.550: *la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.*

Es también principio rector de nuestro ordenamiento societario, recibido por el tribunal comercial, en el orden de pensamiento del planteo: *la existencia de un lapso entre la concertación del contrato y la constitución definitiva de la sociedad mediante la inscripción registral, no implica que durante el período intermedio exista una sociedad irregular sino una sociedad en formación* (CNCom., sala C. in re "López, Oscar c. Miguel Mariscal"; agosto 5. 1988).

A partir de tales premisa *no puede afirmarse válidamente que la sociedad en formación no existe. Por el contrario, es un ente con personalidad jurídica propia.*

Así determinada los límites de esta ponencia, se formularán algunas consideraciones acerca de las diferentes alternativas de la forma asociativa mercantil que se enuncia. Anticipamos nuestra opinión en cuanto a su existencia, que no hace sino reafirmar reiterado criterio en la materia. Es de considerar, en su consecuencia, el necesario tratamiento legal adecuado que contemple a la sociedad en formación como ente con autonomía jurídica plena, previo a la toma de razón; ello en tanto sean acreditados los extremos que permitan considerar la existencia de sociedad en tránsito a través del íter constitutivo.

3. *La sociedad en formación*

Se puede considerar sociedad en formación a aquel *ente formalmente complejo, en su tránsito temporal entre la firma del documento constitutivo hasta su inscripción final* (v. "El régimen actual sobre sociedades irregulares y de hecho y su diferenciación con las sociedades en formación"; por Raúl A. ETCHEVERRY, en *RDCO.* 1985, p. 681); o, en el lenguaje de ZALDÍVAR, fenómeno corporativo atípico sujeto al régimen de las sociedades irregulares (ZALDÍVAR, ENRIQUÉ y colab.: *Cuadernos...*, t. II, 2ª parte, pp. 96 y ss., Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1978).

Al tiempo que el ordenamiento societario no informa sobre un régimen propio de la etapa constitutiva, al igual que en el sistema del Cód. de Comercio, tampoco determina los presupuestos de existencia de la sociedad en su etapa de formación, no obstante el generalizado empleo de la expresión en la vida comercial. No parecen asistir dudas en cuanto la sociedad ve su inicio a partir de acto claro e inequívoco en tal sentido o, como destacara la jurisprudencia, el otorgamiento del contrato social, formal y típico. Pese a ello, el tratamiento específico que la ley societaria brinda a esta etapa fundacional es, cuanto menos, sumamente limitado. Es de recordar que solo los arts. 183 y 184 de la ley societaria, en la sección dedicada a la sociedad anónima, refieren el período fundacional en cuanto al sistema de responsabilidad por actos cumplidos durante el mismo. Problemática que se vincula no con la existencia del sujeto sociedad, sino con el sistema de responsabilidad aplicable a cada caso. A ello se agrega el reconocimiento de capacidad a la sociedad en formación, para registrar bienes preventivamente a su nombre, conforme el sistema del art. 38. En definitiva, superada toda duda acer-

ca de la existencia de la persona jurídica, a partir del principio que informa el citado art. 2º, en cuanto sujeto de derecho, se trata de desentrañar los efectos en el caso de una sociedad que merezca ser calificada como "en formación".

4. *La sociedad no constituida regularmente*

Dijo la sala E CNCom., en el caso "Pérez, Héctor Norberto c. Distribuidora Mirador S.A." (sent. 21 de mayo de 1991; *omissis*, en *RDCO*, 1991-A, p. 332) que al menos en el terreno científico cabe remarcar la diferencia entre una sociedad de hecho y una sociedad anónima en formación que aparece irregularizada por abandono del proceso de constitución, a la que por cierto le resultan aplicables las mismas disposiciones del cap. I, sec. V, de la Ley de Sociedades Comerciales (voto del juez Arecha), superando aquella lapidaria afirmación del maestro Halperín en cuanto que, hasta tanto se inscriba regularmente el contrato la sociedad no existir sino como sociedad irregular, en la cual los socios son personal e ilimitadamente responsables (su obra *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 72, Depalma, 1980).

Aquella pacífica doctrina emanada del tribunal comercial que asimilaba a la sociedad en formación a las sociedades irregulares en cuanto a efectos frente a terceros, según ya propugnaban Vítolo y López Loyola en su trabajo publicado bajo el título "La sociedad en formación una sociedad irregular?" (*E.D.*, t. 93, p. 147), anotando lo resuelto en el caso Ferrari (CNCom., sala A, octubre 20 de 1980), se exterioriza en tal oportunidad al calificar a la sociedad en formación como fenómeno corporativo atípico sujeto al régimen de las sociedades irregulares. El entonces juez Etcheverry, dijo en aquella oportunidad, a través de su voto, que ni en el régimen del Cód. de Comercio, que responde a la doble vertiente italo-francesa referente a las sociedades no constituidas regularmente, ni en el actual —en el cual no se han efectuado cambios sustanciales en este tema— puede admitirse que la sociedad en formación, que busca un tipo regular y se encuentra cumpliendo las etapas formales pertinentes, se equipare a un ente societario irregular. Ya con anterioridad, Anaya señalaba, en su importante trabajo "Las sociedades en formación frente al dec.-ley 19.550" (*RDCO*, 1976, p. 257), con particular rigor, reparos insoslayables a tal asimilación. Claras diferencias en el orden de exoneración de responsabilidad; solicitud de disolución; sistema de representación; marcan el distingo, al que luego adherirán NISSEN y VÍTOLO (v. *ED*, t. 98, p. 107).

Sabido es que sociedad irregular es aquella que, instrumentada, se halla afectada por cualquier vicio de forma en su constitución (ZALDÍVAR, *Cuadernos...*, t. I, p. 122), noción que, desde el inicio, debe conducir el análisis por caminos diferenciados.

CONCLUSIÓN

La sociedad en formación, desplazada toda duda respecto de su calidad de tal, esto a partir de la existencia de un contrato social, formal y típico, y durante el plazo

que media hasta su inscripción registral, debe mostrarse con entidad propia y autónoma de sus fundadores y administradores, por cierto distinguida de las formas irregulares que la ley particularmente trata.

De allí, la forma que se examina, habrá de regirse, desde el mismo momento de la suscripción del acto constitutivo, por su estatuto fundacional, sometido, luego, en cuanto a la regularización de la sociedad, a su registración. Condición ésta que se ubica en el marco del tratamiento de las formas regulares o irregulares, mas no condicionante de la existencia de la sociedad como sujeto de derecho, en formación, diferenciado de sus integrantes.

Todo, sin olvidar que ciertos aspectos revisten la calidad de limitantes de la plena capacidad que se propone; donde la interrupción del trámite registral o, inclusive, la caducidad del mismo, deberán ser consideradas.