

DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN FORMACION

José Cristian Flores

Sumario: I. Introducción. II. Capacidad. III. Comienzo y fin del Iter Constitutivo. IV. El abandono del iter constitutivo y sus implicancias. V. Colofón.

I. INTRODUCCION

El denominado período formativo o iter constitutivo de la Sociedad Anónima, no responde a ningún tipo de categoría legislativa, ni a ninguna disciplina especial o genérica.

La L.S. no trae un Capítulo o Sección aplicable a la etapa fundacional, solo los arts. 38, 182, 183 y 184 de la mencionada ley refieren a este tema, que no significa que el legislador haya previsto un régimen para las denominadas *sociedades en formación*, sino que al decir de Etcheverry⁽¹⁾ no configura un sistema de irregularidad, sino una estructura imputativa de responsabilidad para el caso en que se realicen actos de constitución y actos de gestión empresarial.

El nuevo art. 183 de la L.S. da corte a la ardua discusión acerca de la Naturaleza Jurídica de la sociedad anónima durante el iter constitutivo, ya que es claro en reconocerla en forma expresa como un centro imputativo de derechos, toda vez que como expresa Dasso⁽²⁾ aparece ahora también imputada la sociedad en formación, que cobra así personería. En este sentido debe recordarse que el art. 183 expresa "Los directores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad....".

En este estado Richard⁽³⁾ enfatiza que si hubo atribución patrimonial, la sociedad será sujeto de Derecho por imperio del art. 2 de la ley 19.550, solución que debemos defender para resguardar a los terceros que contraten con la sociedad.

Esta atribución de personalidad que consagra nuestro ordenamiento Jurídico, que no vincula la inscripción registral con la adquisición de la personalidad, ya que

1) Raúl Aníbal ETCHEVERRY, "El Régimen actual sobre sociedades Irregulares y de Hechos y sus diferenciación con las sociedades en formación", en R.D.C.O. año 18 Pág. 681.

2) Ariel Angel DASSO, "La Sociedad Anónima en la ley de Reformas 22903", Pág. 33.

3) Efraín Hugo RICHARD, "Sociedad y contratos asociativos", Pág. 211.

la registraci3n a la que hace menci3n el art. 7 de L.S. s3lo es a los fines de considerarla regularmente constituida, contrasta con la legislaci3n continental Europea prevaliente donde someten el nacimiento del sujeto de derecho a la Inscripci3n Registral, d3ndole el car3cter de constitutiva de personalidad ⁽⁴⁾.

Nuestra Jurisprudencia como tambi3n la doctrina ⁽⁵⁾ tuvo una tendencia a considerar a la sociedad en formaci3n como una sociedad irregular o aplicable a aquella el r3gimen previsto para las sociedades irregulares, concepci3n que a mi entender encuentra reparos insoslayables y que fuera magnificamente desvirtuada por Man3vil ⁽⁶⁾, y que tanto Anaya ⁽⁷⁾ como Farina ⁽⁸⁾ con mucha claridad explican las principales diferencias por la cu3l es err3neo suponer que a una sociedad An3nima en formaci3n se le pueda aplicar el r3gimen establecido para las sociedades irregulares, tema con una implicancia pr3ctica singular.

II. CAPACIDAD

Corresponde ahora, ya superada la identificaci3n que se hac3a de la sociedad an3nima en formaci3n con la sociedad irregular, el estudio de la actividad ha desarrollar por este sujeto de derecho.

4) Puede verse una excelente reseña de legislaci3n comparada en Jaime L. ANAYA, "Las sociedades en formaci3n ante el Decreto-Ley 19550", en R.D.C.O. 1976 a~o 9 P3g.262.

