

LA SOCIEDAD EN FORMACION. EL CESE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS, ADMINISTRADORES, REPRESENTANTES, FUNDADORES Y PROMOTORES DE SOCIEDADES COMERCIALES POR EL DESARROLLO DE ACTOS QUE IMPLIQUEN EL CUMPLIMIENTO ANTICIPADO DEL OBJETO SOCIAL

Richard Iturria^()*

Sumario

El objetivo del presente trabajo es analizar brevemente la responsabilidad de los socios, promotores y fundadores de sociedades comerciales por el desarrollo de actos que implican el cumplimiento anticipado del objeto social de la sociedad en formación. Especialmente se analizará las condiciones requeridas para que opere el cese de la citada responsabilidad, poniendo especial énfasis en dilucidar el órgano competente para resolver la ratificación prevista en la Ley de Sociedades Comerciales y; si en defecto de ratificación expresa, es o no admisible, la ratificación tácita de tales actos por la sociedad, una vez constituida regularmente.

I. Introducción

Conforme a la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales, Grupos de Interés Económicos y Consorcios uruguayo (LSC), la sociedad comercial

(*) Abogado, Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de Montevideo. Aspirante a profesor adscripto de Derecho Privado IV y V (Comercial I y II) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay y profesor de Régimen Jurídico Bancario y Aduanero del Comercio Exterior de la Universidad de la Empresa.

es sujeto de derecho desde la celebración del contrato social. De modo que, en tanto se le reconoce la capacidad de ser titular de derechos y contraer obligaciones, se puede decir que a partir de ese momento se le reconoce su personería jurídica, dado que ésta calidad es indispensable a aquella capacidad.

La calidad de sujeto de derecho, y por ende de su personería jurídica se reconoce a todas las sociedades comerciales, con la sola excepción de las sociedades accidentales y en participación a las que la ley excluye expresamente. Al mismo tiempo la ley excluye de este reconocimiento a otro tipo asociativo, que estrictamente no configura un tipo societario, los Consorcios.

El referido reconocimiento legal como sujeto de derecho a las sociedades comerciales se extiende desde el momento mismo de la celebración del contrato social, de modo que apenas se produzca el acuerdo de voluntades de sus socios, nacerá un sujeto de derecho con capacidad para ser titular de derechos y contraer obligaciones, con excepción de las sociedades anónimas en el que la ley exige un estadio mas avanzado, cual es la instrumentación por escrito del acto mediante el cual se constituye.

A diferencia de otros regímenes jurídicos, la ley uruguaya entonces, no requiere de la realización de ningún acto complementario, como por ejemplo aprobaciones estatales, registro, ni publicaciones, para dotar a las sociedades comerciales de personalidad jurídica. Basta el mero acuerdo de voluntades, el que deberá instrumentarse por escrito en el caso de las sociedades anónimas.

A partir del acto constitutivo de la sociedad, y hasta que ésta cumpla con todos los actos necesarios para su regular constitución, estaremos en presencia de una sociedad en formación.

II. La capacidad de la sociedad en formación

Si bien la lectura del inciso primero del artículo 20 de la LSC podría llevar a pensar que se reconoce una capacidad limitada a las sociedades en formación, asociada tan sólo a la realización de los actos necesarios para llevar adelante el proceso de constitución, entendemos por nuestra parte que éstas gozan de una capacidad plena pudiendo celebrar todo tipo de actos, y por tanto contraer todo tipo de obligaciones, siempre dentro del marco de referencia constituido por su objeto social, regulado contractual, estatutaria y legalmente.

La afirmación precedente se sustenta en el reconocimiento sin límite alguno a la posibilidad de desarrollar actos que supongan el cumplimiento anticipado del objeto social que reconoce el inciso segundo de mismo artículo 20 de la LSC. En lo sucesivo nos referiremos a tales actos como "prematurados", atento al lapso en que se verifican.

Dicha capacidad reconocida legalmente, es acorde y coherente con las necesidades del comercio, particularmente en aquellos tipos sociales cuyo proceso de constitución puede tardar semanas e incluso meses, lapso en el cual la sociedad no puede permanecer inerte y necesita comenzar sin demoras a desarrollar y ejecutar los actos para los cuales está transitando el proceso de constitución. Reconociendo esta necesidad práctica es que entendemos justificada la solución legal de permitirle a la sociedad desarrollar actos prematuros. Como contrapartida de tal licencia, se consagra un severo régimen de responsabilidad para sus socios, administradores, representantes, fundadores o promotores, según el tipo social de que se trate, por los actos y contratos celebrados en el periodo constitutivo.

