

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES INCLUIDAS EN LA SECCIÓN IV Y SU CORRELATO EN LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN.

Romina FURIASSE

Resumen: La modificación a la Sección IV, del Capítulo I, de la ahora llamada Ley General de Sociedades (artículos 21 a 26), introducida por la ley 26.994, dejó a la vista la situación poco equilibrada entre el régimen de responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales de los socios de las sociedades comprendidas en aquella Sección, y la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores y fundadores de la llamada sociedad en formación, la que, no fue modificaba por el legislador de la unificación. En este contexto, la regulación de sociedad en formación quedó desfasada, puesto que sus directores y/o fundadores tienen una responsabilidad más amplia durante la etapa fundacional que los socios de las sociedades no comprendidas en el Capítulo II.

La propuesta de *lege ferenda* más justa y razonable es que la responsabilidad de los fundadores y directores durante la etapa fundacional de la sociedad en formación, debe ser la prevista por el art. 24 de la LGS, solución que, propugna el Anteproyecto de modificación a la Ley General de Sociedad, y que, creemos la más equilibrada hasta tanto ello ocurra, teniendo en cuenta la interpretación sistémica que demanda el art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras Claves: Sociedad en formación – Sociedad irregular – Responsabilidad mancomunada – Responsabilidad solidaria.

Abstract: The modification to Section IV, of Chapter I, of the now called General Law of Societies (articles 21 to 26), introduced by law 26,994, revealed the unbalanced situation between the joint liability regime and by equal parties of the partners of the societies included in that Section, and the unlimited and joint responsibility of the directors and founders of the so-called society in formation, which, was not modified by the unification legislator. In this context, the regulation of a company in formation was outdated, since its directors and / or founders have a broader responsibility during the foundational stage than the partners of the companies not included in Chapter II.

The proposal of *lege ferenda* fairer and more reasonable is that the responsibility of the founders and directors during the foundational stage of the society in formation must be that foreseen by art. 24 of the LGS, a solution advocated by the Proposed Draft Amendment to the General Company Law, and that we believe the most balanced until this occurs, taking into account the systemic interpretation required by art. 2 of the Civil and Commercial Code of the Nation.

Key words: Company in formation - Irregular society - Joint responsibility - Joint and several liability.

I) ALCANCE

Si bien han transcurrido más de 4 años desde la reforma introducida por la ley 26.994 al régimen societario al sancionarse el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y se han suscitados profundos debates³⁵³ en torno a un aspecto trascendental como fue la modificación de la Sección IV, del Capítulo I de la ahora llamada Ley General de Sociedades, artículos 21 a 26, no obstante, nos concierne en esta oportunidad analizar la situación poco equilibrada que se presenta entre el

³⁵³Entre otros, y de manera sucedánea a la reforma, pueden citarse los generados en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en septiembre de 2016 por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo.

régimen de responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales de los socios de las sociedades comprendidas en aquella Sección, y la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores y fundadores de la llamada sociedad en formación, la que, no fue modificada por el legislador de la unificación.

Se nos presenta una zona gris, donde *prima facie* ante un mismo supuesto pueden aplicarse dos regímenes de responsabilidad totalmente distintos, toda vez que, por un lado, se mantiene el texto de los arts. 183 y 184 de la ley LGS, y se configura fácticamente una coincidencia temporal entre la sociedad en formación y la sociedad no constituida regularmente, cuya diferenciación radica -en un principio- por el abandono voluntario y definitivo del proceso inscriptorio.

La doctrina se esforzó por esbozar las notas distintivas que existían entre una sociedad irregular y una sociedad en formación, a los fines de evitar que estas cayeran bajo el duro régimen aplicable a la irregularidad, y la jurisprudencia contemporánea acompañó la tesis de la diferenciación. Sin embargo, la pérdida del carácter sancionatorio de las normas contenidas en la Sección IV del Capítulo I de la LGS, hacen necesario rever la responsabilidad aplicable para quienes constituyeron una sociedad anónima y realicen actos propios del objeto social durante el *"iter constitutivo"*, en mérito de equilibrar la posición un tanto desfavorable de los directores y fundadores de la sociedad en formación respecto de los socios de las "sociedades no regulares" comprendidas en el Capítulo I, Sección IV de la LGS.

