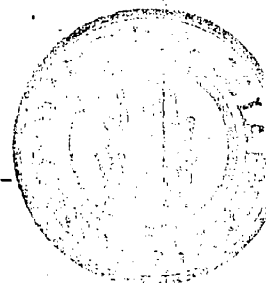


1

IV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO - MENDOZA - MAYO 1986 -



BIBLIOTECA CENTRAL

RESPONSABILIDAD DE FUNDADORES Y DIRECTORES
POR ACTOS REALIZADOS DURANTE EL ITER
CONSTITUTIVO - PROPUESTAS PARA UNA REFORMA.

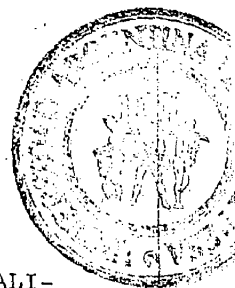
PONENCIA DE LOS DOCTORES.:

Clara Estela Chames, Bautista Kuyumdjian y
Héctor M. García Cuerva.

ASOCIACION DE ABOGADOS DE BUENOS AIRES

COMISION DE DERECHO COMERCIAL

FALTA PÁGINA



RESPONSABILIDAD DE FUNDADORES Y DIRECTORES POR ACTOS REALI-
ZADOS DURANTE EL ITER CONSTITUTIVO - PROPUESTAS PARA UNA
REFORMA.

BIBLIOTECA CENT

Este trabajo se referirá en especial a la modificación que proponemos sobre la materia regulada por el art. 184 de la ley de Sociedades Comerciales (Reform. 22.903) dividiéndose en:

I.- Nuestra Propuesta.

II.- Introducción.

III.- Antecedentes en el Código de Comercio.

IV.- Ley 19.550, Doctrina Posterior.

V.- Reforma Ley 22.903.

VI.- Proposición final. Desarrollo. a) Modificación del régimen de responsabilidad; b) Regulación del iter Constitutivo.

I.- NUESTRA PROPUESTA.

Ley 19.550. Artículo 184. Modifícase el citado artículo de acuerdo al siguiente texto:

Presentado el contrato tempestivamente para su inscripción, e impulsado el trámite con diligencia, una vez inscripta la sociedad, los fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución, como así también de todos aquellos celebrados en nombre de la sociedad, vinculados directamente con su objeto, siempre que la sociedad asuma los mismos y que se haya hecho constar en forma expresa que se actuará en nombre de una sociedad en formación.

II.- INTRODUCCION.

La capacidad de las personas jurídicas para contratar u obligarse no se discute. Ya nuestro viejo Código Civil establecía en sus artículos 30 a 33 que las personas de existencia ideal o personas jurídicas, son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550, delimita éste concepto al determinar que la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado por la ley. La exposición de motivos indica que adopta la posición más evolucionada en cuanto a la personalidad jurídica, resultando así no sólo la regulación necesaria del derecho constitucional / de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica.

La inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio tiene para la ley vigente carácter constitutivo, adquiriendo con ella la capacidad plena, reconociéndole una capacidad limitada a la sociedad irregular (art. 26), al reconocer que las relaciones entre acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, inclusive en el caso de quiebra, se juzgarán como si se tratase

//..

de una sociedad regular.

Los alcances de la capacidad de la sociedad estarán determinados por los ámbitos sectorial y temporal (objeto social, tipo societario, plazo de duración).

III.- ANTECEDENTES EN EL CODIGO DE COMERCIO.

La responsabilidad de los fundadores o administrativos de la S.A. era solidaria e ilimitada por todos los actos realizados hasta la constitución definitiva de la sociedad, reconociéndoseles sólo el recurso de reclamar / contra la sociedad, si hubiere lugar. Carecían de recursos contra los suscriptores en el caso de no constituirse definitivamente y estaban solidaria e ilimitadamente obligados a la restitución de todas las sumas que hubiesen recibido por acciones emitidas, así como al pago de las deudas sociales y de los perjuicios hacia terceros por aquellas obligaciones incumplidas contraídas a nombre de la sociedad.

El C. Com. no reconocía a la sociedad en formación, quedando éste sujeto al régimen de las sociedades irregulares.

Juristas como Raúl. A. Etcheverry han expresado que "Ni para el supuesto de irregularidad originaria (soc. de hecho) ni tampoco en el caso de irregularidad derivada / (sociedad que interrumpe definitivamente el iter constituido) cabe admitir la equiparación con la sociedad que busca un tipo regular y se encuentra cumpliendo las etapas formales pertinentes (voto del doctor Etcheverry en autos "FERRARI, José C. c/TECNOPAPEL S.A." CNCCom. Sala A, oct. 20-1980-ED 6 de abril de 1981)".

