

La responsabilidad de los socios fundadores y de los directores de las sociedades anónimas durante el iter constitutivo por los actos realizados que no sean los referentes a la constitución es individual de aquel que actúa en nombre de la llamada "sociedad en formación" o solidaria para el caso de actuación de más de un fundador o director, mas nunca comprometen la responsabilidad personal de aquellos fundadores y/o directores que no consintieron la realización de los actos extraños a los necesarios para la constitución definitiva de la sociedad.

Fundamento:

La problemática del iter constitutivo de las sociedades anónimas, esto es la etapa que corre desde la celebración del acto constitutivo hasta la inscripción en el Registro Público de Comercio, a pesar de no estar sistemáticamente tratada en nuestra ley 19.550, ha sido motivo de estudios muy importantes (1) y de excelentes ponencias habidas en el Primer Congreso de Derecho Societario (2) que han revitalizado la temática, y a mi juicio, traen como consecuencia la modificación de soluciones interpretativas que casi unánimemente se habían atribuido a los numerosísimos conflictos emergentes de la realización de los actos propios del iter constitutivo.

Una de las consecuencias de este constante y progresivo estudio del tema, es a juicio del ponente, el que motiva este estudio.

Como ya dijera en alguna otra oportunidad (3) la problemática del iter constitutivo fue abordada por la doctrina y la Jurisprudencia en base a la responsabilidad de promotores, fundadores y directores por los actos realizados con anterioridad a la obtención de la inscripción del acto constitutivo en el Registro Público de Comercio. La intensidad de las consecuencias de estos actos para los intervinientes, en el acto constitutivo de las sociedades por acciones, motivó, a mi juicio, que el tema de las sociedades en formación se abordara legislativamente a través del sub tema de la responsabilidad de promotores, fundadores y directores de las sociedades anónimas —véanse los artículos 182, 183 Y 184 de la ley 19.550— y no como la reglamentación de un proceso de vastísimas consecuencias jurídicas. Destaco que en nuestra legislación societaria existen dispersas en todo el texto legal normas que tienen por objeto la regulación del fenómeno, tales como el artículo 38, 149, 165, 166, 167, a 183, 187 y las normas precitadas.

El proceso de constitución sucesiva, reglamentado en los artículos 168 a 183 resulta absolutamente importante ya que es posible extender los principios a la constitución simultánea en base a la interpretación analógica. (4)

Enfocado el tema en estudio debemos efectuar algunas definiciones previas, aplicables al proceso constitutivo, que nos permitirán arribar a la consecuencia expuesta en la presente ponencia.

### **1.- Naturaleza del proceso de constitución:**

Como se viene expresando el iter constitutivo se encuentra compuesto por una serie de actos jurídicos encadenados que tienen como fin común obtener la constitución definitiva de la sociedad.

Doctrinariamente se había asimilado este proceso a la sociedad no constituida regularmente (5), ya que se sostenía la identidad entre el proceso de constitución y la sociedad no constituida regularmente, en base, fundamentalmente, a la carencia de constitución definitiva de la sociedad emergente de la inscripción registral.

Claro está que esta afirmación presuponia la realización por parte de uno o varios fundadores, y por que no decirlo de todos, de actos que excedían a los tendientes a la cumplimentación del proceso constitutivo y que eran propios del objeto social de la sociedad que se pretendía constituir definitivamente.

La consecuencia directa e inmediata de sostener esta postura era la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los fundadores y directores de la sociedad en trámite de constitución. (6).

La doctrina comercialista, señaló una serie de consecuencias diversas entre estos dos fenómenos jurídicos fundamentalmente en lo que hace al régimen de administración y de representación establecido para la sociedad en proceso de constitución por el artículo 167 y lo dispuesto al mismo efecto por el artículo 24 aplicable a la sociedad no constituida regularmente, y en cuanto hace a la posibilidad de exigir la disolución social que tiene el socio de una sociedad no constituida regularmente, facultad que no se condice con la obligación asumida por el fundador en la medida que el proceso se desenvuelva dentro de la regularidad legal (7).

Tengo para mí que el tema no ha sido aún totalmente desvinculado ya que considero factible que los dos fenómenos se den entre las mismas personas, o algunas de ellas, esto es que algunos de los fundadores y directores de la sociedad anónima en formación, o todos ellos, presten su consentimiento para la realización de actos extraños al proceso de constitución aportando fondos propios, o lo que es más grave aún, canalizando bienes recibidos como aportes de otros socios, a actividades ajenas al proceso de constitución.