Adelantamos que la solución más acertada es la que propugna el Anteproyecto de modificación de la Ley General de Sociedades presentado en junio del año pasado ante el Senado de la Nación por la Comisión designada al efecto por el Decreto DPP N° 58/18 del H. Senado de la Nación, sin embargo, nos preguntarnos qué ocurre en el mientras tanto.

Previo a ello, resulta necesario introducirnos en el encuadre normativo dado a cada supuesto.

II) BREVE REFERENCIA AL ANTIGUO Y ACTUAL RÉGIMEN DE LAS "SOCIEDADES DE LA SECCIÓN IV"³⁵⁴

La reforma al régimen de las llamadas "sociedades no constituidas regularmente", implicó un cambio de paradigma, dado que se abandonó el carácter persuasivo y sancionatorio de un sistema que, "empujaba" a aquellas sociedades a la inscripción.

³⁵⁴ NISSEN, hace un resumen de las distintas denominaciones que la doctrina dio a estas sociedades: "VITOLLO por ejemplo las llamas "sociedades simples o libres" (Vitolo, *La Ley de Sociedades reformada por la que sancionó el Código Civil y Comercial*, LL, ejemplar del 27/10/14), mientras que ROITMAN prefiere denominarlas "residuales (Roitman, "Las Sociedades", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio C. Rivera (dir.).-Graciela Medina (coord.), 2012, concepto que ratifican en ROIMAN-AGUIRRE-CHIAVASSA, *Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, "Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación"). SOLEDAD RICHARD, por su parte, las identifica como "sociedades simples" o "sociedades no regulares" (Richard, *El régimen de las sociedades no regulares en el Proyecto de Reforma en "Doctrina Societaria y Concursal"*, jul. 2012, t. XXIV, p. 621 y siguientes) y FAVIER DUBOIS -padre e hijo- las identifican como "sociedades informales" (Favier Dubois (P) – Favier Dubois (H), *Los sujetos obligados a llevar contabilidad en el texto del Código Civil y Comercial en trámite*, en "Doctrina Societaria y Concursal", n° 302, ene. 2013, ps. 23 a 41.). Por mi parte, y en compañía de PILAR RODRIGUEZ ACQUARONE, en un trabajo presentado en el año 2012 en el "Primer Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", las identificamos como "sociedades simples", entendiendo que el término "residual" no define, con la necesaria exactitud la naturales de estas entidades, que no son residuo de otras sociedades regularmente constituida sino entidades que nacen con el consentimiento de todos sus integrantes sin vinculación con otra persona jurídica", NISSEN, Ricardo "Curso de Derecho Societario- La Ley 19.550 con las reformas efectuadas por la Ley 26.694 y su adecuación al Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, 3ªed. Actualizada, 2016, pág. 203.

Dentro de ese esquema disuasivo cobraban protagonismo:

- La inoponibilidad entre los socios y frente a terceros del contrato social.
- Como consecuencia de esa inoponibilidad, cualquier socio podía no respetar el plazo de duración y pedir la disolución.
- La responsabilidad ilimitada, solidaria y directa de los socios.
- La imposibilidad de ser titulares de bienes registrables.³⁵⁵

Era evidente el propósito del legislador de la Ley de Sociedades Comerciales en cuanto a desalentar la constitución de este tipo de sociedades (que a la postre existían, y en cantidad), conduciéndolas a través de una regulación “punitiva” a la inscripción registral para surtir los efectos propios de la publicidad.³⁵⁶

En cambio, la regulación actual atenúa considerablemente el tinte sancionatorio, con una clara aceptación hacia el mundo de lo no registrado.³⁵⁷

Estas características se visualizan principalmente en la oponibilidad del contrato entre los socios, en un régimen de responsabilidad mancomunada por partes iguales que en principio relega la solidaridad, y que elimina la responsabilidad directa de los socios, en la posibilidad de que estas sociedades puedan inscribir bienes registrables a su nombre y en la soslayada disolución a