Interpretando a contrario sensu las disposiciones del art. 39 in fine, se entendió que siendo tempestiva la presentación al registro de los contratos a inscribirse / (15 días de la fecha de su otorgamiento) la inscripción

//..

tenía efecto retroactivo a la fecha de presentación. En sentido contrario, se sancionaba la presentación fuera de término otorgándole efectos a partir de su inscripción.

IV.- LEY 19.550 - DOCTRINA POSTERIOR - JURISPRUDENCIA.

Si bien durante muchos años se criticó por desconocedor de la realidad económica a las normas del código de comercio en cuanto no reconocía a la sociedad en formación, la ley 19.550 reconoció la existencia de una sociedad en formación, pero, la única capacidad que le otorgó fue la de realizar los actos tendientes a su inscripción, sancionando con responsabilidad solidaria e ilimitada a los directores y fundadores por los demás actos efectuados o realizados en nombre de la sociedad en formación.

Decía le ley 19.550 en su texto derogado:

Liberación obligaciones promotores, fundadores y directores.

Art. 184.- Inscripta la sociedad los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución.

Asunción por la sociedad de las obligaciones.

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.

En su art. 18 la Ley 19.550 trató de subsanar alguna de las deficiencias que se le habían señalado al régimen anterior, pero lamentablemente se quedó a mitad de camino. Desconociendo la realidad económica de la actividad empresarial argentina e ignorando la lentitud de los trámites que se deben llevar a cabo para inscribir un contrato de sociedad, sólo quedaban a cargo de la sociedad aquellas //..

//..

obligaciones contraídas para su constitución. Mientras el mundo de los negocios viajaba en Jet, nuestra organización administrativa lo hacía en carreta y si los fundadores no deseaban ver perjudicados los intereses sociales aguardando cerca de un año para comenzar a cumplir con el objeto / societario, necesariamente quedaban obligados ilimitada y solidariamente. La asunción por parte de la soc. anon. de aquellas obligaciones que la Ley 19.550 denominaba "las demás", no liberaba ni a directores ni a fundadores de su responsabilidad ilimitada y solidaria.

La Ley 19.550 distinguía entre dos tipos de obligaciones.:

- a) Deudas contraídas por y para su constitución en las que la responsabilidad era de la sociedad.
- b) Las demás obligaciones en las que fundadores y directores eran responsables solidaria e ilimitadamente.

Tal como reconoce Jorge O. Zunino, en Reformas al Régimen de Soc. Com. pág. 11, Edit. Astea. 1984, el régimen establecido por la Ley 19.550 es disuasivo, y aunque el autor lo menciona respecto a las sociedades irregulares, ello también es aplicable, a nuestro criterio, al problema en estudio.

Sin embargo, si bien determinaba que la única capacidad de la soc. en formación era la de constituirse, en su articulado le permitía adquirir bienes registrables y anotarlos preventivamente.

Con ello reconocía una realidad que reclamaba y reclama aún hoy se la regulase. Quién, por ejemplo, puede imaginar que se aporte un fondo de comercio a una sociedad, a la que la ley condena a permanecer paralizada hasta tanto se constituya. Cuando una legislación regula a la fuerza y sin razón a una actividad, ésta forzosamente violará las normas, tarde o temprano.

La actividad económica de las empresas no puede detenerse, pero la Ley 19.550 intentaba meter en una congeladora los negocios sociales por un tiempo más que prolongado, ignorando que lo cotidiano desmentía sus premisas.

//.

En un trabajo denominado "RADIOGRAFIA SOCIETARIA" Ideas para una Reforma, publicado en la Revista Jurídica LA LEY del 12 de Setiembre de 1980, sus autores NORBERTO BENSEÑOR y OSVALDO SOLARI, desarrollan los resultados de una investigación efectuada por ellos, uno de cuyos temas era "cuánto tiempo aproximadamente insumía, por aquél entonces, obtener la regularización societaria. Los resultados indicaban un promedio de 316 días por sociedad en el caso de S.A. ó S.C.A., cifras de por sí alarmantes. Hoy nos atreveríamos a decir que apartados de lo que se denomina "estatuto modelo" los tiempos se mantienen. Los autores proponían una reforma legislativa que debiera: a) reconocer expresa y legislativamente que las sociedades // comerciales (al igual que las civiles), gozan de plena // capacidad jurídica desde el acto fundacional y que el proceso inscriptorio sólo tiene como finalidad la regularización societaria y b) limitar el control de legalidad.-

DOCTRINA POSTERIOR.

