

Comisión II.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN FORMACIÓN
NO ES UNA SOCIEDAD IRREGULAR

RAFAEL MARIANO MANÓVIL.

I. *Introducción.*

El tema de la naturaleza jurídica de las sociedades en formación, y en especial de las anónimas, ha provocado en el derecho universal una amplísima polémica, excelentemente reseñada, entre otros, en un trabajo del Dr. Carlos R. Alconada Aramburú¹.

Se ha dicho, así, que existiría una representación de la persona por nacer, un mandato, una gestión de negocios, una estipulación por otros, una promesa del hecho de otro, la constitución de obligaciones unilaterales, un contrato *sui generis*, una sociedad provisional, una sociedad de hecho, una sociedad irregular, etc.

Todas estas teorías han sido objeto de críticas, la más importante de las cuales consiste en que se trata de construcciones un tanto forzadas para lograr un encasillamiento que muchas veces resulta inadecuado.

Incluso la tesis de una sociedad provisional de naturaleza irregular cuyo objeto sería la constitución de la sociedad definitiva resulta, en mi opinión, y pese a la muy autorizada doctrina que la sostiene², pasible de esa crítica.

El objeto de este trabajo no es volver sobre esta polémica, sino efectuar las necesarias precisiones, dentro de nuestro ordenamiento legal, para desvirtuar la muy corriente afirmación doctrinaria y so-

¹ *Acciones de los terceros contra los fundadores y la sociedad constituida de manera definitiva, proveniente de los actos realizados durante el período de formación de las sociedades anónimas* ("L.L.", t. 84, p. 744).

² La han sostenido, entre otros, Alconada Aramburú (ob. cit.), Garo, Segovia, etc.

bre todo jurisprudencial de que la sociedad anónima en formación es una sociedad irregular.

El tema es de una relevancia práctica singular, ya que ello compromete la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios y administradores por todos los actos realizados hasta la inscripción del acto constitutivo en el Registro Público de Comercio, además de otras consecuencias igualmente graves, cual es, por ejemplo, que si la sociedad fuera realmente irregular, todas las previsiones contractuales sobre atribución de funciones y designación de los administrados, quedarían sin virtualidad, atento a lo dispuesto en el art. 24 de la ley 19.550.

El problema puede ser planteado en estos términos: con frecuencia los socios o los administradores de las sociedades que se constituyen deciden, antes de estar completo el trámite que desemboca en la inscripción en el Registro Público de Comercio, comenzar a ejercer la actividad designada en el objeto social. Ello implica, de conformidad con nuestro régimen, una responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios por esa actuación. Si los socios consintieron con esa actuación, indudablemente el problema no es tal, porque sabían a qué atenerse al consentir la actuación prematura. Pero ¿qué si los socios no consintieron, ni expresa ni tácitamente, en la actuación de la sociedad en formación? ¿Están inexorablemente sometidos a esa responsabilidad? ¿Cuál es el límite de ella? ¿Qué pueden hacer? ¿Existe algún medio para no permanecer sometidos a la mala fe de sus consocios o de los administradores designados? ¿Quién puede comprometer su responsabilidad?

El encasillamiento de la sociedad en formación como sociedad irregular implicaría proporcionar a estos interrogantes una serie de respuestas que exceden del marco de la responsabilidad establecido en la ley; la estricta aplicación de ésta permite realizar las necesarias distinciones que resultan en un sistema más ecuánime, sin por ello perder de mira el principal interés protegido, que es el de los terceros que han contratado con el ente en formación.

II. *Precisiones necesarias.*

Así planteado el problema, haré un sintético análisis de diversos conceptos jurídicos que están en juego en el caso.

A) *Falta del consentimiento para constituir una sociedad irregular.*

Ante todo, interesa destacar que para la existencia de cualquier clase de sociedad, uno de los requisitos esenciales es el consentimiento, libre de vicios, de todos y cada uno de los socios.

El alcance que debe tener el consentimiento prestado por el socio no se agota en la mera declaración de su voluntad de ser socio. El consentimiento debe necesariamente comprender todos y cada uno de los puntos que hacen a la definición de la sociedad concreta que concurre a constituir: las personas de los consorcios, el capital social, los aportes de cada uno, la forma de organizarse la administración, la fiscalización y el gobierno sociales, el tipo societario elegido, etc., todo lo cual configura, sin dejar lugar a dudas, un consentimiento calificado³. El consentimiento calificado comprende, necesariamente, la determinación de la condición regular de la sociedad que el socio consiente en constituir. No es lo mismo consentir en la constitución de una sociedad anónima que convertirá al socio en accionista, con la consiguiente limitación de responsabilidad y garantías para sus derechos derivados de la complejidad organizativa propia del tipo elegido, que consentir en ser socio colectivo con las responsabilidades consiguientes o, mucho menos, integrar una relación societaria de hecho o instrumentada en forma precaria, que no puede ser inscrita en el Registro Público de Comercio.