³⁵⁵ La doctrina y la jurisprudencia no fueron uniformes respecto a este tema. Así nos decían Richard y Muiño al analizar este punto: “El tema -altamente opinable- genera el espinoso linde entre la sociedad en formación y la sociedad irregular cuando en aquella se abandona el iter constitutivo o se afrontan los negocios sociales normales, según discrepancias doctrinarias. Máxime frente a previsiones como las del art. 26 que parecen excluir la titularidad de bienes registrables a sociedades irregulares...A pesar de que parte de la doctrina y la jurisprudencia siguen entendiendo que las sociedades irregulares o de hecho no pueden adquirir bienes registrables, y por ende, las adquisiciones en estos supuestos deben tenerse como de propiedad de quien figura registrado el dominio (SCBA 16/11/82, DJBA, 124-325). También se ha resuelto que si bien es cierto que las sociedades irregulares no pueden inscribir a su nombre lo bienes registrables por razones de identificación, así como que respeto de tales bienes los acreedores sociales no tiene preferencia sobre las particulares de los socios, no es menos cierto que entre los socios pueden probar que tales bienes forman parte del patrimonio social y se hallan, en consecuencia, sujetos a las relaciones derivadas de la sociedad (CNCom, Sala A, 11/12780, E.D. 100-456 del fallo de primera instancia). Creemos que no es esa la lectura del art. 26 de la L.S.C. Si el aporte registrable es definitivo (art. 38 L.S.C.) la sociedad, aunque no se regularice sería titular registral del bien. No tenemos duda de ello; el art. 26 de la L.S.C. significa que para determinar si un bien registral es o no de la sociedad habría que estar a lo que esté inscripto. No aceptamos tal supuesto de incapacidad de registrar bienes a su nombre. Negar tal posibilidad llevaría a la errónea conclusión de que el aportante no detenta calidad de socio, dado que el aporte es presupuesto básico para asumirla. Al tratarse de un bien que integra el patrimonio de la sociedad, deberá incluirse en su liquidación (CNCom, Sala B, 29/11/88 L.L. 1989-B-440 y D.J. 1989-1-1077) RICHARD Efraín H. y MUIÑO, Orlando M., “Derecho Societario”, Astrea, 1997, pág.911.

³⁵⁶ MANÓVIL, Rafael en “Algunas de las reformas al Régimen Societario en el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial”, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 13/11/2012, LA LEY 2012-F, al respecto nos dice: “El disfavor con que los padres de la L.S.C. trataron a las sociedades no constituidas regularmente para incentivar el uso de las formas típicas, se tradujo en algunos efectos extremadamente severos: la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios por todos los pasivos sociales, la de quienes contratan con la sociedad, la indiscriminada potestad de cualquier socio para obligar a la sociedad, su facultad de exigir en todo tiempo la disolución de la sociedad y, sobre todo, la inoponibilidad e inexigibilidad del contrato social tanto a terceros como entre los socios. Calificada doctrina reaccionó contra esta extrema severidad, particularmente porque este último rasgo, contrario al principio general de la fuerza obligatoria de contratos, podía ser visto como un premio a la mala fe de quien no quisiera cumplir con sus obligaciones. Fue así que en los tres Proyectos se estableció que el ‘contrato social podrá invocarse entre los socios’ (art. 22, segundo párrafo, apenas distinto del actual). Y es oponible a los terceros ‘cuando se pruebe que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria’ (texto idéntico en los tres proyectos)”.

³⁵⁷ PULIAFITO, Gladys Josefina, “La responsabilidad de los socios en las sociedades comprendidas en el capítulo I, sección IV de la LGS”, Ponencia publicada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo 2, pág. 1102.

requerimiento de alguno de los socios en el caso en que exista un plazo de duración de la sociedad.

La nueva regulación otorga la posibilidad de que los socios puedan hacer valer plenamente entre ellos los derechos y obligaciones que emanen del contrato social, desde el nacimiento mismo del sujeto de derecho y no solamente en la etapa liquidatoria, como lo planteaba el régimen anterior. También otorga oponibilidad del contrato frente a terceros siempre que se acredite que estos últimos lo conocían al momento de la contratación o nacimiento de la relación obligatoria. Los terceros pueden invocarlo contra la sociedad, los socios y los administradores. Se da lugar así, a una publicidad por conocimiento efectivo del tercero.