Este estado de cosas llevó a que se efectuaran múltiples estudios y publicaciones sobre el tema.

1) En una ponencia presentada en el segundo Congreso Societario - Mar del Plata- 1979 - Héctor García Cuerva manifestaba:

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 aquél que actúa en nombre de la llamada "sociedad en formación" o solidaria para el caso de actuación de más de un fundador o director, más 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.

En julio de 1980, en su ponencia para las IV Jornadas científicas de la Magistratura Argentina, el Dr. / Raúl Aníbal Etcheverry manifestaba que respecto del iter / constitutivo "no se ha plasmado un régimen completo, como tampoco lo tuvo el C. de Com. anterior".

Señalaba la falta de una clara formulación de lo que describía como.:

- 1) Formación del sujeto sociedad, por un lado, y
- 2) El comienzo de la operatoria por el otro.

Ponía el acento en que no se ha previsto en qué momento la sociedad en formación se torna en sociedad irregular e indicaba la necesidad de regular el lapso temporal del iter constitutivo.

En las mismas jornadas, una ponencia denominada: "EL ITER CONSTITUTIVO DE LA SOC. ANONIMA Y LA RESPONSABILIDAD PERSONAL ILIMITADA Y SOLIDARIA DE FUNDADORES Y DIRECTORES", de los Doctores : J.C. Couso, Bautista Kuyumdjian, y Rubén Luchinsky, concluía que "debía" tenerse en cuenta para una posible reforma de la ley vigente, que se establezca el siguiente texto.: "Inscripta la sociedad, los fundadores y directores quedarán liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución, como así también de todos aquellos actos celebrados en nombre de la sociedad, vinculados directamente a su objeto, y con la expresa declaración de tratarse de una sociedad: "en formación". Como requisitos añadían que los / trámites se hubieren cumplimentado respetando los plazos legales, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional, para la iniciación y prosecución de los mismos.

Para la misma época NORBERTO BENSEÑOR y OSVALDO S. SOLARI, publicaban en la Rev. Jur.L.L. 12-1980 su tra-

//..
bajo RADIOGRAFIA SOCIETARIA..."

Ideas para una reforma (al que ya nos hemos referido), luego de volcar en él los alarmantes resultados de una estadística efectuada mediante la compulsa del Boletín Oficial, durante todo el mes de mayo de 1980, que indicaban una duración promedio del trámite constitutivo de 316 días para la sociedad anónima o en C.A. Proponían algunas soluciones para procurar una reducción en el tiempo que media entre el acto fundacional y la inscripción registral y establecían como premisas básicas para lograr soluciones de fondo: a) reconocer expresa y legislativamente que las sociedades comerciales (así como las civiles) gozan de plena capacidad jurídica desde el acto fundacional y que el proceso inscriptorio sólo tiene como finalidad la regulación societaria y b) limitar el control de legalidad.

En otro trabajo coetáneo al mencionado, denominado "SOCIEDADES MERCANTILES EN FORMACION", Norberto Benseñor aconseja sustituir la denominación "sociedad en formación" por la de "sociedad en registración". Señalando que el sujeto de derecho nace con el contrato constitutivo y que la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil conforma la regularidad y se integra al tipo adoptado y no deviene en atributo de la personalidad jurídica.

Advertía que en tanto la sociedad, antes de obtener su registración, realice actos que impliquen el ejercicio de operaciones que excedan el propósito de obtener la regularidad al régimen de sociedades no constituidas regularmente". Concluía su trabajo promoviendo una revisión del sistema de constitución de sociedades y su dinámica inscriptiva y publicitaria, procurando un procedimiento más adecuado y que reduzca el intervalo que transcurre entre la fundación de la sociedad y su inscripción registral.

En el trabajo llamado "Responsabilidad de fundadores y directores de sociedades comerciales por los actos practicados durante el "Iter constitutivo" la inscripción

//..

de la prórroga luego de vencido el plazo de duración" cuyos autores Dres. Juan C. Couso, Bautista Kuyumdjian y / Rubén Osvaldo Luchinsky, presentaron en el Primer encuentro Rioplatense de Institutos de Derecho Comercial (20/21 Nov. 80) se hacía referencia al carácter constitutivo de la inscripción en el RPC., dando como resultante que hasta tanto se haya producido la inscripción en la RPC, la sociedad sólo tiene una capacidad limitada exclusivamente para gestionar esa inscripción. Indicaban la falta de equidad que importaba la norma vigente al imponer las responsabilidades solidaria e ilimitada a los fundadores por los documentos realizados durante el iter constitutivo y proponían / que debía establecerse que -Inscripta la sociedad, los fundadores / directores, quedan liberados frente a terceros de las obligaciones referentes a los actos de constitución, como así también de todos aquellos celebrados en nombre de la sociedad vinculados directamente a su objeto y con la expresa declaración de tratarse de una sociedad en formación...: cabría condicionar esa liberación de responsabilidad a que los trámites de inscripción se hubieren cumplimentado regularmente.