En este caso es factible que simultáneamente con la realización del proceso de constitución, los fundadores y directores o alguno —o algunos— de ellos se vincule por medio de algún negocio asociativo (8), el que generalmente será una sociedad de hecho, que realice los actos que hagan al objeto de la sociedad que pretenden constituir esto es, que se superpongan contemporáneamente en dos planos el fenómeno jurídico proceso de constitución, con otro fenómeno jurídico, asociativo en el caso de actuación plural, o individual, por parte de uno de los directores o fundadores.

Esta actuación de los directores o fundadores fuera del ámbito de su competencia del proceso de constitución, esto es, en la realización de actos no necesarios para la constitución de la sociedad, es la que ha motivado opiniones doctrinarias y decisiones jurisprudenciales respecto de la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los fundadores y directores aún de aquellos que no solo no intervinieron en los actos, ni prestaron su consentimiento para la realización de los mismos.

Destaco que en este supuesto la actuación del fundador, promotor y/o director debe efectuarse con bienes distintos a los aportados por los socios a la sociedad en trámite de constitución ya que éstos al ser aportados a la sociedad en curso de constitución definitiva permanecen indisponibles en ésta hasta la culminación del proceso constitutivo, siendo todos los fundadores y directores, en caso de constitución por caso único, solidariamente responsables por los bienes recibidos en calidad de aportes de los socios efectuados durante el período de constitución.

Más si la actuación de fundadores, y/o directores se hubiera efectuado no ya con bienes diversos a los aportados por los socios a la sociedad en formación, sino que en virtud de haberse cumplimentado los aportes, estos, los aplicaran a otra actividad diversa a la tendiente a la constitución definitiva —sólo sería factible en los bienes para cuya transferencia no fuera necesaria la inscripción en un Registro— además de comprometer la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los fundadores y directores por los bienes recibidos —art. 183 último párrafo— serían pasibles de todas las consecuencias jurídicas emergentes de aplicar para actos personales fondos de la sociedad en curso de constitución, aunque se alegue la gestión de negocios en nombre de la sociedad en formación.

La responsabilidad de que trata la ponencia aparece como exorbitante y sin causa, y a estar a los dichos del Profesor Anaya "parece excesivo que la responsabilidad se extienda a otras personas de aquellas que practicaron o autorizaron tales actos" ... para agregar luego "Con el régimen de nuestro derecho positivo, la situación del fundador resulta más gravosa que la del socio irregular, pues éste, al menos, puede provocar en cualquier momento la disolución de la sociedad (art. 22) posibilidad ajena al fundador si el procedimiento de constitución se cumple con ajuste a las reglas y términos legales". (9)

Como hemos visto esta afirmación parece apartarse de la categorización jurí-

dica que se efectuara del proceso de constitución dado que, como se expndrá seguidamente, si bien la personalidad de la sociedad no se adquiere con la inscripción registral, pues con anterioridad a la misma el ordenamiento jurídico trata a la pluralidad de intervinientes como un centro de imputación subjetivo de normas jurídicas (10), imponiendo a los socios la transferencia en propiedad de los aportes a la sociedad en formación, inscribiéndose provisoriamente los mismos a nombre de la sociedad en formación en el caso de bienes registrables, la personalidad no se proyecta aún a la realización de los actos propios de la realización del objeto social, careciendo la sociedad en proceso de formación de capacidad jurídica, o como también se ha llamado de legitimación (11), para la realización de dichos actos, no produciéndose en consecuencia imputación alguna a ésta ni aun a la sociedad constitutiva definitivamente en virtud de que la inscripción carece de efectos retroactivos. En una palabra y siguiendo las enseñanzas del maestro Halperin (12) la sociedad en "formación" a los efectos de su actuación en el comercio en los actos propios del objeto "no existe" esto es, no proyecta la personalidad, que la ley le reconoce al solo efecto de la transferencia de los aportes de los socios, hacia el exterior del proceso de constitución.

Tipificado de tal manera y teniendo presente la distinción entre el proceso de constitución y la actuación de alguno o algunos de los fundadores en nombre de "la sociedad en formación, es claro que las consecuencias de dichos actos, tanto activos como pasivos le son propios a los que actuaron y o aquellos que prestaron su consentimiento y ni siquiera pudieron evitar tal actuación de fundadores y/o directores, ya que la sociedad en formación, utilizando la terminología del maestro Halperin "no existe", o lo que es lo mismo la personalidad emergente del proceso constitutivo no proyecta sus efectos fuera del marco propio de dicho proceso, careciendo en consecuencia de capacidad de derecho o legitimación para realizar tales actos.