El artículo 22 de la LGS, otorga operatividad al contenido del contrato social, el que, en la LSC simplemente se reducía en una herramienta para la solución privada de conflictos entre los socios en la etapa liquidatoria, mientras que actualmente se permite que lo voluntariamente pactado cobre plena eficacia para la resolución de las vicisitudes que puedan presentarse y resolverse válidamente a la luz de ello.

II.a) Responsabilidad

El anterior art. 23 de la LSC establecía: *“Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales, sin poder invocar el beneficio del artículo 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social”*.

La falta de inscripción traía apareja para los socios una responsabilidad ilimitada, solidaria y directa.

Actualmente, el art. 24 de la LGS dispone: *“Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten:*

- 1) *De una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones.*
- 2) *De una estipulación del contrato social, en los términos del art. 22.*
- 3) *De las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto de la cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales”*

Vemos como el régimen de responsabilidad se altera radicalmente: se pasa de una responsabilidad ilimitada, directa (no subsidiaria) y solidaria a una responsabilidad también ilimitada, aunque subsidiaria y mancomunada, por partes iguales³⁵⁸.

Es decir, la regla es la responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales, salvo que la solidaridad surja de alguna de las fuentes que prevé el artículo 24.

El art. 825 del Código Civil y Comercial de la Nación define a la obligación simplemente mancomunada como *aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los uno de los otros.*

Por su parte, el art. 827, nos dice que *habrá solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores por cualquiera de los acreedores.*

³⁵⁸RICHARD, Soledad *“La sociedad simple en la Ley General de Sociedades”*, Revista Electrónica Estudios de Derecho Empresario – Escuela comercialista de Córdoba y sus proyecciones (ISSN 2346-9404), Volumen 5, pág. 69.

La contracara de la simple mancomunación es la solidaridad. En la primera, la obligación de responder por las deudas sociales que pesa sobre los integrantes de la sociedad se divide en partes iguales, mientras que en la segunda la prestación no se fracciona y el cumplimiento de su objeto puede ser demanda por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores.³⁵⁹

La responsabilidad de los socios de las sociedades incluidas en la Sección IV, sigue siendo ilimitada, el giro en la regulación de estas sociedades, no modificó tal carácter, y la mancomunación no obsta a que cada socio responda por su propia porción en forma ilimitada con todo su patrimonio.

Y esta responsabilidad mancomunada, también es subsidiaria, por un lado, porque el propio art. 24 elimina la referencia a la “no subsidiariedad” que contenía el viejo art. 23, y por otro, por ser la separación patrimonial un efecto propio del reconocimiento de la personalidad jurídica, efecto que, expresamente consagra el art. 143 del CCC al determinar que *“La persona jurídica tienen una personalidad distinta a la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la Ley especial”*. Y justamente la *“ley especial”* en su art. 24 no dispone que se elimine la subsidiariedad.

Richard, dentro de esta responsabilidad ilimitada aunque mancomunada (en principio), y subsidiaria, hace una distinción: si los socios establecen una forma solidaria con la sociedad en el pago de las obligaciones sociales, donde se produciría una postergación de los acreedores individuales del socio frente a los acreedores sociales, la obligación sería directa y no existiría el beneficio de excusión, mientras que, si se plantea la responsabilidad solidaria entre socios, la responsabilidad no será directa como en el caso anterior, sino subsidiaria, previa excusión del patrimonio social.³⁶⁰

La subsidiariedad se sustenta en el art. 56 de la LGS *“La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social, y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales...”*, por lo que las deudas sociales deben en primer lugar satisfacerse con los bienes del patrimonio de la sociedad y recién después – y ante la insuficiencia de estos - podrá reclamarse los socios.³⁶¹

