

LAS REGLAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN FORMACIÓN SE DEBEN APLICAR ANALÓGICAMENTE A TODOS LOS TIPOS SOCIETARIOS

RICARDO LUDOVICO GULMINELLI

SÍNTESIS DE LA PONENCIA:

En el estado actual de avance de la doctrina societaria especializada, después de la complicada evolución que el instituto de la sociedad en formación ha experimentado, parece un grave retroceso, propio de quien no ha tenido en cuenta tal desarrollo, afirmar que el régimen de los arts. 183 y 184 de la L.S. no se aplica por analogía a todos los tipos. Más allá de la reforma a los artículos mencionados por la ley 22.903, parece innegable que se ha receptado como principio que la sociedad anónima en formación constituye una persona jurídica.

Frente a tal aserto, es natural que los magistrados deban dar soluciones, saliendo del histórico marco de la sociedad irregular, aplicable en una época que creemos debería estar superada.

Los que afirman que no se aplica analógicamente el régimen de la S.A. en formación a todos los tipos, pensamos que ignoran la regla fundamental contenida en el Art. 16 del C.C. receptado a través del

Título Preliminar y del Art. 207 del Código de Comercio Argentino.

Si bien la aplicabilidad analógica del instituto de los arts. 183 y 184 L.S. para prestigiosa doctrina pareciera ser algo innegable, ha sido controvertido este principio en algunos fallos jurisprudenciales y administrativos e, incluso, se ha desconocido el sistema vigente, aún para las S.A.¹

Por tanto, constituye una necesidad del momento, y es el objetivo de la presente ponencia, reafirmar de manera categórica, la aplicabilidad analógica del régimen de la S.A. en formación, a todos los tipos sociales.- Esto, fundamentalmente porque la posición que criticamos, niega la posibilidad a las S.R.L. de aplicar el sistema de la S.A., pese a que el art. 157 remite a las normas de la S.A. en cuanto a los derechos y obligaciones de la gerencia.

Consideramos fundamental que la doctrina se pronuncie enfáticamente sobre el punto; porque el criterio negatorio que indicamos, resulta sumamente dañoso para la actividad económica, porque limita la participación inmediata en el comercio de sociedades en formación que dinamizan la economía y que a nadie perjudican.

En definitiva, se constituyen en otra prueba más de la existencia indubitable de la tan lamentable "máquina de impedir" que se aplica cotidianamente en la Argentina.

FUNDAMENTOS DE LA PONENCIA:

Muy sintéticamente se puede decir:

1. Todos los profesores de la materia seguramente recuerdan el rigor halperiniano, fundado incluso en derecho comparado, que descartaba que las sociedades en formación pudieran ser personas jurídicas.

¹ 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). SCBA, Ac 37216 S 8-9-87, Juez SAN MARTIN (SD)Cano, Jorge Mario y otro c/ Rizzo, Jose y otro s/ Disolución de sociedad AyS 1987-III-561 MAG. VOTANTES: San Martín - Negri - Mercader - Laborde - Cavagna Martínez.- SCBA, L 35292 S 24-3-87, Juez SALAS (SD)Duarte, Carlos y ot. c/ Planta Triunvirato S.A. y ot. s/ Cobro de haberes, etc. AyS 1987-I, 454 MAG. VOTANTES: Salas - Mercader - Negri - San Martín - Laborde.-

2. También recordarán, seguramente, que debido quizás a la poderosa influencia del fallecido maestro, pocos se atrevieron a desvirtuar tal conclusión. La sociedad en formación, en aquella época, no era nada más que un trámite.
3. De paso, la consecuencia letal de este principio, era que el comienzo en el giro societario, importaba una condena de muerte y una sanción desmedida: nada menos que la aplicación del régimen de los artículos 21 a 26 de la L.S. o sea el correspondiente a la sociedad irregular.
4. Esta gravísima situación, que dejó el tendal de víctimas, fue morigerándose poco a poco, en el transcurso de muchos años.
 - a. Tal vez el jurista que dio el puntapié inicial fue el maestro Jaime Anaya, con su conocido trabajo, publicado en la Revista de Derecho Comercial en 1.976, en el cual estimaba lícito que la sociedad en formación efectuara actos propios del objeto durante el iter constitutivo.
 - b. Un paso importante siguiente, estuvo constituido por la conocida ponencia de Rafael Mariano Manóvil del Congreso de La Cumbre, hecha con un enfoque netamente halperiniano pero que, sin embargo, sirvió de fundamento de una nueva teoría sobre la sociedad en formación. Al exigir el consentimiento calificado de todos los socios para que una sociedad constituida para ser regular se tornara irregular, abrió las puertas de una nueva concepción sobre el tema.
 - c. Hubo después un período intermedio, durante el cual la doctrina se fue arriesgando cada vez más, indicando que entre la sociedad en formación y la irregular mediaban estructurales diferencias.
 - d. Pero quizás el paso más importante, fue dado por el Dr. Raúl Aníbal Etcheverry, mediante su valioso voto, vertido en el conocido caso "Ferrari c. Tecnopapel" que hizo doctrina a modo de la que hiciera el voto del Dr. Jaime Anaya en "Sánchez c/ Banco de Avellaneda" en materia de sindicación de accionistas.
 - e. Todo esto, sin ignorar las relevantes sentencias dictadas por el Dr. Enrique M. Butty desde su cargo de titular del juzgado de registro, admitiendo antes de la