III. La responsabilidad en las sociedades en formación

La ley establece un esquema especial de responsabilidad mientras la sociedad se encuentra transitando las etapas tendientes a obtener su regular constitución, que consiste en atribuir a los socios, fundadores o promotores en su caso, así como a administradores y representantes, responsabilidad solidaria por los actos y contratos celebrados a nombre de la sociedad en formación, estándoles vedado no sólo invocar el beneficio de excusión, sino cualquier limitación establecida en el contrato social.

La solidaridad establecida en la ley implica que responden en igual grado, conjunta e indistintamente, por la totalidad de las obligaciones contraídas: la propia sociedad en formación con sus socios, los promotores y fundadores, administradores y representantes, así como estos entre sí.

Un acreedor de la sociedad en formación puede dirigirse indistintamente contra la sociedad y/o contra uno cualesquiera de los sujetos nombrados en el párrafo precedente o contra todos ellos conjuntamente para el cobro de una deuda contraída en dicho periodo, siempre que la sociedad no haya cumplido todos los pasos para su regular constitución al momento de hacerse efectiva la responsabilidad.

De lo contrario deben distinguirse distintas hipótesis en función de la naturaleza del acto que dio nacimiento a ese crédito.

En términos de la ley se establece dos supuestos en que la responsabilidad consagrada en la norma "cesa", según se trate de actos necesarios para la regular constitución de la sociedad, o actos que implican el cumplimiento anticipado del objeto social, o prematuros como preferimos llamarlos.

En relación a los primeros, la responsabilidad "cesa" cuando la sociedad se haya regularizado, y respecto de los demás, esto es de los actos prematuros, una vez ratificados por la sociedad.

Es preciso aclarar que en realidad la responsabilidad no cesa, sino que a partir del cumplimiento de los supuestos previstos en la norma, variará el régimen de responsabilidad de los sujetos citados por los actos cumplidos, los que pasarán a regirse y quedarán sometidos al régimen consagrado para el tipo de sociedad de que se trate.

IV. La ratificación

La realidad marca que muchas veces se recurre en la práctica al mecanismo de convocar a una asamblea de accionistas o reunión de socios, según el tipo societario de que se trate, con el propósito de ratificar los actos celebrados en el periodo de formación que excedan aquellos necesarios para la regular constitución de la sociedad, de forma de acotar la responsabilidad de socios, promotores y fundadores de la sociedad, conforme requiere el artículo 20 de la LSC.

Otras veces ocurre, que ningún órgano social es convocado para resolver la ratificación de los actos prematuros, sin perjuicio de lo cual, los mismos se ejecutan pacíficamente por parte de la sociedad una vez constituida regularmente. A vía de ejemplo, si el acto en cuestión celebrado en el periodo de formación de la sociedad fue un contrato de arrendamiento, luego se ocupa el local, se instala maquinaria, comienza la producción, se abonan los arrendamientos mensuales, todo ello con prescindencia absoluta de la ratificación prevista en la LSC.

En tales supuestos, y partiendo de la base de que la sociedad es plenamente capaz para celebrar tales actos en el periodo constitutivo, nos planteamos dos interrogantes a contestar seguidamente. La primera de ella, cuál es el órgano competente para resolver la ratificación de los actos prematuros, prevista en la ley, y la segunda interrogante, si en el marco de nuestra LSC es o no admisible que, en

defecto de ratificación expresa, pueda operar la ratificación tácita de los actos cumplidos en el periodo constitutivo.

a. Competencia

En nuestro concepto, ni la asamblea de accionistas en las sociedades anónimas, ni la reunión de socios en otros tipos sociales, son competentes para resolver la ratificación de los actos desarrollados por la sociedad. La competencia es natural al órgano de administración social.

Particularmente en el caso de las sociedades anónimas debemos subrayar que no se trata de un acto reservado legalmente a la asamblea de accionistas (ordinaria o extraordinaria), sino que pertenece al conjunto de actos que, en tanto no atribuidos a otros órganos sociales, caen dentro de la esfera de competencias “residuales” del órgano de administración⁽¹⁾.