La inscripción registral implica la obtención de la legitimación de la persona jurídica, sociedad para la realización de los actos propios que hacen al objeto social siéndole imputable al orden jurídico particular las consecuencias activas y pasivas de la actuación de los órganos sociales dentro de la esfera de su competencia.

Utilizando una expresión muy gráfica, aunque no muy precisa jurídicamente, se ha dicho que la personalidad que la ley reconoce previa a la inscripción registral en una personalidad embrionaria que adquiere la vida plena en el momento de la inscripción registral. (13)

## **II.- La responsabilidad de los fundadores y directores:**

Como hemos visto la distinción efectuada en el proceso de constitución, de los actos tendientes a su culminación que se logra mediante la inscripción registral y los actos extraños al mismo, es de fundamental importancia para las atribuciones de responsabilidad.

Quien suscribe el acto fundacional como suscriptor quiere ser socio de una sociedad anónima y dicho consentimiento no puede extenderse por vía interpretativa a la realización de actos extraños al proceso de constitución.

En una palabra el consentimiento prestado en el acto fundacional por el socio fundador lo es al solo efecto de la realización de los actos necesarios para que el proceso llegue a su culminación y para ejercer los derechos y responder por las obligaciones en la medida determinada en cada uno de los tipos societarios.

Y esta distinción es fundamental por las consecuencias jurídicas que el consentimiento prestado para constituir una sociedad puede acarrear al fundador y/o director.

Ningun abogado podrá aconsejar a su cliente la firma de un contrato de sociedad anónima sin advertir, si la postura contraria a la que sustentamos fuera la correcta, o que su responsabilidad personal puede verse comprometida por cualquier deuda que contraiga, alegando que se hace en nombre de la sociedad en formación, cualesquiera de sus consocios o cualesquiera de los directores designados en el acto constitutivo, durante el largo proceso de constitución que acontece en la vida práctica societaria.

La limitación de la responsabilidad personal que es el efecto buscado para la celebración del contrato de sociedad y es una de las características típicas de este tipo social, se vería absolutamente perjudicada por una interpretación semejante.

Tengo para mí que la respuesta contraria se impone y como se verá con asidero normativo:

La interpretación dominante se basa para sustentar la responsabilidad solidaria e ilimitada de fundadores y directores por los actos realizados por algún o algunos fundadores y/o directores en la norma contenida en el primer párrafo del artículo 183 y en el artículo 184, los que a mi juicio deben interpretarse de la siguiente manera:

El artículo 183 hace responsable ilimitada y solidariamente a los fundadores y directores por los actos practicados tendientes a la constitución de la sociedad y por los bienes recibidos por aportes de los socios (14).

Es decir que se está refiriendo exclusivamente y generalmente a los actos propios del proceso de constitución, esto es realización de actos y recepción de bienes por parte de los socios en concepto de aporte, y no como lo ha entendido la doctrina a los actos extraños al proceso de constitución.

Refuerza la interpretación la referencia en el segundo párrafo a esta clase de actos y no a los extraños al proceso y su congruencia con el artículo anterior, aplicable a la constitución sucesiva y que también solo es aplicable a los actos tendientes a la constitución de la sociedad.

Inscripta la sociedad tanto los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros por las obligaciones asumidas referentes a los actos de constitución, siendo a su cargo las obligaciones contraídas para su constitución debiendo reembolsar a los fundadores y directores los gastos realizados —arts. 184 y 183.

Podrá advertirse en este supuesto que los actos realizados y las obligaciones asumidas por fundadores y directores son a su cargo, esto es que se trata de los mismos actos y obligaciones (15) que los realizados y/o contraídos por los fundadores y/o directores y que inscripta la sociedad éstos quedan liberados respecto de terceros pudiendo solo en este caso discurrirse sobre la naturaleza jurídica de la actuación de los fundadores y/o directores en nombre de la sociedad en formación, en tanto y en cuanto, una vez constituida la sociedad se produce la imputación a ésta de los actos realizados por fundadores y/o directores necesarios para la constitución.