De ello resulta ya una primera conclusión:

El consentimiento prestado para ser socio de una sociedad formada conforme a las previsiones de uno de los tipos regulares, no implica prestar consentimiento alguno para ser socio de una sociedad irregular.

Falta así uno de los elementos primordiales para la existencia de la sociedad irregular: el consentimiento de los socios.

Más abajo, capítulo III, demostraré que falta otro de los elementos esenciales para la existencia de cualquier sociedad, incluso irregular: el patrimonio, atributo y consecuencia de la personalidad.

B) *Diferencias entre la sociedad en formación y la sociedad irregular.*

³ "Tratándose de sociedades el consentimiento ha de recaer sobre el objeto y medios para realizarlo. No bastará obligarse a constituir una sociedad, pues tratándose de crear una persona jurídica es necesario que los que la constituyen se obliguen a aportar bienes o industria que constituya el fondo común" (J. Ponsa Gil, *Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros*, Barcelona, 1923, t. 1, p. 15).

Esta razón es, en mi opinión, decisiva por sí sola para descartar la hipótesis de la existencia de la sociedad irregular. Sin embargo, del análisis comparativo del régimen de las sociedades irregulares con el de las sociedades en trámite de constitución, surgen nuevas diferencias que las hacen inasimilables.

1) La sociedad irregular puede ser disuelta por la voluntad de cualquiera de los socios, liquidándose conforme al régimen de las sociedades regulares. La sociedad en trámite de constitución, en cambio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la ley 19.550 y el art. 39 del Código de Comercio, no puede ser disuelta en los quince primeros días desde la fecha del otorgamiento del contrato constitutivo. Tampoco puede exigirse su disolución después de ese lapso, si el contrato fue presentado a la inscripción. Recuérdese, al respecto, que el citado art. 39, *in fine*, dice que "después de este término sólo podrá hacerse la inscripción, no mediando oposición de parte interesada". O sea que la oposición debió haberse producido antes de la presentación. Luego ella ya no es posible, y por ende no resulta aplicable la facultad disolutoria de los socios. Además de surgir ello claramente del texto legal, ello es consecuencia lógica del principio general del art. 1198 del Código Civil, en cuanto al cumplimiento de buena fe de los contratos, o sea, el principio que los contratos se celebran para ser cumplidos. Cundiría la inseguridad si se admitiera que los socios pudieran retractarse de su voluntad asociativa cuando les pluguiera.

Es esto una nueva razón para sostener que la sociedad en formación no es una sociedad irregular.

2) Podría objetarse lo afirmado, argumentando con la definición de sociedad irregular contenida en el art. 21 de la ley 19.550. Se dice en esta norma que "las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente, quedan sujetas a las disposiciones de esta sección". ¿Quiere esto decir que están sometidas al régimen de esa sección las sociedades en trámite de constitución? El tiempo de verbo empleado es indicativo de que se trata de sociedades que *permanecen* en situación de falta de regularidad, no de aquellas que están en trámite dinámico para lograr su constitución.

Al respecto, para esclarecer cuándo se presenta un caso y cuándo el otro, no queda otra alternativa que remitirse a las circunstancias concretas de cada caso. A falta de pautas legales precisas sobre cuándo se hace aplicable el régimen de la irregularidad y cuándo no, en especial en punto al derecho del socio a exigir la disolución, me

adhiero al criterio de razonabilidad propuesto por Suárez Anzorena. Señala este autor que el socio no puede solicitar la disolución del ente "mientras el proceso legal de inscripción sea razonable en su marcha"⁴.

III. *El régimen de las sociedades anónimas en formación.*

Ello sentado, corresponde entrar en la médula del tema propuesto.

El art. 183 de la ley de sociedades establece la responsabilidad de los fundadores y de los directores de la sociedad anónima en caso de constitución simultánea de ella. Esta responsabilidad es ilimitada y solidaria por los actos practicados; comprendiéndose entre ellos las obligaciones referentes a los actos de constitución, como también las demás que eventualmente hayan contraído en el ejercicio de actividad que corresponda al objeto social.

La primera responsabilidad es transitoria, ya que inscrita la sociedad, ésta se hace cargo de las obligaciones liberándose los fundadores y directores. Ello demuestra, una vez más, que la responsabilidad se rige por principios distintos e incompatibles con el régimen de las sociedades irregulares, en las cuales los socios no pueden liberarse de ninguna de sus responsabilidades.

Las obligaciones que no hacen a la constitución misma de la sociedad, en cambio, permanecen en cabeza de los fundadores y directores: la sociedad no las asume —excepto que lo haga por acto expreso, en cuyo caso tampoco se desobligan aquéllos— y los terceros tendrían tan sólo contra la sociedad definitivamente constituida una acción de enriquecimiento, como agudamente lo señala Halperin⁵.