En un artículo publicado en R.J.LL del 18.12.80., "Capacidad de las Soc. en formación y responsabilidad de sus socios y administradores", sus autores Cristina G. Molina, José A. Velez Funes y Ernesto O'Farrell, se manifiestan favorables a una enmienda legislativa en el tema que nos ocupa.

Otros trabajos dignos de mención y que fueron acen tuando la idea de la necesidad de una reforma legislativa, han sido "La sociedad en formación ¿una sociedad irregular?" de Daniel Roque Vítolo y María López Loyola (E.D. Nro: 5199 Abril 6/1981), "La sociedad en formación y la responsabilidad de los administradores y fundadores (Sugerencias para una futura reforma legislativa), por Ricardo A. Nissen y Daniel R. Vítolo.

//..

V.- REFORMA DE LA LEY 22.903.

Así las cosas, la ley 22.903, intentó modificar esta situación, pero mantuvo inexplicablemente el régimen de responsabilidad de la ley 19.550, con pocas modificaciones.

Dice el art. 184, en su nueva versión:

Asunción de las obligaciones por la sociedad.

Efectos.

Inscripto el contrato constitutivo, los actos necesarios para la constitución y los realizados en virtud de expresa facultad conferida en el acto constitutivo, se tendrán como originariamente cumplidos por la sociedad.

Los promotores, fundadores y directores quedan liberados frente a terceros de las obligaciones emergentes de estos actos.

El Directorio podrá resolver, dentro de los tres meses de realizada la inscripción, la asunción por la sociedad de las obligaciones resultantes de los demás actos cumplidos antes de la inscripción, dando cuenta a la Asamblea Ordinaria. Si ésta desaprobare lo actuado, los directores serán responsables de los daños y perjuicios aplicándose / el art. 274. La asunción de estas obligaciones por la sociedad, no libera de responsabilidad a quienes la contrajeron, ni a los directores y fundadores que los consintieron.

La exposición de motivos reconoce que "la norma proyectada contempla diversas situaciones y diferencia aquellas en las cuales la responsabilidad pasa de pleno derecho a la sociedad liberando a quienes los ejecutaron, de las / que por su naturaleza requieren resolución de asamblea ordinaria para su asunción por la sociedad; en este último caso se aclara que la ratificación del órgano de gobierno no libera a quienes lo resolvieron o llevaron a cabo".

La ley 19.550 diferenciaba durante el iter constitutivo dos tipos de actos.: a) los tendientes a la inscripción

//..

ción y constitución de la S.A.

b) Los demás.

La ley 22.903, innova en algo este tema, puesto que reconoce tres tipos de actos.:

a) Los necesarios para la constitución de la S.A.

b) Los realizados en virtud de expresa facultad conferida en el acto constitutivo, y

c) Los demás actos.

Los actos del tipo a) y del tipo b), se consideran como cumplidos por la sociedad.

Los actos del tipo c), aún cuando la sociedad los asuma, no libera de responsabilidad a quienes las contrajeron ni a los directores y fundadores que las consintieron.

Cabría reflexionar sobre a qué clase de consentimiento se refiere el art. 918, del Código Civil?, cabría admitir entonces el consentimiento tácito, previsto en los artículos 918 y siguientes del Código Civil y en este supuesto deberá establecerse cuáles serían las acciones que debería intentar el socio fundador para eliminar su responsabilidad solidaria e ilimitada.

¿Podrá pedir la remoción con causa y exclusión de aquellos socios o administradores que actuaron en nombre de la sociedad en formación? Podrá oponerse a la constitución definitiva, frustrando el proceso constitutivo?

Todas estas situaciones nos llevan a proponer la modificación del texto legal sustituyendo el consentimiento como fuente de responsabilidad, por la actuación, con lo cual, se requiere para el caso de responsabilidad de los socios fundadores conductas positivas claras y concretas como fuente de responsabilidad personal.

VI .- PROPOSICION FINAL. DESARROLLO.

a) Modificación del régimen de responsabilidades.

//..

Nuestra posición es contraria a la actual redacción del art. 184, de la Ley de Sociedades.