Lo dicho, es sin perjuicio de que aún cuando pueda pensarse, que la ratificación de los actos prematuros pueda configurar un acto de administración extraordinaria (por oposición a los ordinarios y cotidianos), nuestra ley al definir la competencia del órgano de administración en términos mas amplios, refiriéndose a “gestión social” incluye tanto a los actos de administración ordinaria como extraordinaria, evitando de ese modo toda discusión al respecto sobre el alcance de sus facultades⁽²⁾.

Por otra parte, no debe olvidarse que, salvo que el Estatuto hubiere establecido como competencia de la asamblea extraordinaria de accionistas, ratificar actos desarrollados por la sociedad en formación, no puede avocarse al conocimiento de los mismos.

En efecto, como se ha señalado, la asamblea de accionistas no es un órgano jerárquicamente superior o soberano respecto del órgano de administración y sólo podría sobrepasar sus competencias para introducirse en la gestión social reservada residualmente a éste, en particular, cuando el estatuto o la ley lo habilite⁽³⁾.

(1) Miller, Alejandro, *Sociedades anónimas*, AMF, 2005, p. 32.

(2) Miller, Alejandro, op. cit., p. 33.

(3) Miller, Alejandro, op. cit., p. 34, con cita de Zaldívar, Sánchez Calero y Femenias.

Toda injerencia de la asamblea de accionistas en temas de competencia del órgano de administración debe reputarse ilegal, y por tanto, toda decisión que se adopte será inidónea para producir efectos jurídicos, en tanto emana de un órgano incompetente. Particularmente, la ratificación de los actos prematuros por un órgano incompetente no producirá “el cese” de la responsabilidad de los socios, administradores, representantes, fundadores y promotores de la sociedad.

b. Forma de la ratificación legal

Como se señaló, la LSC estableció que el régimen de responsabilidad consagrado en relación a los actos prematuros “*cesa*” por la ratificación de estos por parte de la Sociedad, sin pautar la forma que debe revestir la aludida ratificación, lo que nos lleva a preguntarnos si es o no admisible, en el marco de la ley, la ratificación tácita de lo actuado, o por el contrario debe exigirse la ratificación expresa del órgano de administración.

Es en el campo de la validez del consentimiento donde se presenta con mayor nitidez el fenómeno de la manifestación de la voluntad y su conocida clasificación en expresa o tácita. En nuestro derecho, en muchas ocasiones la ley indica que en determinadas condiciones sólo valdrá la voluntad expresa, quitándole consecuentemente relevancia a la voluntad tácita. En otras ocasiones, por el contrario, la ley otorga validez a la voluntad tácita, sin perjuicio de la ratificación expresa.

La referida clasificación de las formas de expresar la voluntad no reconoce límites precisos atento a que no siempre la palabra coincide con la voluntad expresa, y las demás actitudes, con la voluntad tácita. Es verdad que generalmente el consentimiento expreso se exterioriza mediante palabras, y el consentimiento tácito se deduce de un comportamiento que no se vale de la palabra para manifestar la voluntad. Pero ningún medio de expresión revela, por sí solo, la naturaleza expresa o tácita del consentimiento. Puede decirse, no obstante que existe voluntad expresa cuando la intención del declarante se deduce *directamente* del comportamiento que este asume; mientras que existe voluntad tácita, cuanto la intención se

deduce *indirectamente* del comportamiento mediante un razonamiento lógico ⁽⁴⁾.

Pero una vez exteriorizada la voluntad, sea en forma expresa o tácita, la manifestación tiene la misma trascendencia y valor y está sujeta a los mismos principios en cuanto a su eficacia ⁽⁵⁾, salvo claro está, el caso que la ley imponga alguna solemnidad en cuanto a su forma de exteriorización.

Cuando no existe norma legal o convencional que prive de relevancia a la manifestación de voluntad tácita, tanto vale una como otra forma de expresión. O sea que puede recurrirse indistintamente a ellas ⁽⁶⁾.

La amplitud de la norma a examen nos conduciría a admitir -en tanto no está prohibida- la admisibilidad de la ratificación tácita. Y aún mas, podría incluso pensarse en la existencia de actos y comportamientos societarios susceptibles de sobrepasar la voluntad tácita y demostrar -atento a la importancia cuali o cuantitativa de los mismos- la existencia de voluntad expresa en el sentido de la existencia de ratificación, pese a que no exista una decisión expresa adoptada en el seno de una sesión formal del órgano de administración.