³⁵⁹En este aspecto, NISSEN sostiene que el legislador al cambiar de solución respecto de la responsabilidad, partió de dos aspectos: *“a) El primero, en la excepcionalidad de la solidaridad en materia civil y comercial, en donde la regla, tratándose de responsabilidad, es la simple mancomunidad y por partes iguales, entre la pluralidad de deudores respecto a una misma obligación; b) El segundo, basado en la incorporación de las “sociedades civiles” al régimen de la irregularidad previsto en los nuevos art. 21 a 26 de la Ley General de Sociedades, cuya responsabilidad, a tenor de las disposiciones del derogado Código Civil, era en principio mancomunada, olvidando sin embargo el legislador de 2014 que el régimen de la mancomunidad podía quedar desdibujado ante lo dispuesto por el derogado art. 1751 del C.C., conforme el cual los socios de las sociedades civiles respondían por las partes de los socios insolventes”*, NISSEN, Ricardo, *“Curso de Derecho Societario-La Ley 19.550 con las reformas efectuadas por la Ley 26.694 y su adecuación al código Civil y Comercial de la Nación”*, Ed. Hammurabi, 3ª ed. Actualizada, 2016, pág. 221.

³⁶⁰RICHARD, Efraín H., *“El régimen de las sociedades no regulares en el Proyecto de Reforma”*, en *“Doctrina Societaria y Concursal”*, 2012, T. XXIV, pág. 621.

³⁶¹RICHARD, Efraín H., CAPDEVILA, Tomás, HEREDIA QUERRO, Sebastián y GUZMAN Dolores, *“Ensayando sobre responsabilidad en las sociedades de la sección IV LGS”*, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en septiembre de 2016 por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, publicado en el T. II pag. 1096. En contra de este argumento, NISSEN Ricardo, *“Curso de Derecho Societario”*, ob. cit., quien sostiene que la responsabilidad de los socios en estas sociedades es directa. Al respecto fundamenta su posición en que *“la excusión de los bienes sociales solo la admite el art. 56 de la Ley 19.550 pero para las sociedades regularmente constituidas...no es presumible en el legislador predicar que el acreedor de la sociedad, respecto a los integrantes de una persona jurídica no regular, deba no solo fraccionar sus derechos creditorios al momento de ejecutar una deuda social, con las dificultades y costo que ello supone, sino que además deba ejecutar previamente los*

Entonces, el principio general es la responsabilidad ilimitada, subsidiaria pero mancomunada en partes iguales, salvo que *la solidaridad* con la sociedad o entre ellos, o una *distinta proporción* resulten de: a) una estipulación expresa respecto de una relación o conjunto de relaciones; b) del mismo contrato social; c) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales.

Y es en este último punto donde enfocamos la atención, dado que, y conforme la ley vigente, si lo que pretendieron constituir es una sociedad anónima y se encuentran transitando el “*iter constitutivo*” la responsabilidad de sus directores y/o fundadores será ilimitada y solidaria por los actos propios del objeto social, mientras la sociedad no esté inscripta. Pero, si en cambio, ese “*iter*” se abandona y caen bajo la regulación de la Sección IV, la responsabilidad de los mismos actores mejorará sustancialmente, puesto que la “*distinta proporción*” surgirá *de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales*, o bien como indica Benseñor³⁶² las reglas de ese tipo definen el marco que los excluye de la solidaridad.

III) LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNDADORES Y DIRECTORES DE LA SOCIEDAD EN FORMACIÓN

La LGS, alude en dos oportunidades a la sociedad en formación. La primera, y referida generalmente a todas las sociedades, se presenta en el art. 38 que dice “*cuando para la transferencia del aporte, se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación*”. La segunda, referida a la sociedad anónima en formación, la encontramos en el artículo 183 y ss. “*... Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscripta*”. Estas disposiciones normativas no han sido tocadas por la Ley 26.994.

El art. 183 de la LGS establece el régimen de responsabilidad propio de los directivos/fundadores de las sociedades durante el período fundacional, régimen que presenta muchas diferencias con el de responsabilidad de los miembros de una sociedad de la Sección IV. Menciona expresamente a la sociedad en formación y fija la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores, y fundadores con aquella “*mientras la sociedad no esté inscripta*”.