reforma de 1.983, la existencia de la sociedad anónima en formación, como una realidad diferente a la de la sociedad irregular.

- f. Lo reiteramos, esto sucedía antes de la sanción de la ley 22.903, pese al texto de los arts. 183 y 184 originarios que, entre otras cosas, indicaban que “una vez inscrita” la sociedad asumía derechos y obligaciones y que los fundadores y directores, eran responsables por los actos realizados y por los bienes recibidos.
- g. **Este avance, significó un cambio estructural en el régimen societario, por cuanto la sociedad en formación, desde el punto de vista práctico, pasó a ser más utilizada y a ser más importante que la sociedad irregular. Esto no fue bien advertido por la doctrina, pero es claro que si la sociedad en formación puede realizar actos propios del giro sin tornarse por ello irregular, el campo correspondiente a ésta última sociedad, se ve reducido en forma visceral. Cuanto más contenido y uso tiene la sociedad en formación y más difícil sea caer en la irregularidad, es obvio, menor es el número de sociedades irregulares existentes.²**
- h. Pese a esta dificultosa evolución que en el fondo tendía a derogar la gran injusticia de los artículos citados, aún hoy, se alzan voces que quieren aplicar un sistema ya superado doctrinariamente.
- i. Cuando en el Congreso Nacional de Derecho Societario de Salta, en 1.982, el Dr. Antonio Tonón, mediante una ajustada interpretación de los textos vigentes, negó personalidad a la sociedad anónima en

² El nuevo régimen fue cabalmente reconocido en muchos pronunciamientos judiciales, como por ejemplo fallos que expresan categóricamente que luego de la reforma introducida por la ley 22903, el Art. 183 de la ley 19550 reconoce expresamente la personalidad jurídica y capacidad de la sociedad anónima en formación, al admitir que puede quedar obligada por los actos relativos al objeto social y atribuirle capacidad para realizar los actos necesarios para su constitución y los relacionados con ese objeto social. LEY 22903 ; LEY 19550 Art. 183. CC0203 LP, B 71765 RSD-278-91 S 26-11-91, Juez PERA OCAMPO (SD) Papasodaro, Antonio Daniel c/ Graiver, Eduardo Mario s/ Daños y Perjuicios. MAG. VOTANTES: Pera Ocampo - Pereyra Muñoz C.Com. Sala (C)CAVIGLIONE FRAGA - MONTI - DI TELLA FARNETANO, ESTHER C/ LABORATORIOS LERSAN SA S/ SUMARIO. 05/06/97. Entre muchos otros.

formación, no tuvo ningún jurista que lo apoyara (que recuerde el que suscribe, al menos). Esto fue así, pese a que el Dr. Tonón, lo único que hacía es decir lo que el texto en concreto reflejaba que, nos parece, era la idea de su mentor, el maestro Isaac Halperín.

- j. Sin embargo, pese a que en esa ya algo lejana fecha, se sostenía doctrinariamente la personalidad de la sociedad en formación, **-otorgándole a las normas citadas una interpretación que al menos era discutible-**, todavía hoy existen juristas que parecen no aceptarlo para otros tipos distintos al de la S.A. Esto, aunque ahora hay un régimen más permisivo para la S.A. que se podría aplicar analógicamente.
 - k. Realmente, lo decimos con toda humildad, nos parece que este resultado ignora todo lo que se ha trabajosamente construido en la materia.
5. Por otra parte, nos parece que el régimen de los arts. 183 y 184 L.S., en definitiva, no es más que una consecuencia de considerar previamente, que existe un sujeto de derecho y que por tanto, se le pueden atribuir derechos y exigir el cumplimiento de obligaciones.
 6. Siendo así, parece totalmente razonable que en un contrato de sociedad, cualquiera fuera el tipo, se indicara que durante el iter fundacional se pudiera imputar a la sociedad en formación determinados efectos.
 7. Esta cláusula sería absolutamente lícita a la luz del ordenamiento jurídico y no se advierte porque no permitir lo que no está prohibido.
 8. Los funcionarios que bajo la excusa de no ser aplicable analógicamente el régimen de la S.A. a la S.R.L., en realidad, están causando un enorme daño a la comunidad toda, impidiendo que una actividad económica lícita, se realice de manera inmediata.
 9. No advierten que más que decir que no resulta aplicable analógicamente el sistema de la S.A., tendrían que explicar por qué consideran que una cláusula que remita a tal sistema no resultaría aplicable. En efecto, cuando en el contrato se previera la realización de actos durante el iter fundacional, si no fuera por la analogía derivada del art. 16 del C.C., tendría que ser por la norma madre del Art. 1.197 del mismo cuerpo legal. Sin em-

bargo, en el caso administrativo que citamos más abajo, no fue la solución.