Aún se pretende atar la realidad a una regulación legislativa que la ignora. Hemos aprendido que una legislación que ignora la realidad de la comunidad y de los hechos y actos que pretende regular es violada con alarmante frecuencia. Cuando se unen capitales para formar una sociedad anónima, se busca, amén de la concreción de un negocio, el quedar amparado bajo un régimen de limitación de la responsabilidad. Por ello, los particulares intentan hoy distintas vías para lograr sus objetivos.

Así nos encontramos con sociedades que en su acta fundacional autorizan a fundadores, directores y accionistas a efectuar todos aquellos actos previstos para el desarrollo normal societario, lo que transforma a dicho instrumento en un híbrido a menudo ininteligible.

Otro camino que han encontrado es la creación de sociedades prefabricadas que al igual que mercaderías aguardan en las estanterías a quien desee adquirirlas. Ello ha merecido la repulsa del Organismo de control que desestimó la inscripción en el Registro Público de Comercio de un cierto número de contratos idénticos.

Varias críticas se alzan contra nuestra tesitura.

Se dice que se desprotege a los terceros que contratan de buena fé. Pero no hay razones para presuponer que quien lo hace en nombre de una sociedad en formación lo haga de mala fé. Por otra parte, si el Directorio asume la obligación y si la Asamblea lo aprueba, ¿cuál es la razón por la cual no deba librarse de responsabilidad a quienes actuaron en nombre de ella?

Se ha dicho que es lógico que subsista esa responsabilidad por lo que se denomina teoría del riesgo, pero afirmamos que el riesgo que se asume debe emanar de la peculiar naturaleza de los negocios que se encaran y NO

//..

resultar de una disposición de la ley que se sustente en sí misma, desconociendo la realidad económica que habrá de regular.

b) Regulación del iter constitutivo.

Consideramos que la modificación del régimen de responsabilidades debe forzosamente ser acompañado por la necesaria regulación del iter constitutivo.

Regulado el procedimiento constitutivo, establecidos plazos precisos que obliguen a peticionantes y al órgano administrador a actuar con diligencia, se acabarán las dudas sobre cuándo una sociedad deja de estar en formación para transformarse en sociedad irregular, y el fundador / que advierta la falta de diligencia de quienes asumieron / los trámites constitutivos dispondrá de la posibilidad de impulsar el proceso ó abandonar la sociedad y así dejar a salvo su patrimonio, y su responsabilidad.

En cuanto a la inconveniencia de fijar un plazo, mencionado por el Dr. Raúl Aníbal Etcheverry "Nuevos Matices legales en el período fundacional de las sociedades / comerciales L.L. 5-Marzo-1984, no vemos razones que impidan que ello se regule. Es cierto que atento nuestro sistema federal, al tratarse de materia procedimental, corresponde a cada una de las provincias regular la materia.

Sin embargo, nada impide que breguemos por una legislación en tal sentido aún cuando quede limitada.

Se tratará, por supuesto, de : plazos concretos establecidos para la presentación de las actas y contratos ante el ente administrador;

términos específicos en los cuales el órgano de contralor deberá emitir dictámen;

tiempos de cumplimiento ó apelación de los mismos;

Lapso máximo en el que la sociedad deberá mantener depositado el 25% de la suscripción. (art.187 L.Soc.Com.)

//..

Para el caso de frustración del proceso de constitución, deberá establecerse, en el supuesto de actuación no acordada en el acto constitutivo, que la responsabilidad solidaria e ilimitada será de aquellos que han actuado en nombre de la sociedad en formación eliminando la mención al consentimiento a fin de evitar que por aplicación del consentimiento tácito se generen responsabilidades no deseadas.

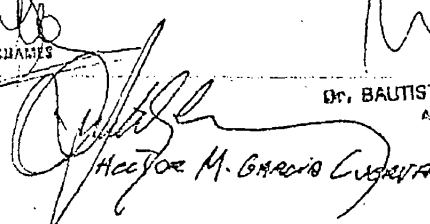
Igual solución deberá aplicarse -responsabilidad de los socios o directores actuantes-, en caso de que la sociedad no asuma las obligaciones contraídas por estos en nombre de la sociedad en formación.

Nuestra ponencia se asemeja, en cuanto a la responsabilidad de los socios fundadores a lo dispuesto en el Proyecto de Sociedad Anónima europea que en su art. 19, / inc. 2 y 3 dice: "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.

La S.A. 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 adquiriera 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".


DR. CLAUDIA ESTELA GUARNES
ABOGADO


DR. BAUTISTA KUYERDJIAN
ABOGADO


HECTOR M. GARCIA CUGERA

14