El artículo 7 de la LGS, - tampoco reformado por la ley 26.994 - considera regularmente constituida a la sociedad a partir de la inscripción en el Registro Público. Ello significa que la sociedad, como sujeto de derecho, existe desde el otorgamiento del acto constitutivo y con la inscripción

pasa a ser una sociedad regularmente constituida, es decir que se producen plenamente los efectos propios del tipo adoptado (responsabilidad, organización, representación del capital).³⁶³

En consecuencia, si la sociedad no cumplió con las formalidades exigidas por la ley, quedará bajo las reglas de la Sección IV. Sin embargo, el art. 183 habla de otra clase de entidad no inscripta, a la

bienes sociales como requisito indispensable para tener abierta la vía judicial contra los integrantes de dichos entes, con lo cual se coloca a los integrantes de estas particulares sociedades en una especie de paraíso jurídico que me resulta sencillamente intolerable”.

³⁶²BENSEÑOR, Norberto R. “Reforma del Código Civil y Comercial – Unificación Legislativa – Régimen Societario – Principales Características” www.cec.org.ar/doc_reformas_regimen_societario.pdf

³⁶³ CERROTTA, Alfredo, “Sociedad en formación”, Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Nº 853, julio-setiembre 1998, pp. 67-93.

que llama sociedad en formación. El mismo hace referencia a ese periodo que transcurre entre el acto constitutivo de la sociedad y su inscripción en el Registro Público.

Conforme lo expresa la LGS, los actos que pueden realizarse dentro del periodo fundacional son:

- a) Actos necesarios para su constitución: dentro de esta categoría podríamos encasillar a los actos referentes al “*iter constitutivo*”, tales como los aportes dinerarios, la inscripción de aportes de bienes en especie (art. 38 LGS), tramitaciones ante el organismo de contralor, pago de aranceles y honorarios de los profesionales intervinientes, etc.
- b) Actos relativos al objeto social cuya ejecución durante el periodo fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo: son los actos vinculados al objeto social y aquellos preparatorios de la actividad empresaria.
- c) Demás actos: son aquellos no incluidos en los puntos anteriores y que evidentemente no han sido expresamente autorizados en el contrato social.

Por los actos enunciados en a) y b), los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables mientras la sociedad no esté inscrita, y por los restantes actos antes de la inscripción, serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieran consentido.

Una vez producida la inscripción de la sociedad, se produce la liberación de responsabilidad de los promotores, fundadores y directores frente a terceros, toda vez que la sociedad asume los actos enumerados en los puntos a) y b).

En cuanto a los “demás actos” realizados antes de la inscripción y que originariamente no son imputables a la sociedad, se generará una delegación pasiva imperfecta si el directorio resuelve la asunción de los mismo por la sociedad dentro de los tres meses de realizada la inscripción, dando cuenta a la asamblea ordinaria. La asunción por parte de la sociedad no los libera frente a terceros a quienes contrajeron la obligación y, si el directorio no decidiera que la sociedad asuma los “otros actos”, estos no serán imputables a la sociedad. En cambio, si la asamblea desaprobare lo actuado, se mantiene la imputabilidad de dichos actos a la sociedad, pero los directores que decidieron la asunción de la obligación por el nuevo ente, serán responsables solidariamente.³⁶⁴

IV) LA INCONSISTENCIA DE LA DUAL RESPONSABILIDAD LUEGO DE LA REFORMA INTRODUCIDA A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Mucho antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y precisamente con la reforma introducida por la ley 22.903 a la ley 19.550, la doctrina era conteste en considerar que la sociedad en formación y la sociedad irregular eran dos institutos jurídicos completamente distintos y que la realización de actos no autorizados durante el *iter* inscriptorio no convertía a la sociedad en irregular, ya que la sociedad en formación, al decir de Etcheverry³⁶⁵, no configura un sistema de irregularidad, sino de estructura imputativa de responsabilidad para el caso en que se realicen actos de constitución y actos de gestión empresaria.

También la jurisprudencia determinó que durante este periodo fundacional o *iter* constitutivo se está frente a una sociedad típica que se encuentra cumpliendo los recaudos formales tendientes a

³⁶⁴ RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando M. “*Derecho Societario*”, Ed. Astrea, 1997, pág. 415-416.