5) Criterio sostenido entre otros por Alfredo L. ROVIRA, "Las Sociedades en Formaci3n. Reflexiones respecto del R3gimen Jur3dico aplicable. Un 3specto que afecta el R3gimen de los acreedores sociales y personales: la inscripci3n preventiva", ponencia presentada en el 1er. Congreso de Derecho Societario celebrado en La Cumbre, C3rdoba, Agosto de 1977; SOLARI DEL VALLE, "Trascendencia de la falta de inscripci3n sobre la situaci3n jur3dica de la sociedad", Revista del notariado, may.-jun. 1971 P3g. 825; Carlos ALCONADA ARAMBURU, "Acciones de los terceros contra los fundadores y la sociedad constituida de manera definitiva, provenientes de los actos realizados durante el per3odo de formaci3n de las sociedades an3nimas", L.L. T 84 P3g. 744.

6) Rafael Mariano MANOVIL, "La sociedad an3nima en formaci3n no es una sociedad irregular", ponencia presentada en el 1er. Congreso de Derecho Societario, celebrado en La Cumbre, C3rdoba, Agosto 1977.

7) Jaime L. ANAYA, ob. cit. "...conforme a la disciplina legal de 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); en tanto que los promotores, fundadores y directores se liberan de las obligaciones referentes a los actos de constituci3n una vez que la sociedad se inscriba (art. 184). Por otra parte los socios irregulares pueden provocar la disoluci3n de la sociedad en cualquier momento (art. 22), disoluci3n que es ajena, en cambio, a las atribuciones de cada fundador o promotor mientras se cumpla regularmente el iter constitutivo. Tampoco son conciliables los r3gmenes de representaci3n, pues en la sociedad irregular cualquiera de los socios representa a la sociedad (art. 24), lo que no ocurre en el caso de la sociedad an3nima en formaci3n, seg3n resulta del art. 167, tercer apartado...".

8) Juan M. FARINA, "Tratado de Sociedades Comerciales" T II B P3g. 88.

El legislador del año 83 consagró en forma expresa a la sociedad anónima en formación como un centro imputativo de derechos, autorizándola a realizar actividades que pueden extenderse no solamente a los actos necesarios para la inscripción definitiva, si no también aquellos comprendidos dentro de su objeto social.

No se comparte la idea de que la sociedad sea irregular o en formación, según realice o no actividad comercial o si se quiere actos que importen la actuación del objeto social⁽⁹⁾, ya que como bien señala Etcheverry⁽¹⁰⁾ esto no surge del sistema legal vigente; y ha sido expresamente desvirtuado por la actual lectura del art. 183 ("expresamente autorizada").

Es erróneo suponer que una sociedad en vías de formación por su accionar se advenga en irregular. La realización de actos que excedan los necesarios para la constitución de la sociedad, no están prohibidos, sino sometidos a reglas específicas de responsabilidad, y es por ello que la sociedad una vez inscripta puede asumir *los actos no autorizados* constitutivamente conforme el art. 184 de la ley 19.550, a más de los que son imputables *originariamente* a la sociedad por haber estado expresamente autorizados en el acto constitutivo de acuerdo al art. 183 de la mencionada ley.

Este régimen para la sociedad anónima, que limita la imputación a la sociedad, a los actos que expresamente se hubieran especificados en el acto constitutivo, difiere a lo previsto para los demás tipos societarios, ya que en estos se le imputan a la sociedad todos los actos realizados durante el período fundacional⁽¹¹⁾.

Es fundamental mantener el principio de la capacidad de la sociedad en formación, pues como dice Richard⁽¹²⁾ "*siendo la capacidad uno de los atributos y efectos de la personalidad o del sujeto de derecho, y debiendo surgir las incapacidades de normas expresas, no puede limitarse la misma...*". Y esto es de gran importancia para el supuesto, práctico que trae a colación Anaya⁽¹³⁾ transcribiendo a Ferrer-Correira, de un aporte consistente en un establecimiento en marcha, ya que en tal caso la paralización de sus actividades generada por la demora en la inscripción de la sociedad, podría producir graves perjuicios por supuestos dogmas jurídicos.

No podemos aceptar la calificación de sociedad irregular a esa sociedad que está lícitamente en formación, honradamente en formación y que se ve obligada

9) José Ignacio ROMERO, "Sociedades Irregulares y de Hecho", Pág. 102.