En este caso y coherentemente a lo sostenido en el apartado I, fundadores y directores funcionan como órganos de la sociedad durante el iter constitutivo bajo la condición suspensiva de imputación a la sociedad de la inscripción registral. Destaco que existe en virtud de la norma del artículo 167 una competencia exclusiva para los directores en el proceso de constitución que no puede ser ejercida por los fundadores en tal carácter, cual es el trámite del expediente en la autoridad de contralor y en el Registro Público de Comercio, aunque de dicha actuación emerja la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los fundadores y/o directores en caso de interrupción del proceso de constitución.

Distintas consecuencias trae aparejada la actuación de los fundadores y/o directores por las demás obligaciones, esto es las no necesarias para obtener la culminación del proceso de constitución, ya que a ello solo se refiere al segundo párrafo del artículo 184 previendo exclusivamente la asunción de las obligaciones por la sociedad, dejando de lado la referencia a la faz activa, esto es a los derechos.

Según dicho artículo, "la asunción por la sociedad de las demás obligaciones contraídas por los promotores, fundadores y directores no los libera de su responsabilidad ilimitada y solidaria".

Y aquí debemos interpretar qué es lo que quiere decir la ley cuando impone responsabilidad solidaria.

En primer lugar debo destacar, que en virtud de la asunción de las obligaciones por parte de la sociedad, se produce una delegación imperfecta (16) y como dice la Exposición de Motivos de la Ley 19.550, el tercero tendrá dos deudores solidarios, el promotor y la sociedad, por lo que debe entenderse que la referen-

cia existente en este artículo lo es a la solidaridad existente entre el promotor, en nuestro caso diríamos fundador o director, y la sociedad.

De la Exposición de Motivos debe también advertirse que al referirse a este tema y en cuanto hace la responsabilidad del promotor solidariamente con la sociedad, se refiere a promotor en singular y en consecuencia parece que presupone la actuación de un solo promotor que compromete su sola responsabilidad y no la responsabilidad de otros promotores, o fundadores.

Por demás la norma en tratamiento se refiere en plural tanto a la contracción de las obligaciones cuanto a los sujetos que las contrajeran con lo cual presupone también la solidaridad entre aquellos promotores, fundadores y directores que contrajeron esas obligaciones, ya sea compareciendo en el acto o prestando su consentimiento al efecto.

De acuerdo a lo expuesto, a mi juicio aparece desvirtuado el fundamento de la responsabilidad solidaria que se imputa a todos los promotores, fundadores y directores por actos extraños al proceso de constitución.

La solución sostenida es coherente a la generalidad de la legislación comparada que, como en el caso de la ley Española distingue entre el fundador gestor y el fundador no gestor (17).

## NOTAS:

1) ANAYA JAIME L. "Las sociedades en formación ante el decreto ley 19.550" en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones T. 9, año 1976.

Alconada Aramburu Carlos R. S. Acción 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. Tomo 84, pág. 744. "Naturaleza Jurídica de la sociedad anónima durante el período de formación", E. D. Tomo I, pág. 722.

2) ROVIRA ALFREDO, "Las sociedades en formación. Reflexiones respecto del régimen jurídico aplicable. Un aspecto que afecta el régimen de los acreedores sociales y personales, la inscripción preventiva".

MANOVIL RAFAEL M. "La sociedad anónima en formación no es una sociedad irregular. Seara Jorge P. "Responsabilidad por actos realizados durante el iter constitutivo.

3) "La problemática de las sociedades en formación y la llamada inscripción preventiva del artículo 38 de la ley de sociedades" Adrogué Manuel y García Cuerva Héctor María, La Ley, Tomo 1978 D, pág 958.

4) BRUNETTI A. Tratado del Derecho de las Sociedades Uteha, Tomo II, pág 213, sostiene la viabilidad de la interpretación analógica entre ambos procedimientos de constitución.

5) Véase ALCONADA ARAMBURU, obras citadas y C. Nac. Com. Sala C. sep. 7 : 960 "La situación de los fundadores hasta tanto no medie constitución definitiva de la sociedad anónima se encuentra sometida al régimen de las sociedades de hecho". E.d. Tomo I. pag. 722 - id. C.N. Com Sala A. setiembre 7-973 Castaño Raúl c/Figueroa de Kelly Elisa y otros. L. L. T. 154. pág 297. y Zaldívar Enrique, Manovil Rafael; Ragazzi Guillermo y Rovira Alfredo. "Cuadernos de Derecho Societario, Abeledo Perrot Tomo II. pag 98.