³⁶⁵ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, “*El Régimen actual sobre sociedades irregulares y de hechos y sus diferencias con la sociedad en formación*”, en R.D.C.O.

lograr la inscripción. En ese lapso no nos encontramos ante una sociedad irregular ni ante un fenómeno corporativo atípico, ya que ambos supuestos no son comparables³⁶⁶. Para que una sociedad en formación no caiga bajo el régimen de irregularidad (locución utilizada con anterioridad a la reforma), se requiere que no exista abandono o interrupción de los pasos tendientes para lograr la inscripción.

La doctrina se ha esforzado por diferenciar a la sociedad en formación de la sociedad irregular, poniendo el acento en las notas distintivas de cada una respecto al régimen de administración y representación, en la posibilidad de la disolución inminente en las sociedades irregulares, en la inoponibilidad entre partes del contrato social, y principalmente en la responsabilidad de sus miembros.³⁶⁷

Ahora bien, la reforma introducida por la ley 26.994 a la ley 19.550, implicó un cambio de paradigma, se flexibiliza el principio de tipicidad, los socios puede agregar los elementos que deseen a su contrato social, sin que ello implique la nulidad por atipicidad, ya no se mira con disfavor a aquellas sociedades que no se regularizan, incluso y pese a no cumplir con la tipicidad, los socios pueden limitar la responsabilidad y hacerla valer frente a terceros a través de una publicidad selectiva, es decir a quien tuvo un conocimiento efectivo del contrato social. Creemos que hay una nueva mirada del fenómeno societario donde se da mayor importancia a la autonomía de la voluntad.

En este contexto, la regulación de sociedad en formación quedó desfasada, puesto que sus directores y/o fundadores tienen una responsabilidad más amplia durante la etapa fundacional que los socios de las sociedades no comprendidas en el Capítulo II, donde su responsabilidad en principio es simplemente mancomunada. Entonces, y siguiendo los postulados de la doctrina, si bien es cierto que ambos sujetos de derecho presentan diferencias, no es menos cierto que, el esfuerzo dogmático para construir la distinción deviene abstracto en relación a sus efectos, ya que estaríamos “castigando” con la solidaridad y la ilimitación (y no sujeta a una porción determinada) a aquellos que se encuentran cumpliendo con todas las obligaciones formales previstas por la ley.

Es decir, si una sociedad que no adopta alguno de los tipos sociales previstos en la ley, pero posee un contrato social –no inscripto obviamente- del cual se deduce o determina incluso que la responsabilidad de los socios no será solidaria, tendría un régimen más beneficioso que aquella que se encuentra sinceramente en el *iter* constitutivo tendiente a inscribirse y funcionar bajo un tipo social específico.³⁶⁸ Dicho esto, cabe preguntarnos: ¿Cuál ha sido la intención del legislador respecto a la no modificación de los artículos 183 y 184?, o ¿Quizás no se tuvo en cuenta esta posible dualidad que se presenta entre estos dos supuestos?

Si realizamos un análisis literal del nuevo texto del artículo 21, no se advierte que la sociedad en formación quede subsumida bajo la Sección IV de la Ley General de Sociedades, más aun teniendo en cuenta la vigencia incluso en la ley reformada de los artículos 183 y 184.

Se presenta así la coincidencia temporal de dos sociedades con regímenes de responsabilidad totalmente distintos. Una, sin intención de inscribirse que queda bajo una nueva Sección con un

³⁶⁶Conf. C.Nac.Com. Sala C, ED 133-220 y ss., con nota de E.M. Favier Dubois (h).

³⁶⁷Una buena síntesis sobre este punto la formula Alberto V. VERON, en “Reformas al Régimen de las Sociedades Comerciales – A tenor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)”, 1ra edición, La Ley, 2014, pág. 200 y ss., también RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando M. ob. cit., pág. 933.

³⁶⁸Vale aclarar que el problema se presenta durante la etapa fundacional de la sociedad en formación, es decir, cuando aquella no ha abandonando el proceso de inscripción, de lo contrario, quedaría bajo las normas de la Sección IV “...o que incumplan con las formalidades exigidas por esta ley...”.

régimen propio, que elimina el tinte sancionatorio y la responsabilidad solidaria solo surge si ha sido pactada o se infiere de una estipulación expresa o del tipo social que pretendieron adoptar. Y la otra, que transita el camino hacia la inscripción con los fines de lograr los efectos propios del tipo elegido, con una responsabilidad de sus fundadores y/o directores y de la sociedad misma solidaria e ilimitada.