10. Por otra parte, cuando se presentan situaciones concretas, algún régimen resulta indispensable aplicar. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce lagunas, las mismas son llenadas mediante la aplicación de otras normas del mismo orden. En el caso, si se presentara un problema en una sociedad en formación, el juez tendrá que dictar una sentencia. En esta coyuntura, es muy común que fácilmente se eche mano a la normativa de los arts. 21 a 26 L.S. que son los más severos y sancionatorios de la ley societaria. Esto nos parece totalmente desacertado y poco conveniente, porque el régimen de la sociedad anónima en formación es mucho más adecuado para dicho caso, y nadie podría aseverar que se trata de un sistema benévolo en cuanto a responsabilidad. Pero es más justo que el que se aplica a las sociedades irregulares.
11. Recuerdo que a pocos meses de dictada la ley 22.903, en una conferencia que se dictara en el Colegio de Escribanos de la ciudad de Mar del Plata, el maestro Héctor Cámara y el Dr. Enrique M. Butty, sostuvieron la aplicación analógica de los arts. 183 y 184 L.S. aunque criticaron que no se hubiera insertado dicha normativa en la parte general de la ley. Pero entre la doctrina más encumbrada, debo reconocer que no he escuchado jamás que se consideren inaplicables analógicamente, las normas de la sociedad anónima en formación.
12. Pareciera que ha llegado el momento de tratarlo en profundidad para enviar un mensaje a los operadores judiciales y administrativos, en aras de eliminar trabas burocráticas al quehacer empresario.
13. El que opta por actuar mediante una sociedad en formación, parece obvio decirlo, carga sobre sus espaldas una enorme responsabilidad. ¿a qué se le teme entonces?
14. Por eso, no podemos compartir el criterio que en un caso reciente ha exteriorizado recientemente la Dirección de Personas Jurídicas de la provincia de Buenos Aires, que consideró inaplicable la normativa de los arts. 183 y 184 L.S. a una Sociedad de Responsabilidad Limitada.
15. Respecto al caso, cabe decir que los Dres. Ricardo Augusto Nissen, y Norberto Benseñor, si bien en un momento llegaron

a cuestionar la aplicabilidad de dicha normativa, a todos los tipos sociales, no lo discutieron para la S.R.L., a la cual sí la consideraban indudablemente aplicable. Esto fue en las Jornadas Sudatlánticas de Bahía Blanca de 1.992, de homenaje al Dr. Plíner.

16. Por otra parte, cabe citar lo dicho por el Dr. Guillermo Cabanellas de las Cuevas, en su monumental obra, Tomo 2, Parte General, "Derecho Societario". Editorial Heliasta S.R.L., que "Entendiéndose que esos artículos se aplican por analogía a los restantes tipos societarios, se ha considerado que en los mismos serán los administradores y gerentes los que tendrán facultad para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su regular constitución.

a. Cita a doctrina incuestionable, como por ejemplo Ricardo Nissen Ley de Sociedades comerciales, T.I, p. 166 E.H. Richard, L.A. Escuti y J.L. Romero en su obra Manual de Derecho societario (Bs. As. 1.980, p. 101), Raúl Anibal Etcheverry, "El régimen actual sobre sociedades irregulares y de hecho, p. 684).

b. Por otra parte, es la opinión de autores como Enrique M. Butty y Héctor Cámara, vertida en conferencias y Congresos y la del autor de esta ponencia, en su trabajo La sociedad anónima en formación. Su régimen luego de la reforma de la ley 22.903, publicado en R.D.C.O. de octubre de 1984, nro. 101, p. 617. En realidad, **lo creíamos al menos**, este tema no se encuentra seriamente discutido en doctrina.

c. Como si fuera poco lo expuesto, se debe recordar que el art. 157 L.S. expresa que: "Los gerentes tienen los mismos derechos, obligaciones, prohibiciones e incompatibilidades que los directores de la sociedad anónima".

d. Y hacemos hincapié en la S.R.L., porque es obvio y conocido por todos, que en la Argentina, prácticamente sólo se constituyen sociedades que limitan la responsabilidad de los socios al aporte suscripto.