Esto lleva a otra reflexión: si el principio es la no asunción de la responsabilidad por la sociedad, no cabe duda que ello es en beneficio del principio de preservación e intangibilidad del capital social. O sea que se presupone que el capital de la sociedad regular no es el capital de la sociedad irregular que supuestamente la precede. ¿Cuál sería, entonces, el patrimonio de la sociedad irregular?

Es indudable que cuando se realizan actos propios del objeto de la sociedad, o sea, cuando se comienza a actuar antes de la ins-

⁴ Carlos Suárez Anzorena, *Personalidad de las sociedades*, en *Cuadernos de derecho societario*, t. I, p. 147.

⁵ *Sociedades anónimas*, Depalma, 1974, p. 112, donde también se cita un fallo coincidente de la Cám. Com., Sala A, 11/3/69, "R.D.C.O.", 1970, p. 720.

cripción regular de la sociedad, ello se hace con el patrimonio de ésta, o sea, con los aportes de los socios. Si así no fuera, si se preservara la integridad del capital inicial de la futura sociedad regular, y la actividad se desarrollara con nuevos aportes de los socios, es indudable que existiría una sociedad irregular absolutamente distinta e independiente de la que se está constituyendo, con lo que toda discusión posible sobre el particular desaparecería.

Pero si la sociedad en formación que se dice irregular no tiene un patrimonio propio, sino que utiliza el de la futura sociedad regular, que la ley intenta preservar, no haciendo recaer sobre él los efectos de su administración prematura, nos encontramos con que a la supuesta sociedad irregular le falta otro de los elementos esenciales que derivan del reconocimiento de su personalidad: no tiene patrimonio.

Si bien el sistema del Código Civil italiano es diferente en algunos matices de esta materia, resulta interesante señalar la posición de Messineo, quien señala que "la responsabilidad ilimitada y solidaria ocupa el lugar de la responsabilidad de la sociedad, la cual sociedad *no existe*, puesto que su constitución está todavía *in itinere*... la responsabilidad... es directa y es la *única* responsabilidad, faltando una responsabilidad social"⁶. Y agrega más adelante: "Puesto que para la sociedad por acciones, la adquisición de la personalidad jurídica depende, declaradamente, de la inscripción en el registro de las empresas y puesto que, faltando tal inscripción, no nace el sujeto jurídico sociedad, de ello se sigue que sin la inscripción, no surgen tampoco obligaciones sociales, o sea, imputables a un objeto-sociedad por acciones, aun cuando las operaciones de las que nacen las obligaciones se realicen en nombre de la sociedad"⁷.

IV. Conclusiones.

Esto me hace extraer las siguientes conclusiones:

a) La sociedad en formación no es una sociedad irregular. Las diferencias entre ambos regímenes son notorias.

b) Si los fundadores y administradores contraen solamente obligaciones referidas a la propia constitución de la sociedad, no tiene siquiera sentido hablar de sociedad irregular; ya que la responsabilidad por ese tipo de deudas desaparece con la inscripción regular.

⁶ Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, EJEA, 1955, t. V, p. 382.

⁷ *Ibíd.*, p. 383.

c) Si los fundadores y administradores comienzan a realizar actividad propia del objeto social, o, dicho en términos más genéricos, comienzan a operar en negocios, se ve comprometido el patrimonio de la futura sociedad regular. Este compromiso implica poner en peligro los principios de preservación e intangibilidad del capital social, tan estricto en las sociedades con limitación de la responsabilidad.

La ley quiere impedir este efecto, y lo hace por medio de gravosas responsabilidades a cargo de directores y fundadores, por presumir su capacidad y deber de evitarlo.

d) Además, establece un régimen especial de responsabilidad porque frente a la apariencia de una sociedad que carece de la adecuada registración, resulta preciso proteger a los terceros a quienes por aquella causa les resulta inoponible la organización que pueda derivar de las constancias del acto constitutivo.

e) La ley, por lo demás, en la disyuntiva de proteger a los socios contra sus consocios y administradores, o de proteger a los terceros, optó por esto último, porque es indudable que, por lo menos, a aquéllos puede acusárseles de haber incurrido en culpa *in eligendo*.

f) Al socio disconforme con la actuación anticipada de la sociedad en su período de formación, debe reconocérsele la facultad de intentar acciones judiciales para hacer cesar esa actuación, incluso las medidas precautorias del caso para prevenir la creación de una responsabilidad que le puede ser personalmente gravosa.

g) A esta situación no se aplican las reglas de la sociedad irregular. Así, el socio no puede exigir la disolución de la sociedad.

h) Tampoco rige el principio del art. 24 de la ley de sociedades en cuanto a la representación de la sociedad por cualquiera de los socios, ni la excepción al principio del art. 26 sobre las relaciones de los acreedores sociales y de los socios, ya que la sociedad en formación puede y debe efectuar la inscripción preventiva del art. 38 de los bienes registrables que recibe como aportes.