V) SOLUCIÓN DE LEGE FERENDA

Como anticipáramos en la introducción del presente trabajo, la solución más acertada a esta dicotomía de responsabilidades es la que propugna el Anteproyecto de modificación a la Ley General de Sociedades³⁶⁹.

En la Nota de elevación del citado anteproyecto, la Comisión redactora³⁷⁰ propone eliminar la incongruencia entre el régimen de responsabilidad mancomunada de las sociedades regidas por la Sección IV y el de la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas en formación, optándose por el primero para ambos casos. Se traen a la parte general, e incorporados al art. 7, los arts. 183 y 184, con vigencia para todos los tipos.

El artículo 7 proyectado, reza:

ARTÍCULO 7°.- Período fundacional. *La existencia de la sociedad comienza desde su constitución. A falta de un instrumento constitutivo, comienza desde que se exteriorice su existencia.*

Los efectos propios del tipo regirán a partir de su inscripción en el Registro Público.

Actos cumplidos durante el período fundacional. *Período fundacional es el tiempo durante el cual se continúa la secuencia de los actos necesarios para la inscripción en el Registro Público. Los administradores sólo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Mientras la sociedad no esté inscrita, los administradores y los fundadores responderán junto con la sociedad en formación en la forma establecida en el artículo 24. Inscrita la sociedad, esos actos se tendrán como originariamente cumplidos por la sociedad y los administradores y fundadores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones emergentes de aquéllos.*

Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción, quienes los hubieran realizado y los administradores y fundadores que los hubieran consentido responderán en la forma establecida en el artículo 24 y no quedarán liberados

³⁶⁹ Presentado en junio del año pasado ante el Senado de la Nación por la Comisión designada al efecto por el Decreto DPP Nº 58/18 del H. Senado de la Nación, y el cual ha sido tema central del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, los días 4 a 6 de setiembre de 2019.

³⁷⁰ Integrada por Rafael M. Manóvil, Guillermo E. Ragazzi, Julio C. Rivera, Alfredo L. Rovira, Gabriela S. Calcaterra, Arturo J. Liendo Arce y Luiba Lencova Besheva.

frente a terceros con la inscripción en el Registro Público. Por los actos realizados en exceso de lo previsto en el párrafo anterior, quienes los hubieran realizado o consentido responderán solidariamente por los daños y perjuicios causados a la sociedad, salvo que el órgano de gobierno los apruebe conforme a las reglas del tipo.”

Coincidimos plenamente con la solución propuesta por el Anteproyecto, primero porque al traer a la parte general el contenido de los arts. 183 y 184, ratifica que las reglas referidas al periodo fundacional previstas únicamente para las sociedades anónimas, son aplicables para el *iter* constitutivo de toda sociedad que se encamine hacia la inscripción, postura harto sostenida por la doctrina, segundo, porque equilibra la situación hasta entonces disvaliosa para los socios y directores de la sociedad en formación que desean inscribir el contrato social en el Registro Público para hacer surgir los efectos propios del tipo elegido.

¿Y mientras tanto?

Sostenemos que, fundándonos en la interpretación sistémica que demanda el art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, ante los requerimientos de los acreedores sociales, la responsabilidad de los fundadores y directores durante la etapa fundacional de la sociedad, debe ser la prevista por el art. 24 de la LGS, puesto que -y sin perjuicio de que no estemos ante un supuesto de abandono voluntario y definitivo del *iter* constitutivo-, las reglas comunes del tipo social elegido no prevén la responsabilidad solidaria.

Esta nos parece la solución más justa y equilibrada para salvaguardar durante la etapa fundacional a aquellos sujetos que verdaderamente iniciaron el proceso conducente a la inscripción de la sociedad, y con la cual harán surtir los efectos propios del tipo social elegido. Dicha solución no disminuye la garantía de los terceros que contrataron con la sociedad, dado que, como ya dijimos, la responsabilidad será ilimitada, aunque subsidiaria y mancomunada, por partes iguales, es decir, los fundadores y administradores responderán con todo su patrimonio por su propia porción.