6) Véanse los fallos citados en la nota anterior y los trabajos doctrinarios de Alconada Aramburu. El fallo Cataño R. c/Figueroa de Kelly Elisa, la Excma. Cámara manifestó, por voto del Dr. Pomes que "La consagración de esta corriente en nuestro país tiene ya fuerza legislativa; el artículo 184 de la ley 19.550 segundo párrafo dice: "(...) con lo que presupone la interpretación de dicho artículo en contra de lo sostenido en este trabajo".

7) ANAYA ob. cit. y Manovil R. M. ob. cit.

8) MESSINEO - Derecho Civil y Comercial, E.J.E.A., Tomo V. pág. 381 y Ferri Giuseppe, Manuele Di Diritto Commerciale. Utet. pág. 269, Para Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil Tomo I. 5ª Edición, Imprenta Aguirre, pág. 357. "La regulación de la nueva ley exige distinguir el supuesto de S.A. en período constituyente o de génesis de la personalidad jurídica... y el supuesto de la S.A. irregular, eliminado por la nueva ley".

9) ANAYA ob. cit. pág. 277 Manovil ob. cit. fundamenta la responsabilidad de todos los fundadores en la culpa "in eligendo" aunque afirma que al socio disconforme con la actuación anticipada de la sociedad en su periodo 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. Discrepo con el autor en cuanto fundamenta en el supuesto en que él se coloca, la responsabilidad de todos los fundadores en la culpa "in eligendo" ya que es claro que en la sociedad anónima, clásica sociedad de capitales, las personas de los socios fundadores dejan de ser el elemento determinante de la constitución del vínculo asociativo y en consecuencia pierde relevancia el sustrato personal de los fundadores.

10) ADROGUE MANUEL I. y GARCIA CUERVA HECTOR M. ob. cit.

11) Véase MARCILI MARIA CELIA "La personalidad jurídica en la ley 19.550" Revista del Derecho Comercial año 11, 1978,

12) HALPERIN, ISAAC "Sociedades Anónimas, Exámen Crítico del dto ley 19.550" Ed. Depalma Buenos Aires 1975, pág

13) THALLER ET PERCEROU y THALLER ET PIC, citados por Joseph, Hamel y Gastón Lagarde "Traité de Droit Commercial". París Librairie Dalloz 1954, Tome Premier pág. 700.

14) ANAYA ob. cit. pág. 279 interpreta a la expresión "los bienes recibidos" como haciendo referencia a las obligaciones activas.

15) En contra ANAYA, ob. cit. para quien en este caso se produce una suete de delegación novatoria en la que "ope legis" se exonera al deudor primitivo con prescindencia de una declaración expresa del acreedor".

16) Véase LLAMBIAS JORGE y JOAQUIN, "Tratado de Derecho Civil" Obligaciones. Editorial Perrot. Tomo III., N° 1791, pág. 56.

17) Véase que el artículo 7 de la ley de sociedades Española se refiere a la responsabilidad solidaria de los "gestores" diferenciando dicho concepto del más genérico de fundadores utilizado en el artículo 13. Sostiene una interpretación contraria de la le Española Rubio J.: "Curso de Derecho de sociedades anónimas" Madrid 1964, p. 175. En la legislación comparada sostienen el principio sustentado en la ponencia las legislaciones de Francia, artículo 5 Italia, art. 2331, y Alemania art. 41, apartado 1, aunque se establezca que si la sociedad asume un compromiso contraído por los fundadores en nombre propio antes de la inscripción en el registro, en forma que sustituye al precedente deudor, no hay necesidad de consentimiento del acreedor cuando la adopción del débito haya sido convenida dentro de los tres meses de la inscripción en el registro y la sociedad lo haya comunicado al acreedor, véase Brunetti, ob. cit. pág. 213. nota 19. El proyecto de sociedad anónima europea, dispone en el art. 19 incisos 2 y 3: "Toda persona que actúe en nombre de la S.E. antes de esta fecha responderá personalmente frente a los terceros de las obligaciones así asumidas. Si hubieran actuado varias personas conjuntamente, serán solidariamente responsables.

3.- La S.E. podrá asumir tales obligaciones. Por este hecho, las personas que hubieran actuado en nombre de la sociedad quedarán liberadas de la responsabilidad prevista en el párrafo 2. Y la primera directriz del Consejo del 9 de marzo de 1968, en su artículo 7 dispone: "En el supuesto de que se realicen actos en nombre de una sociedad en formación antes de que ésta adquiera la personalidad jurídica y la sociedad no asuma las obligaciones que se deriven de tales actos, las personas que los hayan realizado serán personal y solidariamente responsables de ellos, salvo pacto en contrario".