10) Raúl Aníbal ETCHEVERRY, ob. cit. al p.1.

11) Raúl Aníbal ETCHEVERRY, "Sociedades Irregulares y de Hecho", sostiene que las soluciones previstas en los arts. 183 y 184 se deben aplicar por analogía a los restantes tipos regulares societarios.

12) Efraín Hugo RICHARD, ob. cit. Pág. 213.

13) Jaime L. ANAYA, ob. cit.

a entrar en operaciones porque no puede clausurar el negocio y cerrar una empresa que debe continuar.

III. COMIENZO Y FIN DEL ITER CONSTITUTIVO

Como ya manifestáramos con anterioridad, no existe una sección o capítulo aplicable a la sociedad Anónima en formación en la L.S., de donde surja una disciplina especial aplicable a este período.

La ley no aclara que debe entenderse por "Período Fundacional"; desde cuando se enmarca el comienzo y el final del período formativo, que tiene importancia a los fines de aplicación del art. 22.

Tema controvertido en doctrina correspondió a la determinación del comienzo del período fundacional, si se trataba desde la firma del acto constitutivo⁽¹⁴⁾ o bien a partir de la presentación ante la autoridad de contralor⁽¹⁵⁾. Siguiendo a Anaya⁽¹⁶⁾, entiendo que el punto de partida debe resultar de un acto inequívoco por el cual se manifieste ante los terceros la iniciación de los procedimientos, que en la constitución por acto único resultará del otorgamiento de la escritura pública, y en la constitución por suscripción pública de la firma del programa. Con mayor facilidad se puede apreciar que la etapa del iter constitutivo concluye con la inscripción de la sociedad en el Registro (art. 7 Ley 19.550).

IV. EL ABANDONO DEL ITER CONSTITUTIVO Y SUS IMPLICANCIAS

Ahora es conveniente hacer algunas consideraciones, con respecto a la postura antes asumida. A la firma del contrato de constitución se le debe añadir el requisito del pedido de registración ante la autoridad de contralor en los términos del art. 39 del Cód. de Com. por imperio del art. 5 de la L.S., sin que esto implique sostener la posición que también considero equivocada de la tempestividad del trámite, ya que vencido el término previsto por el art. 39 del Cód. de Com. si la presentación fuese tardía, la petición de inscripción podrá hacerse siempre que no

14) Opinión entre otros sostenida por Juan M. FARINA, Ob. cit.; Eduardo M. FAVIER DUBOIS (h), "La Sociedad Anónima en Formación y la vigencia de las Reglas del Tipo entre los socios", E.D. 133-220.

15) Como lo sostiene Ricardo A. NISSEN, "Ley de Sociedades Comerciales, comentada, anotada y concordada", T II Pág. 184.

16) Jaime L. ANAYA, Ob. cit.

exista la oposición de parte interesada prevista por la mencionada norma.

Sin perjuicio de ello, como bien expresa Otaegui⁽¹⁷⁾, es evidente que no basta con iniciar el trámite citado sin proseguirlo razonablemente. Por que así como antes desvirtuamos la corriente que sostenía que la sociedad era irregular o en formación, según realice o no actividad negocial, desde otro punto de vista, debemos afirmar que la sociedad en formación que por alguna razón interrumpe las etapas de constitución en forma definitiva se deviene en irregular por abandono del íter. Como vemos, aquí la irregularidad tiene el carácter de sobreviniente porque nace del abandono del íter constitutivo. Pero es preciso señalar, que el factor desencadenante es el *abandono definitivo*, sin importar la exorbitancia del trámite constitutivo⁽¹⁸⁾, que en innumerables ocasiones se debe a aspectos burocráticos, siendo lo esencial como vuelvo a repetir, para juzgar abandonado el íter constitutivo la evidencia del abandono definitivo⁽¹⁹⁾ del trámite sin importar la inobservancia de plazos legales, tornándose en una cuestión de hecho que deberá ser considerada de un modo objetivo, tema que analizaremos posteriormente.