Pero aún cuando pueda criticarse que pueda existir ratificación expresa a pesar de no existir una resolución formal emanada del órgano competente, lo que sí no admite duda a nuestro criterio, es que el art. 21 de la LSC no descartó la voluntad tácita, por lo que su existencia tiene la misma validez que la voluntad expresa, en tanto no se establece ningún requisito de solemnidad para la validez de la ratificación. Parafraseando a Gamarra, diremos que *"...los medios por los cuales un sujeto puede manifestar su voluntad son muy variados. El más común es el lenguaje, ya sea oral o escrito; pero también puede expresarse la voluntad, prescindiendo del lenguaje, por medio de signos gestos o señales, o cualquier comportamiento (positivo u omisivo) que permita deducir la intención de su autor"*⁽⁷⁾.

(4) Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, ps.g 202-203.

(5) Gamarra, Jorge, op. cit., p. 200.

(6) Gamarra, Jorge, op. cit., p. 197.

(7) Gamarra, Jorge, op. cit., p. 199.

La ejecución pacífica por parte de la sociedad de los actos prematuros celebrados en el periodo constitutivo, revela una manifestación de voluntad incompatible con la inexistencia de ratificación por parte de la sociedad, por lo que verificada la referida ejecución, aún cuando sea parcial, debe considerarse suficiente para producir el “cese” del esquema de responsabilidad consagrada en el artículo 21 de la LSC y atenderse al régimen general de responsabilidad establecido para el tipo de sociedad de que se trate.

Todo incumplimiento posterior al momento en que se configure la referida ratificación, sólo podrá hacerse valer conforme al régimen de responsabilidad previsto para el tipo social de que se trate.

V. Conclusiones

En conclusión, entendemos que en el marco de nuestra LSC, la sociedad tiene una competencia plena pudiendo celebrar no sólo los actos necesarios para su regular constitución, sino cualquier otro, aunque implique el cumplimiento anticipado del objeto social.

En este último caso serán responsables solidarios con la sociedad y entre sí, los socios, administradores, representantes, fundadores y promotores, responsabilidad que “cesa” con la ratificación de los actos prematuros otorgados por el órgano de administración, salvo que el estatuto o contrato social en su caso, hayan otorgado esa competencia a la asamblea de accionistas, o reunión de socios según el tipo social.

Dicha ratificación, puede darse en forma expresa o puede desprenderse tácitamente de comportamientos asumidos por la sociedad, como puede ser la ejecución pacífica de los actos celebrados en el periodo de formación.

Bibliografía

- FERRO ASTRAY, José A y otros, *Introducción a la Nueva Ley de Sociedades Comerciales*, FCU, 1990.
- GAGGERO, Eduardo y otros, *Análisis Exegético de la Ley 16.060*, FCU 1992.
- GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, AMF, 1970.

- HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio, *Sociedades anónimas*, 2ª ed., Depalma, Bs. As., 1998.
- HARGAIN, Daniel y otros, *Manual de sociedades comerciales*, AEU, 1990.
- MARTORELL, Ernesto, *Los directores de sociedades anónimas*, Depalma, Bs. As., 1990.
- MILLER, Alejandro, *Sociedades Anónimas*, AMF, noviembre 2005.
- MOLINA, Inés y FERNANDEZ QUIROGA, Alfredo, "Sociedades en formación" en *Temas de Derecho Comercial 1 Conflictos Societarios*, Instituto Argentino de Derecho Comercial, Abaco, Bs. As., 1983.
- NISSEN, Ricardo Augusto, *Ley de Sociedades Comerciales*, Abaco, Bs. As., 1982.
- OTAEGUI, Julio, *Administración societaria*, Astrea, Bs. As., 1979.
- PEREZ FONTANA, Sagunto, *Sociedades anónimas*, FCU, 1991.
- PIC, Paul, *Des Societes Commerciales*, París, 1925
- RODRIGUEZ OLIVERA, Nuri & LOPEZ RODRIGUEZ, Carlos, *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*, volumen 4. Derecho Societario, FCU, 2006.
- SASOT BETES, Miguel A. y SASOT BETES Miguel P., "El órgano de administración" en *Sociedades Anónimas*, Astrea, Bs. As., 1980.