En consecuencia la sociedad en formación debe efectuar el pedido de registración ante la autoridad de contralor, en los términos del art. 39 del Cód. de Comercio, conservando así ese carácter mientras el proceso formativo se lleve a cabo prosiguiendo razonablemente con las etapas de constitución, teniendo en consideración que es jurisprudencia constante de nuestros tribunales, la perentoriedad de la tramitación constitutiva a quien se halle con facultades para hacerlo⁽²⁰⁾.

Ni la ley 19.550 ni la 22.903 han deslindado debidamente una precisión temporal luego de la cuál la sociedad anónima en formación se convierte en irregular por frustración del íter constitutivo; y la necesidad de determinar la oportunidad o el momento de tal conversión es de difícil concreción, que en nuestra opinión coincidente con la de Etcheverry⁽²¹⁾ dependerá de un criterio prudente, que estime abandonado el íter por los socios, en una actividad voluntaria, sea por determinación explícita o por negligente inacción. O sea, a través de un criterio objetivo, del cuál se extraiga de la voluntad de las partes, en forma clara y acabada la verificación del abandono del proceso de constitución.

17) Julio OTAEGUI, "Invalidez de Actos societarios", R.D.C.O.

18) Conforme lo señala entre otros Horacio FARGOSI, "Sobre el domicilio.....", L.L. 1975-C-290, la exorbitancia del íter constitutivo importaría la caída en irregular.

19) Criterio seguido por el Dr. Enrique Manuel BUTTY en fallo del 31 de Agosto de 1982, en "Expreso Maipú S.A.C.I. y F. c/ Etcarba S.A. (en formación)".

20) CN Com., Sala A, Diciembre 17-976, "Química 2.000 S.A.", L.L. XLII, N.º 135; resumido en E.D. 72-231.

21) Raúl ETCHEVERRY, "Sociedades Irregulares y de Hecho", Pág. 168. RY, "Sociedades Irregulares y de Hecho", Pág. 168. ho", Pág. 168. 000 S.A.", L.L. XLII, N.º 135; resumido en E.D. 72-231.

Será el Juez, quien en definitiva tenga la última palabra para apreciar, basado en cuestiones de hecho y de oportunidad, si una sociedad anónima en formación ha quedado convertida en sociedad irregular por interrupción definitiva de su íter constitutivo de manera evidente y permanente.

V. COLOFON

Intentaré asentar algunas conclusiones que surgen de las apreciaciones anteriores.

1) La Sociedad Anónima en formación es un Sujeto de Derecho conforme el alcance del art.2 de la ley 19.550, y las limitaciones imputativas del art. 183, que no rigen para los demás tipos societarios.

2) En la realización de aquellos actos, no sólo tendientes a la constitución definitiva, sino también los comprendidos dentro de su objeto social, se atribuye una estructura imputativa con reglas específicas de responsabilidad, en protección de los terceros.-

3) La Sociedad Anónima en formación, no es ni de hecho ni irregular, ni tampoco sociedad regular, sino que lo que está en formación es su regularidad, la adopción de un tipo regular.

4) La etapa fundacional, no representa a un tipo, o clase de ente colectivo; si no que representa el espacio temporal necesario a fin de alcanzar la regularidad de ese ente creado por el mero acuerdo de voluntades de los socios.

5) La sociedad en formación es la misma sociedad para lo cuál los socios dieron su consentimiento, que eventualmente puede llegar a ser irregular si se interrumpe de modo definitivo su íter constitutivo.

6) El criterio de determinación del abandono definitivo del íter constitutivo, debe obedecer a un análisis objetivo de constatación de la voluntad de los socios componentes.-

7) Dentro de este marco apuntado, y debido a la existencia de pocas previsiones concretas sobre el íter constitutivo que demuestran carencias notables, consideramos conveniente la creación de una normativa general de este período para todos los tipos societarios, que mantenga normas claras, a fin de regular la complejidad de las situaciones derivadas de los actos cumplidos durante este lapso, tanto en interés de la sociedad y de los socios, como también de los terceros.